

Les brevets sur les inventions biotechnologiques végétales : un moyen d'appropriation des ressources phytogénétiques?

Rose-Marie Borges

Maître de conférences
Centre Michel de l'Hospital
r-marie.borges@udamail.fr

Adresse de correspondance :
Rose-Marie BORGES
Ecole Universitaire de Management
26 avenue Léon Blum
TSA 20273
63008 Clermont-Ferrand cedex 1

Les brevets sur les inventions biotechnologiques végétales : un moyen d'appropriation des ressources phytogénétiques?

Rose-Marie Borges

RÉSUMÉ

Les demandes de brevet portant sur des végétaux connaissent actuellement une forte croissance qui s'explique notamment par le développement des techniques de génie génétique à ce domaine et par les enjeux économiques que représentent la mise au point d'obtentions végétales. Celles-ci peuvent relever du Certificat d'Obtention Végétale (COV) ou du brevet selon que l'on cherche à protéger la variété nouvelle, son procédé d'obtention ou un nouveau trait génétique. Si la protection du végétal par le brevet peut tout à fait se justifier dès lors que les critères de brevetabilité sont réunis, l'application de ce titre à de telles obtentions pose cependant la question de l'interprétation desdits critères par les offices de brevets. Une appréciation trop extensive peut en effet conduire à privatiser des ressources végétales, aboutissant alors à un détournement du rôle même du brevet.

Mots Clés : Brevets, Certificat d'obtention végétale, Biotechnologie, Végétaux, Gènes

ABSTRACT

The number of patent applications on plants is strongly growing mainly because of the development of biotechnologies in this area and because of the economic issues linked with the development of new varieties of plant. These new varieties can either be under the protection of Plant Variety Protection certificates or under patent protection, depending on what is sought to be protected: the new variety, its production process or any new genetic trait. If the plant protection by patent can be justified as long as the criteria for patentability are met, the interpretation of those criteria by the patent offices is an issue. A too broad interpretation may lead to a privatization of plant resources, and as a consequence to a misuse of patents.

Keywords: Patents, Plant Variety Protection, Biotechnology, Plants, Genes

Introduction

Le secteur des biotechnologies est l'un de ceux qui offrent et connaissent le plus important potentiel de croissance et d'innovation pour les prochaines décennies (Commission européenne, 2002), tant en raison des domaines concernés (santé, alimentation, industrie, agriculture, environnement), que des investissements envisagés. Certains considèrent même les biotechnologies comme la « seconde grande révolution technologique de l'histoire » (Rifkin, 1998). Il est d'ailleurs significatif de constater que les demandes de brevets portant sur des inventions biotechnologiques ont cru d'environ 57% entre 2000 et 2009, soit environ 10% de plus que le nombre de demandes portant sur les technologies informatiques, lesquelles ont cependant connu un essor considérable. Parmi les demandes de brevets

biotechnologiques, celles portant sur des végétaux sont également en forte augmentation. L'innovation en matière végétale présente cependant une particularité en raison du double régime qui peut lui être appliqué. En effet, la convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales (convention UPOV) a mis en place un certificat d'obtention végétale (COV) protégeant uniquement les variétés nouvelles de plantes et non leurs procédés d'obtention. Dans sa philosophie, le COV garantit un libre accès aux ressources variétales faisant l'objet de la protection, tant pour les concurrents de l'obteneur que pour les agriculteurs, bien que le « privilège de l'agriculteur » ait fait l'objet de restrictions dans la version de 1991.

La protection du végétal par un système sui generis tel que le COV n'exclut toutefois pas l'application du droit des brevets à ce domaine. L'article 52 de la convention sur le brevet européen dispose en effet que « les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ». Le domaine végétal ne pouvait qu'être concerné par ces dispositions en raison de l'évolution technologique et notamment des techniques de génie génétique de plus en plus utilisées dans la sélection végétale. Si l'application du régime du brevet aux biotechnologies en général et aux obtentions végétales en particulier suscite autant la polémique, c'est notamment en raison de considérations morales. Le brevet a en effet été élaboré pour des inventions essentiellement mécaniques ou chimiques et nombre de personnes considèrent qu'il ne devrait pas être étendu aux organismes vivants en raison du fait que la vie ne saurait relever de l'invention mais de la découverte. Les brevets biotechnologiques portent essentiellement sur des gènes ou des fragments de gènes, lesquels sont traités comme des molécules chimiques. Cependant, ces gènes sont des molécules naturelles qui constituent des supports d'information contrôlant des activités biologiques essentielles, qu'elles soient humaines, animales ou végétales. Ces informations ne sont pas inventées mais découvertes par les chercheurs puis codifiées et donc insusceptibles d'être brevetées. De plus, la protection par brevet ne saurait être appliquée au végétal en raison des droits étendus qu'elle accorde au titulaire du titre et, partant, des risques d'appropriation qu'elle fait peser sur le vivant. Faut-il alors continuer à protéger les innovations portant sur des végétaux par le système du brevet ? Oui, dès lors que le brevet joue le rôle pour lequel il a été institué (I). Or, on constate dans certains cas une dérive du système des brevets, ceux-ci étant délivrés de façon extensive et sans véritable identification de la notion d'invention, permettant ainsi une appropriation illégitime de certaines ressources végétales (II).

Une protection légitime de l'innovation végétale par le brevet

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, la protection d'un végétal par le biais du brevet soulève des objections tenant au système même du titre représenté par le brevet. Or, un certain nombre de ces objections de nature juridique peuvent être écartées en raison de l'évolution des conditions de brevetabilité des inventions (A). Qui plus est, le brevet joue également un rôle économique non négligeable dans la protection et la diffusion de l'innovation (B).

Les raisons juridiques de la protection

Les organismes vivants, au titre desquels figurent les végétaux, peuvent être traités comme des compositions de matière, des agrégats de molécules chimiques. En conséquence, de tels organismes relèveraient du système des brevets au même titre que d'autres matières. Louis Pasteur n'obtint-il pas l'un des premiers brevets sur un organisme vivant pour une souche de levure isolée en 1873, sans que cela n'ait semblé heurter grand monde ? Le débat sur les biotechnologies et la brevetabilité du vivant n'a véritablement pris corps qu'environ un siècle plus tard et, si le lien entre levure et organisme vivant semble peu évident pour certains, il l'est bien davantage avec le végétal, ce qui explique sans doute la résistance beaucoup plus vive à l'octroi de brevets pour des plantes.

Si dans sa version de 1978, la convention UPOV excluait la possibilité de protéger une plante à la fois par un COV et par un brevet, l'interdiction de la double protection a été levée lors de la révision de 1991 dès lors que les conditions pour bénéficier des deux titres sont cumulativement réunies. L'accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), dans son article 27.3, tout comme la directive Biotech (Directive 98/44/CE), à l'article 4.2, prévoient expressément la possibilité de breveter des végétaux. Seuls les variétés végétales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ne peuvent être brevetés, ainsi que le rappellent l'accord sur les ADPIC (article 27.3b), la CBE (article 53) et la directive Biotech (article 4). Cependant, seuls les procédés de sélection et de croisement traditionnels peuvent être considérés comme des procédés essentiellement biologiques, à l'exception des procédés d'obtention de végétaux par génie génétique (Office Européen des Brevets, Brocoli, 2010). Ces dernières méthodes permettent notamment d'obtenir des plantes résistant à certains insectes, à certaines maladies ou à la sécheresse, ou simplement d'en améliorer le rendement. Les inventions portant sur des végétaux sont brevetables, même si elles englobent des variétés végétales, dès lors que les revendications ne se limitent pas à une seule variété végétale (Office Européen des Brevets, Novartis II, 1999). De telles créations peuvent tout à fait relever du régime du brevet dès lors que le végétal dont il s'agit présente un caractère de nouveauté, notamment par la variété qu'il représente, que la méthode mise en œuvre fait état d'une activité inventive et que l'invention que constitue le végétal est susceptible d'application industrielle, dans l'agriculture en particulier.

Les raisons économiques de la protection

Economiquement, le brevet se justifie par l'objectif poursuivi : encourager l'innovation et le progrès technique en assurant à l'inventeur un droit exclusif pendant une période limitée en échange de la divulgation de l'invention à la collectivité. En révélant des connaissances nouvelles au travers de la divulgation des inventions, le brevet diffuse des informations qui seraient autrement demeurées secrètes, permettant ainsi de développer de nouvelles inventions et de renforcer l'inventivité.

Depuis le début des années 80 et le développement croissant des biotechnologies, les entreprises ont investi des sommes considérables dans la recherche-développement, dont elles espèrent bien recueillir les bénéfices. Dans un contexte de concurrence internationale accrue, les brevets ont vu leur rôle se renforcer en raison de la valeur économique qu'ils représentent pour l'entreprise qui les détient et de l'arme judiciaire qu'ils peuvent également constituer (Lévêque et Menière, 2003). Parallèlement, la politique mondiale en matière de brevets et de droits de propriété intellectuelle en général a évolué vers un renforcement des droits de leurs titulaires, leur conférant encore davantage d'importance. Entre 1995 et 2005, le nombre de demandes de brevet a progressé de 6% par an pour les demandes auprès de l'Office Européen des Brevets(OEB) et 7% par an pour les demandes auprès de l'United States Patent and Trademark Office (USPTO). Ainsi, aux Etats-Unis, le Bayh-Dole Act de 1980 permet à des groupes de recherche sans but lucratif (universités, laboratoires publics) de breveter et commercialiser des inventions élaborées avec des crédits fédéraux, afin de faciliter leur exploitation.

L'amélioration des plantes ou la mise au point de nouvelles variétés nécessite des investissements conséquents en termes de temps et d'argent. L'introduction des biotechnologies dans la sélection végétale a encore majoré les coûts en raison des matériels et des compétences utilisés. Ainsi, la création d'une nouvelle variété végétale nécessite de 10 à 15 ans de recherche et développement avant sa mise sur le marché. En l'absence de droits de propriété intellectuelle (COV ou brevet), il est très aisé pour un concurrent de reproduire ladite variété et de la commercialiser sous un autre nom. Le brevet, lorsque les conditions en sont réunies, constitue un moyen efficace de rentabiliser les coûts et de se défendre contre la contrefaçon (Henry, Trommetter et Tubiana, 2003).

Lorsque l'innovation végétale remplit toutes les conditions nécessaires à la brevetabilité, il semble donc cohérent de la faire bénéficier du système de brevet et de la protection qui y est attachée. On constate cependant depuis quelques années une tendance des offices de brevets à interpréter beaucoup plus largement les conditions de brevetabilité, ce qui conduit à l'octroi de brevets sur des techniques ou des plantes qui ne méritaient pas une telle protection. De telles décisions, outre qu'elles soulèvent un problème d'interprétation des conditions d'accès au brevet, confèrent au titulaire de celui-ci des droits sur des ressources végétales qu'il ne devrait en principe pas pouvoir revendiquer.

Une appropriation illégitime des ressources végétales grâce au brevet

Nous l'avons vu, accorder un brevet sur une innovation végétale ne nous semble pas hors de propos dès lors que les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés sont justifiés par la qualité de l'innovation et le respect des conditions de brevetabilité. Or, les conditions d'accès au brevet ont sans nul doute connu une redéfinition de leurs contours par les offices de brevets alors même que les critères demeuraient inchangés dans les textes. Cette relecture des critères traditionnels de brevetabilité soulève notamment la question de la détermination des végétaux brevetables et de ceux qui ne le sont pas. En effet, les différentes techniques de mise au point d'une plante utilisent toutes la génétique pour parvenir à l'obtention du végétal désiré : seule la technique diffère selon qu'elle fait appel à la sélection traditionnelle ou au génie génétique. Doit-on pour autant accepter des brevets sur certains gènes naturellement présents dans la plante, qui vont faire l'objet d'une identification et d'une sélection pour donner naissance à une nouvelle variété ? Les procédés mis en œuvre pour sélectionner les gènes présents dans une plante et les croiser avec d'autres plantes afin d'obtenir des hybrides contenant les propriétés souhaitées soulèvent la question du caractère brevetable de tels procédés. En effet, il est admis que sont exclus de la brevetabilité les « procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux », en application de l'article 53b) de la Convention sur le Brevet Européen (CBE). Or, de nombreux brevets consistent en des techniques de sélection et de croisement traditionnelles assistées par marqueurs moléculaires. De tels procédés constituent-ils une invention brevetable ou un procédé essentiellement biologique d'obtention de végétaux exclu de la brevetabilité (A) ? De plus, seules sont brevetables les inventions nouvelles, ce qui en matière de végétaux peut poser le problème d'identification d'une plante comme étant nouvelle ou non au sens du droit des brevets (B).

L'absence d'invention

L'ensemble des textes relatifs aux brevets n'accorde la protection qui leur est attachée qu'aux inventions, par opposition aux découvertes. « La découverte se distingue de l'invention en ce qu'elle est la perception par voie d'observation d'un phénomène naturel préexistant à toute intervention de l'homme, alors que l'invention se caractérise en ce qu'elle est la coordination volontaire par l'homme de moyens matériels » (Mousseron, 1984). Un procédé de sélection et de croisement utilisant des marqueurs moléculaires constitue-t-il une invention brevetable ou un procédé essentiellement biologique non brevetable ? La grande chambre des recours de l'OEB a apporté une réponse à cette question dans la décision rendue le 9 décembre 2010 dans les affaires « Brocoli » et « Tomate ridée ». La société Plant Bioscience Ltd revendiquait un procédé d'obtention de choux brocoli qui permet d'augmenter la teneur, dans ces choux, de certains glucosinolates, substances qui auraient des propriétés anti carcinogènes. Ce procédé se décompose en quatre étapes principales.

La première étape consiste à croiser des espèces sauvages de brocoli, choisies dans deux catégories particulières (*brassica villosa* et *brassica drepanensis*), avec des lignées haploïdes doublées de brocoli. Les lignées haploïdes doublées sont obtenues en extrayant des microspores à partir d'anthers en cours de développement, c'est-à-dire des cellules qui ont subi une méiose – et sont donc haploïdes

– et qui deviendraient du pollen. Les microspores sont ensuite cultivées dans une boîte de Pétri contenant des hormones végétales sous l'action desquelles elles deviennent des plantes haploïdes. Celles-ci sont ensuite traitées à la colchicine afin d'empêcher la division cellulaire, ce qui double le nombre de chromosomes, de sorte que l'on obtient des plantes haploïdes doublées.

La deuxième étape consiste à sélectionner parmi les hybrides obtenus, ceux qui présentent une teneur élevée en au moins l'un des glucosinolates spécifiques. Cette sélection s'opère au moyen de marqueurs moléculaires.

La troisième étape procède au croisement des hybrides sélectionnés avec des lignées haploïdes doublées de brocoli. Parmi ces nouvelles plantes, on sélectionne à nouveau au moyen de marqueurs moléculaires celles qui présentent le taux le plus élevé de l'une des substances caractéristiques.

La dernière étape consiste à sélectionner une lignée de brocoli ayant des teneurs élevées en certains glucosinolates (entre 10 et 100 micromoles par gramme de poids sec de cette plante), ce qui permettra de provoquer une réaction spécifique lors de la croissance de la plante.

Lors de l'opposition formée par Limagrain et Syngenta à l'encontre du brevet « Brocoli », plusieurs arguments ont été développés mais seul le moyen relatif à la notion de « procédés essentiellement biologiques » a fait l'objet des questions posées à la grande chambre des recours. Bien qu'ayant été examinée précédemment par les chambres de recours à plusieurs reprises, cette disposition n'avait jamais fait l'objet d'une interprétation homogène.

Dans sa décision, la grande chambre des recours a affirmé que, pour être considéré comme tel, un « procédé essentiellement biologique » suppose la réunion de deux éléments complémentaires : la présence d'au moins un élément non biologique et une intervention technique décisive.

Selon Plant Bioscience, la règle 23 ter (5) CBE 1973, devenue la règle 26(5) CBE 2000 selon laquelle « un procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux est essentiellement biologique s'il consiste intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection » signifierait que la simple présence d'une étape non naturelle dans un procédé revendiqué suffirait à rendre celui-ci brevetable. En l'occurrence, le recours à des marqueurs moléculaires, l'emploi d'une souche haploïde doublée ou la mise en contact direct entre les souches de brocoli sauvage et les lignées de brocoli exigent une intervention humaine et constituent donc une étape non biologique suffisant à rendre l'invention brevetable. Telle ne fut pas l'interprétation de la grande chambre, qui revient sur la genèse de l'article 53b) CBE et sur la transition grammaticale opérée des procédés « purement » biologiques vers les procédés « essentiellement » biologiques. Les modifications apportées au libellé du texte montrent la volonté de ses rédacteurs d'exclure de la brevetabilité des procédés qui ont fondamentalement un caractère biologique même si, accessoirement, ils mettent en œuvre des dispositifs techniques tels que l'utilisation de marqueurs moléculaires ou des souches haploïdes doublées. La règle 26(5) CBE 2000, dont le contenu est identique à celui de l'article 2(2) de la directive Biotech (Directive 98/44/CE) semble contradictoire lorsqu'elle mentionne les procédés de croisement et de sélection comme des exemples de phénomènes intégralement naturels constituant des procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux. En effet, le croisement et la sélection tels qu'ils sont pratiqués dans la sélection végétale traditionnelle ne se produisent pas sans intervention humaine. La grande chambre a d'ailleurs précisé que l'interprétation des termes « croisement » et « sélection » comme s'appliquant uniquement aux cas dans lesquels ces éléments présentent un caractère purement naturel, sans intervention de l'homme, aurait pour conséquence de rendre l'article 53b) CBE inefficace. En effet, un procédé ne contenant aucune caractéristique technique ne pourrait faire l'objet d'un brevet pour défaut d'invention ; dès lors, il n'y aurait pas lieu de l'exclure de la

brevetabilité par une disposition expresse. Il faut donc considérer le croisement et la sélection traditionnels comme des procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux, l'usage d'un moyen technique ne constituant alors qu'une aide et ne pouvant conférer, à lui seul, un caractère technique à un procédé par ailleurs biologique.

Si la présence d'une étape technique est une condition nécessaire à la brevetabilité du procédé, encore faut-il que celle-ci soit déterminante. Dans l'affaire T 356/93, la chambre de recours avait déjà précisé qu'un « procédé de production de plantes comprenant au moins une étape essentielle technique, qui ne peut être effectuée sans intervention humaine et qui a un impact décisif sur le résultat final, ne tombe pas sous le coup des exceptions à la brevetabilité de l'article 53b), première demi-phrased, CBE » (Office Européen des Brevets, *Plant genetic systems*, 1995). La difficulté consiste à déterminer le seuil à partir duquel une étape technique peut ou non être considérée comme décisive. La grande chambre des recours a précisé que la totalité des opérations concernées ne doit ni se produire dans la nature, ni correspondre à des procédés de sélection classique. L'utilisation d'une nouvelle technologie ne confère pas, à elle seule, un caractère technique à un processus par ailleurs biologique. Il existe aujourd'hui des moyens techniques permettant de mettre en place des procédés de croisement et de sélection qui seraient impossibles sans ces moyens ou présenteraient un intérêt économique limité. L'existence d'une étape technique dans un procédé de croisement des plantes et la sélection subséquente ne permet pas à l'invention revendiquée d'échapper à l'exclusion de l'article 53b) CBE si cette étape technique ne sert qu'à accélérer ou faciliter le processus de sélection.

Toutefois, lorsque le procédé en cause prévoit l'insertion d'un gène ou d'un caractère dans un végétal au moyen de techniques de génie génétique, il n'est alors plus fondé sur la recombinaison entre des génomes complets et le mélange naturel de gènes et devient alors brevetable. Cela permet notamment de protéger par brevet les techniques de génie génétique, très différentes des techniques de sélection classiques.

A la lumière de cette décision, on peut remarquer que la question soulevée par la brevetabilité des « procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux » rejoint celle des gènes natifs puisque de telles pratiques se contentent généralement d'utiliser une matière biologique déjà existante dont on sélectionne certaines propriétés, éventuellement grâce à l'assistance de techniques telles que les marqueurs moléculaires. Les traits natifs d'une plante peuvent être définis comme étant ceux présents dans la plante et recombinaés à partir d'un croisement sexué ou étant obtenus à partir de méthodes traditionnelles de sélection.

L'absence de nouveauté

L'article 3 de la directive Biotech dispose que « sont brevetables les inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle, même lorsqu'elles portent sur un produit composé de matière biologique ou en contenant ». Cet article reprend pour l'essentiel l'article 52 CBE, lequel dispose que « les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ». A la lecture de ces textes, il apparaît que les conditions de brevetabilité de la matière biologique et partant, d'une invention portant sur un végétal, sont les mêmes que celles applicables à toute autre invention : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle.

Une invention est considérée comme nouvelle lorsqu'elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. D'après l'article 54(2) CBE, l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt ou de priorité de la demande de brevet par une description

écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. L'information est considérée comme accessible dès lors que le public peut en prendre connaissance : peu importe qu'il ait accédé à la connaissance, il suffit qu'il ait pu y accéder pour que l'invention soit comprise dans l'état de la technique (Vivant, 2005).

Un certain nombre de brevets ont été accordés à des produits ou des procédés ne présentant aucune nouveauté par rapport à l'état de la technique. L'un des exemples les plus emblématiques de cette tendance de certains offices de brevet à protéger des produits antérieurement connus est sans doute l'affaire dite du haricot jaune mexicain. Lors d'un voyage au Mexique en 1994, Larry Proctor, un petit semencier du Colorado, découvre une variété de haricot non cultivée aux Etats-Unis. Il en achète un sac qu'il ramène chez lui et qu'il resème. En 1996, il dépose une demande de brevet sur ce haricot d'une couleur jaune unique, jamais produit aux Etats-Unis et obtient un brevet en 1999 sur ce haricot, baptisé Enola. La même année, il obtient également un certificat d'obtention végétale protégeant la variété Enola, jusque-là inconnue aux Etats-Unis. Dès lors, il devient illégal de conclure toute transaction portant sur des haricots jaunes sans verser une redevance de 6 cents par livre à la société de L. Proctor. Les haricots jaunes produits par les paysans mexicains sont eux aussi soumis à cette redevance, alors même qu'ils sont cultivés depuis des centaines d'années.

Bien que l'office américain ait considéré ce haricot comme nouveau, la demande de brevet formulée par L. Proctor ne remplissait pas le critère de nouveauté tel qu'il devrait être entendu. En effet, bien que n'étant pas cultivé sur le sol américain, le haricot jaune l'était par les mexicains depuis très longtemps et, en cela, il était compris dans l'état de la technique. Cette absence de nouveauté était d'ailleurs facile à vérifier puisque la variété de haricot jaune mexicain Azufrado en cause était répertoriée dans la banque de données génétiques gérée par le Centre International pour l'Agriculture Tropicale comme provenant du Mexique. Qui plus est, cette absence de nouveauté induisait une absence d'invention. Comment en effet revendiquer une invention sur le haricot alors qu'aucun procédé de croisement ou de sélection n'a été mis au point, notamment par le biais de techniques génétiques, et que cette variété était strictement identique à celle cultivée par les mexicains ? Non seulement ce haricot ne répondait pas au critère de nouveauté, mais il ne constituait pas non plus une invention brevetable.

L'action entamée par les autorités mexicaines aboutira à l'annulation du brevet en 2008 mais aura coûté des milliers de dollars, alors qu'un tel brevet n'aurait jamais dû être octroyé si la recherche d'antériorité avait été effectuée avec soin. L'International Center for Tropical Agriculture (ICAT) situé à Cali (Colombie), en collaboration avec la Food and Agriculture Organisation (FAO), a en effet répertorié des centaines d'espèces dans sa banque génétique afin de préserver la biodiversité.

L'octroi de brevets sur des gènes natifs ou des gènes nus, c'est-à-dire sans précision d'une quelconque fonction, ainsi que la protection de plantes ne remplissant pas le critère de nouveauté peuvent contribuer à la privatisation de ressources végétales qui devraient conserver un caractère commun. Il faut en effet rappeler que selon l'article 64(2) CBE « si l'objet du brevet européen porte sur un procédé, les droits conférés par ce brevet s'étendent aux produits obtenus directement par ce procédé ». Cela signifie notamment que lorsqu'une technique n'ayant pas la nature d'une invention bénéficie cependant d'un brevet, toutes les plantes et les semences obtenues grâce à ladite technique seront également couvertes par le brevet, conférant ainsi à son titulaire des droits particulièrement étendus et la possibilité de limiter l'accès aux ressources concernées à la fois pour les chercheurs et les consommateurs. Il est extrêmement long et coûteux de s'opposer à un brevet accordé indûment. De plus, durant la procédure d'opposition, le brevet continue à produire ses effets, en particulier en ce qui concerne le monopole d'exploitation du titulaire. Une telle situation pénalise doublement l'opposant puisqu'il doit assumer le coût de la procédure d'opposition sans pouvoir utiliser la ressource abusivement brevetée. L'une des premières affaires ayant mis en cause la brevetabilité de gènes natifs

concernait le génome humain. En 1991, Craig Venter, l'un des responsables du programme américain de séquençage du génome humain, déposa auprès du bureau américain des brevets une demande portant sur 337 séquences partielles de gènes nouvellement découverts et déposa une nouvelle demande en 1992 pour 2375 autres gènes, sans préciser une quelconque fonction du gène. L'office américain des brevets rejeta la demande portant sur environ 2500 gènes mais cette tentative suscita un tollé de la communauté scientifique. Une telle demande, portant sur des gènes nus, sans précision d'aucune fonction et donc d'aucune application industrielle, ne pouvait normalement aboutir à l'obtention d'un brevet, faute de remplir l'ensemble des conditions requises pour la délivrance de celui-ci.

Conclusion

Les brevets accordés malgré l'absence d'invention ou de nouveauté posent la question de l'interprétation des critères de brevetabilité par les offices de brevets. Ceux-ci connaissent en effet des dysfonctionnements liés à l'accroissement du nombre de demandes de brevets et à la technicité croissante des dossiers, notamment en matière de biotechnologies. L'examen des dossiers est long et nécessite des compétences juridiques et techniques dont ne bénéficient pas toujours les examinateurs des offices (Lévêque et Menière, 2003). Ces dysfonctionnements conduisent à l'octroi de brevets sur des innovations qui ne répondent pas aux critères légaux de délivrance, mettant ainsi en péril la philosophie même du système des brevets en permettant l'appropriation de certaines ressources qui ne sauraient en aucun cas constituer une invention. S'il a été possible de déterminer des critères communs à l'ensemble des Etats pour définir les conditions auxquelles une invention peut être brevetée, pourquoi ne parviendrait-on pas à s'entendre sur ce qu'il convient de donner comme définition de chaque critère ? L'uniformisation des conditions de brevetabilité dans le domaine des biotechnologies en particulier doit constituer l'un des objectifs des institutions de protection de la propriété intellectuelle, sous peine de voir la situation se dégrader un peu plus (Vivant, 2003). Le système actuel de protection par le brevet a pu être qualifié par certains auteurs de « malade », particulièrement aux Etats-Unis, lesquels auteurs regrettent que ce soit ce système malade qui ait pu être imposé au reste de la planète dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) avec les accords ADPIC (Henry, Trommetter et Tubiana, 2003 ; Varella, 2006). Une révision du système, ou du moins des conditions d'accès au brevet, est effectivement urgente.

Au sujet de l'auteur :

Rose-Marie Borges est Maître de conférences à l'Université d'Auvergne, chercheur au Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne. Elle travaille essentiellement sur la protection et la valorisation du patrimoine intellectuel et culturel, notamment à travers les droits de propriété intellectuelle.

Références :

- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf
- Brocoli 2010. Grande chambre des recours, 9 décembre 2010, Affaire. G 2/07 et G 1/08, *Journal Officiel de l'Office Européen des Brevets* mars 2012, 130.
- Commission européenne. 2002. Sciences du vivant et de la biotechnologie – Une stratégie pour l'Europe : COM(2002) 27, 10.
- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques : *Journal Officiel des Communautés Européennes* n° L 213, 30 juillet 1998, 13 et DOC 2bis §4-7 et §5.
- Henry Claude, Trommetter Michel et Tubiana Laurence 2003. Innovation et droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies, Rapport du Conseil d'Analyse Economique n° 41 : *La documentation française* 2003, 263-291.
- Lévêque, François et Yann Menière. 2003. Economie de la propriété intellectuelle : *La découverte*, 60s.
- Mousseron, Jean Marc. 1984. Traité des brevets : *Librairies techniques*, n° 161, 179.
- Novartis II 1999. Grande chambre des recours, 20 décembre 1999, Affaire G 1/98, *Journal Officiel de l'Office Européen des Brevets*, mars 2000, 111; *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* 1/2000, n° 53(1), 83, obs. J. Azema et J.-C. Galloux.
- Plant genetic systems 1995. Chambre de recours techniques, 21 février 1995, Affaire. T 356/93: *Journal Officiel de l'Office Européen des Brevets*, août 1995, 545.
- Rifkin, Jeremy. 1998. Le siècle biotechnologique : le commerce des gènes dans le meilleur des mondes : *La découverte*.
- Varella, Marcello D. 2006. Propriété intellectuelle et semences : les moyens du contrôle des exportations agricoles par les entreprises multinationales : *Revue internationale de droit économique* 2/2006, 211-228.
- Vivant, Michel. 2003. Protéger les inventions demain : *La documentation française* 2003.
- Vivant, Michel. 2005. Le droit des brevets : *Collection connaissance du droit, Dalloz*, 26s.