


2010

La loi sur la protection des obtentions végétales; entre compétitivité et utopie, y a-t-il un avenir pour le modèle?

Régine Tremblay

University of British Columbia, Peter A. Allard School of Law, tremblay@allard.ubc.ca

Follow this and additional works at: http://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs

 Part of the [Agriculture Law Commons](#), and the [Intellectual Property Law Commons](#)

Citation Details

Régine Tremblay, "La Loi sur la protection des obtentions végétales; entre compétitivité et utopie y a-t-il un avenir pour le modèle?" (2010) 3:1 Osgoode Hall Rev L Pol'y 59-96.

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Publications at Allard Research Commons. It has been accepted for inclusion in Faculty Publications by an authorized administrator of Allard Research Commons.

OSGOODE HALL REVIEW OF LAW AND POLICY

VOLUME 3

MARCH 2010

ISSUE 1

ARTICLE

LA LOI SUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES; ENTRE
COMPÉTITIVITÉ ET UTOPIE Y A-T-IL UN AVENIR POUR LE MODÈLE?

Régine Tremblay^φ

Les régimes de protection intellectuelle des obtentions végétales passent souvent inaperçus, malgré leur importance socio-économique, légale et environnementale. À une époque où le brevet tente de s'imposer dans le secteur de l'agriculture, où les grandes espèces sont déjà brevetées et où le voisin immédiat du Canada s'érige en paradis du monopole, y a-t-il un avenir pour le régime de la Loi sur la protection des obtentions végétales? Cet article analyse les deux vagues majeures de législation entourant la protection et la stimulation des investissements dans le domaine des obtentions végétales au Canada et dans l'Union européenne. Avec la mort au feuillet du Projet de modification de la Loi sur la protection des obtentions végétales en vue de la rendre conforme à la Convention de 1991 de l'UPOV et les perturbations politiques canadiennes, le gouvernement risque de laisser une fois de plus ce débat de côté, mais il pourrait aussi saisir l'occasion pour modifier son régime et ainsi remplir des impératifs environnementaux, économiques et moraux. Le Canada pourrait-il saisir sa chance et devenir un acteur de premier plan? Qui plus est, que peut-on apprendre et transposer d'un régime de propriété intellectuelle sectoriel vers un régime général?

^φ LL.M. (candidate 2010, University of Toronto), B.C.L.&LL.B. (2009, McGill University). L'auteur tient à remercier le Pr. Richard Gold pour ses conseils, le Dr Serge Lapointe pour avoir attiré son attention sur le sujet et les responsables de la revue pour leur collaboration. Elle demeure seule responsable des opinions véhiculées et des erreurs qui demeurent dans le texte. (regine.tremblay@utoronto.ca).

TABLE OF CONTENTS

<i>I INTRODUCTION</i>	60
<i>II DEVELOPPEMENT</i>	63
A. LA PREMIÈRE VAGUE: LE RÉGIME CANADIEN ET LES PRINCIPES DE UPOV 1978.....	63
(i) Généralités	63
(ii) Loi et Règlement sur la protection des obtentions végétales	65
(iii) <i>Loi sur les brevets</i>	69
(iv) La <i>LPOV</i> : Pertinence et efficacité (quelques chiffres)	72
B. LA DEUXIÈME VAGUE: LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE EUROPÉEN ET LES PRINCIPES DE UPOV 1991	75
(i) Généralités	75
(ii) Protection communautaire	77
(iii) Pertinence et efficacité; quelques chiffres	81
C. LE CANADA: UNE NOUVELLE VAGUE? PROJET DE MODIFICATION DE LA LOI (AVRIL 2008).....	82
D. L'IMPORTANCE D'UN RÉGIME DISTINCT DU BREVET: OBTENTIONS VÉGÉTALES, PLANTES, SEMENCES ET AL.: OBJETS DE PROPRIÉTÉ ET IMPLICATIONS.	88
(i) Aspects théoriques	88
(ii) Aspects économiques	90
(iii) Aspects juridiques: un régime sectoriel qui intègre les meilleurs éléments des régimes généraux et même plus	91
<i>III CONCLUSION</i>	93
<i>IV ANNEXE</i>	96

I

INTRODUCTION

Depuis quelques années, les régimes de protection intellectuelle des plantes et des obtentions végétales sont remis en questions à l'échelle mondiale par les transformations technologiques, les crises humanitaires et bouleversements légaux. Ce cadre juridique *sui generis* et sectoriel qui porte sur un objet aussi litigieux que le patrimoine commun de l'humanité est à la croisée des chemins, particulièrement depuis la reconnaissance, directe ou indirecte, quasi-

internationale de la disponibilité du brevet classique pour les plantes et les ressources connexes. Les conséquences de cette montée du monopole dans les secteurs agricoles et horticoles risquent d'être importantes à tous les niveaux; légal, économique, social, humanitaire, etc. Les conventions internationales¹ sont mises en doute et les critiques fusent de toute part. Différents acteurs ont des intérêts particuliers et tentent de les faire valoir, mais tous n'ont pas les mêmes moyens. Même si la protection intellectuelle des plantes, croisements, variétés et obtentions végétales n'est pas un sujet très étudié, la prochaine décennie pourrait être une période-charnière, une période de décisions et de bouleversements. L'étude d'un tel modèle législatif a aussi des implications théoriques et pratiques beaucoup plus vastes pour les régimes de protection des actifs intellectuels émergents, qui sont limités à des secteurs précis où l'évolution technologique fait partie du quotidien.

Divers modèles de protection ont été développés selon les pays et les années. Au Canada, l'outil principal de protection des variétés végétales et de stimulation de l'innovation est le certificat d'obtention émis en vertu de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*² et de son règlement connexe³. Le Canada est devenu membre de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) le 4 mars 1991, en ratifiant l'acte de 1978⁴ et les principes de cette convention sont présents dans la *Loi sur la protection des obtentions végétales*. Le régime canadien fait partie de la première vague de protection⁵ de ces importants actifs. La deuxième vague suit quant à elle les principes de

¹ Les principales conventions abordées ici sont les conventions de l'Union pour la protection des obtentions végétales, plus précisément la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, 2 décembre 1961, 815 U.N.T.S. 89, U.K.T.S. 74 et la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, 2 décembre 1961, 815 U.N.T.S. 89, U.K.T.S. 74 révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991.

² *Loi sur la protection des obtentions végétales*, 1990, ch. 20, P-14.6 [*Loi sur la protection des obtentions végétales*].

³ *Règlement sur la protection des obtentions végétales*, DORS/91-594 [*Règlement*]

⁴ Membres de l'union internationale pour la protection des obtentions végétales (situation le 29 octobre 2008), <en ligne > :

<http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/about/members/pdf/pub423.pdf>.

⁵ Exception faite du régime américain de *Plant Patent* qui a été instauré dans les années 1930, mais ce cadre est différent. Le *Plant Varieties Protection Act*, qui est plus près des idées véhiculées dans cette « première vague » de protection intellectuelle des variétés végétales date quant à lui de 1970.

UPOV 1991, qui n'a toujours pas été ratifié au Canada. La situation est différente dans la Communauté européenne, où ils sont mis en oeuvre au niveau communautaire. À l'heure des choix le Canada, pourrait apprendre des autres pays et devenir un acteur de premier plan.

Le but du présent essai est de questionner, à travers l'étude des deux vagues majeures de législation entourant la protection et la stimulation des investissements dans le domaine des obtentions végétales, l'avenir de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* au Canada. Avec la mort au feuillet du *Projet de modification de la Loi sur la protection des obtentions végétales en vue de la rendre conforme à la Convention de 1991 de l'UPOV* et les perturbations politiques canadiennes, le gouvernement risque de laisser une fois de plus ce débat de côté, mais il pourrait aussi saisir l'occasion pour modifier son régime et ainsi remplir des impératifs environnementaux, économiques et moraux.

Même si l'industrie des croisements s'est complexifiée, il est essentiel de mener un combat pour offrir une alternative compétitive au régime des brevets, ne serait-ce que par principe – les obtentions végétales touchent des secteurs humains primaires et ne doivent pas être évaluées seulement en termes économiques. À une époque où le brevet tente de s'imposer dans le secteur de l'agriculture, où les grandes espèces sont déjà brevetées et où le voisin immédiat du Canada s'érige en paradis du monopole, y a-t-il un avenir pour le régime de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*? Le Canada pourrait-il améliorer son cadre législatif pour devenir plus performant? Doit-il céder le pas devant la *Loi sur les brevets*? Finalement, la situation des variétés végétales ne représente-t-elle pas un exemple positif de régime de propriété intellectuelle sectoriel, alternative si souvent critiquée et est-ce que les régimes généraux pourraient s'inspirer de ce cadre et des motifs qui le sous-tendent?

II
DEVELOPPEMENT

**A. LA PREMIÈRE VAGUE: LE RÉGIME CANADIEN ET LES PRINCIPES DE
UPOV 1978**

(i) Généralités

Au Canada, les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables d'un point de vue théorique⁶. Toutefois, un procédé ayant pour objet la production d'une forme de vie supérieure peut être brevetable pourvu qu'il exige une intervention significative d'ordre technique de l'être humain et qu'il ne soit pas seulement un procédé biologique naturel qui se conforme aux lois de la nature, par exemple le croisement naturel de plantes⁷. Les formes de vie supérieures incluent les plantes⁸ et les semences⁹. Malgré ces principes directeurs, il demeure possible d'avoir un brevet sur quelque chose qui aura comme contenant une plante ou une variété végétale en vertu de la *Loi sur les brevets*¹⁰. Alors que les simples croisements ne sont vraisemblablement pas brevetables, les gènes modifiés le seront assurément. Par contre, il est souvent difficile de remplir les critères prévus dans la loi pour l'obtention d'un brevet. Les obtentions végétales demandent des investissements, des recherches et du travail. Il fallait trouver un moyen de protéger des actifs intellectuels qui ne remplissent que rarement les critères de nouveauté, d'utilité et le caractère non évident nécessaires pour obtenir un brevet¹¹ et reconnaître qu'elles ont une nature particulière.

La Loi sur la protection des obtentions végétales est *entrée en vigueur le 1^{er} août 1990* et elle vient faciliter la tâche des individus désireux d'obtenir des droits particuliers à l'égard de variétés végétales. Elle offre une reconnaissance tacite de la particularité des croisements végétaux. *Cette loi est régie* par l'Agence Canadienne

⁶ *Harvard College c. Canada (Commissaire des brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, *Pioneer Hi-Bred c. Commissaire aux brevets* [1987] 14 C.P.R. (3^e) 491, [1989] 25 C.P.R. (3^e) 257.

⁷ *Pioneer Hi-Bred c. Commissaire aux brevets*, [1989] 25 C.P.R. (3^e) 257 à la p. 264.

⁸ *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902 [*Monsanto*].

⁹ Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), en ligne : <http://www.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/corp/corp_appeal-f.html>.

¹⁰ *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4 [*Loi sur les brevets*]

¹¹ Art. 2 « invention », *Loi sur les brevets*, *supra* note 10.

d'Inspection des Aliments (Agence) et le Bureau de la protection des obtentions végétales (BPOV). Il semble y avoir un consensus dans l'ordre juridique sur la définition du concept de variété végétale, depuis la montée de la commercialisation de ces richesses amorcée au début du 20^{ème} siècle. Elles sont un « ensemble végétal qui se différencie des autres populations végétales les plus proches par l'homogénéité et la stabilité de ses caractères à travers le cycle des reproductions »¹². Le « concept n'a pas de nécessité technique particulière, c'est un choix juridique et commercial, lié à sa capacité à devenir le support de droits de propriété intellectuelle qui permettent de régler les relations de concurrence entre inventeurs »¹³. Ce qui est protégé, c'est l'entité complète, l'organisme vivant joliment qualifié d'« édifice génétique équilibré »¹⁴. L'idéologie à la base du système est différente entre la *Loi sur les brevets* et la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, la dernière reconnaissant l'idée d'une réserve de savoir commun libre et accessible à tous¹⁵. Il est possible qu'un ensemble de qualités déjà connues, soient légitimement utilisées et protégées dans un nouvel objet.

Les deux régimes ne sont pas mutuellement exclusifs au Canada. Les critères d'obtention et l'étendue de la protection octroyée varieront en fonction du choix de régimes. Depuis, le jugement américain *J.E.M. AG Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International Inc.*¹⁶, et le principe semble avoir été repris par le juge de première instance dans l'affaire *Monsanto*¹⁷, il est admis que:

[81] [...] the PBRA was not intended to, and by its terms it does not, preclude registration under the Patent Act of inventions that relate to plants, and that may lead to new

¹² Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement et du centre de recherche sur le droit des sciences et techniques, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, sous la direction de Marie-Angèle Hermitte et P. Kahn, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004 à la p. 21 [*Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*].

¹³ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴ *Ibid.*, p. 22 (citant André Cauderon, dans *Les vingt-cinq premières années de la convention internationale pour la protection des obtentions végétales*).

¹⁵ La nécessité de divulgation dans le cas du brevet permet un certain accès, mais cet accès est limité dans son utilisation comparativement à l'autre schème législatif.

¹⁶ *J.E.M. AG Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 534 U.S. (2001).

¹⁷ *Monsanto*, *supra* note 8.

varieties or characteristics of plants. The plaintiffs point to a similar issue raised under United States' statutes of the same general nature which was resolved in an analogous manner. The Court there concerned found no conflict in the application of the patent and plant breeders' legislation in that country. [nos soulignés] (See Pioneer Hi-Bred International Inc. v. J.E.M. Ag Supply Inc., 53 USPQ (2d) 1440 (U.S.C.A., Fed. Cir. 2000).)¹⁸

Examinons d'abord en détails le régime de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, et ensuite celui de la *Loi sur les brevets*.

(ii) Loi et Règlement sur la protection des obtentions végétales

Le gouvernement du Canada énonce que l'objet de cette loi est «de stimuler les activités de sélection végétale au Canada, d'assurer aux producteurs canadiens un meilleur accès à des variétés étrangères et de mieux protéger les variétés canadiennes dans les autres pays»¹⁹. Toute demande peut être présentée par une personne qui est citoyenne, résidente ou qui a son siège social au Canada ou dans un pays membre de l'Union pour la protection des obtentions végétales [UPOV]²⁰. Il est essentiel d'avoir une adresse au Canada²¹ pour bénéficier de la protection conférée à une variété. Sur quoi peut-on obtenir les privilèges accordés par la *Loi*?

Selon la définition de la loi, une « variété végétale » correspond à «[t]out cultivar, clone, lignée ou hybride d'une catégorie végétale réglementaire susceptible d'être cultivé» et une obtention végétale est une « variété végétale nouvelle conforme aux conditions

¹⁸ *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2001 CFPI 256.

¹⁹ Protection des obtentions végétales, agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA), en ligne : http://www.entreprisescanada.ca/servlet/ContentServer?pagename=CBSC_ON%2Fdisplay&lang=fr&cid=1157946628331&c=Regs.

²⁰ Art. 8, *Loi sur la protection des obtentions végétales*, supra note 2. Le gouvernement du Canada fournit aussi *Guide du requérant* en ligne avec toutes les informations de base à l'adresse suivante : <http://www.inspection.gc.ca/francais/plaveg/pbrpov/guidedef.shtml> [*Guide du requérant*].

²¹ Art. 9(2), *Loi sur la protection des obtentions végétales*, supra note 2.

de l'article 4 »²². L'objet du certificat d'obtention s'est transformé avec les années. Le 6 novembre 1991, une disposition réglementaire permettait à 6 genres/espèces d'être protégées: le blé, la chrysanthème, le canola, la pomme de terre, le rosier et le soja²³. En 1993, 17 autres genres/espèces se sont ajoutés à la liste; 16 autres en 1994. La loi et le règlement, dans leurs formes actuelles reconnaissent que tous les genres/espèces sauf les algues, les bactéries et les champignons peuvent être l'objet d'un certificat d'obtention si les critères sont remplis²⁴.

Les quatre critères auxquels doivent satisfaire les variétés végétales afin d'être admissibles à un certificat d'obtention sont : la nouveauté, le caractère distinctif, la stabilité et l'homogénéité²⁵. Pour qu'une variété soit considérée comme nouvelle, elle ne doit pas avoir été vendue au Canada avant qu'une demande de certificat d'obtention n'ait été présentée. À l'extérieur du Canada, les variétés des catégories réglementaires, peuvent avoir été vendues pendant au plus quatre ans, sauf pour les plantes ligneuses et leurs porte-greffes, qui elles peuvent avoir été vendues pendant au plus six ans.

Pour être stable, la variété doit rester conforme à sa description au fil du temps. Ses principaux caractères doivent demeurer stables, c'est-à-dire que les autres générations de semences ou le matériel de multiplication doivent présenter les mêmes caractères que ceux qui ont été définis dans la description originale pour laquelle un certificat d'obtention a été délivré²⁶.

La loi précise le sens de « suffisamment homogène » à l'article 4(3). « Pour l'application de l'alinéa (2) c), « suffisamment homogène » s'entend d'une variété dont les variations de caractères, lors de sa reproduction sexuée ou de sa multiplication végétative en quantité considérable, sont prévisibles, susceptibles d'être décrites et commercialement acceptables ». Quelle est l'étendue de la protection pour une espèce qui remplit ces exigences?

²² Art. 2, *Loi sur la protection des obtentions végétales*, *supra* note 2.

²³ Agence canadienne d'inspection des aliments, « Révision décennale de la Loi sur la protection des obtentions végétales du Canada », <en ligne> <http://www.inspection.gc.ca/francais/plaveg/pbrpov/10yrf.shtml>, à la p. 5.

²⁴ *Règlement*, *supra* note 3 à l'annexe 1.

²⁵ Art. 4(2), *Loi sur la protection des obtentions végétales*, *supra* note 2.

²⁶ *Guide du requérant*, *supra* note 20.

En vertu de l'article 5 de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, le titulaire d'un certificat a le droit exclusif de:

- a) de produire au Canada, en vue de la vente, du matériel de multiplication de la variété protégée, en tant que tel, et de le vendre;
- b) de faire du matériel de multiplication de la variété l'emploi répété nécessaire à la production commerciale d'une autre variété végétale;
- c) d'utiliser commercialement, comme matériel de multiplication en vue de la production de plantes ornementales ou de fleurs coupées, des plantes ornementales — ou des parties de ces plantes — qui sont normalement commercialisées à d'autres fins que la multiplication;
- d) d'accorder, avec ou sans condition, l'autorisation d'exercer les droits exclusifs énoncés aux alinéas a) à c). [nos soulignés]

Ces droits sont conférés pour une période de 18 ans à partir de la remise du certificat d'obtention²⁷. Fait intéressant, ils doivent être renouvelés annuellement en vertu du règlement par le paiement de la taxe annuelle²⁸. et le titulaire du certificat a l'obligation de maintenir le matériel de multiplication permettant la reproduction de son espèce protégée²⁹. Ce mécanisme assure la conservation des nouvelles espèces, et assure dans une certaine mesure la collaboration.

Il y a quatre principales exceptions et limitations dans la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, prenant surtout leurs sources dans la *Convention de 1978* de l'UPOV³⁰, soit : «the farmer's rights exemption», «the brown bagging exemption», «the innocent bystander exemption» et «the breeders' exemption». Elles consistent respectivement à:

²⁷ Art. 6, *Loi sur la protection des obtentions végétales*, supra note 2.

²⁸ Art. 35 (1) d), *Loi sur la protection des obtentions végétales*, supra note 2 et art. 30(2) *Règlement* supra note 3. L'obteneur bénéficie d'un délai de 60 jours, après la date d'émission du certificat pour payer.

²⁹ Art. 30, *Loi sur la protection des obtentions végétales*, supra note 2.

³⁰ Le gouvernement du Canada n'a pas promulgué la *Convention de 1991*.

“the farmer’s rights”³¹ [is the right] to retain and carry-over portions of the crop seed produced from a PBR-certified variety for planting the following year with the proviso that the farmer purchased the PBR-certified variety from the PBR Certificate holder. [...]

“brown bagging”³² [...] occurs when a farmer who is legally entitled to carry-over a portion of his production of a PBR-certified variety for his own use, provides excess left-over seed to his neighbors. While such “brown bagging” is considered to be an unauthorized practice, the terminology regarding farmer’s rights in the 1978 UPOV Convention and as promulgated in the Canadian PBRA is unclear. [...]

“innocent bystander”³³ exemption [...] occurs when the pollen from a PBR-certified variety growing in an authorized grower’s field, is carried by wind into adjacent third-party fields where it cross-pollinates with another variety thereby transferring one or more of PBR-protected novel traits to a third party’s crop. [...]

“breeders’ exemption”³⁴ [...] allows a plant breeder to use a PBR-certified variety once, and once only, in a new breeding program³⁵ [nos soulignés].³⁶

Ainsi, les exceptions aux droits des détenteurs de certificats sous la *Loi sur la protection des obtentions végétales* sont beaucoup plus nombreuses, et les droits des tiers par rapport aux variétés sont significativement plus étendus que ceux conférés par la *Loi sur les brevets*.

Une autre particularité de cette *Loi* est qu’elle institue un mécanisme de licences obligatoires. À ce jour, aucune licence obligatoire n’a été demandée³⁷. Selon Michel Cormier, l’agent responsable, c’est probablement simplement parce que les variétés

³¹ UPOV Communication to the Secretariat of the CBD (2003).

³² UPOV Meeting on Enforcement of Plant Breeders Rights (2005).

³³ Norman Siebrasse, « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004) 20 C.I.P.R. 79.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Dan Polonenko, « Protection of New Plants and New Plant Technologies in Canada and the USA » dans AUTM Technology Transfer Practice Manual, 3d ed. (2008) à la p. 4.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Michel Cormier, Conversation téléphonique, BPOV.

sont disponibles à des prix raisonnables. Il ajoute également qu'une des raisons majeure pour protéger une variété est de la distribuer à la plus grande échelle possible, et qu'il serait bizarre qu'une personne fixe un prix délibérément élevé pour la variété car il ne pourrait pas la distribuer. Le BPOV quant à lui croit que c'est parce que l'industrie est responsable³⁸, une vision peut-être un peu romantique. Les licences obligatoires, phénomène par ailleurs impossible pour les particuliers sous le régime de la *Loi sur les brevets*³⁹, pourront se voir octroyées en vertu des articles 32 et 33 de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*. Une dernière distinction de ce régime de propriété intellectuelle concerne les infractions. Étrangement - la loi semble dire que l'intention joue un rôle, contrairement aux autres régimes de protection de biens intellectuels. Il pourrait, mais ceci est spéculatoire, être plus difficile que sous les autres lois de montrer que les droits du détenteur du certificat ont été atteints, ce qui pourrait s'avérer un détail important considérant que la preuve d'intention est une preuve assez complexe. Aucune jurisprudence n'est disponible sur le sujet, et la jurisprudence concernant la *Loi* se fait très rare⁴⁰.

(iii) *Loi sur les brevets*

Au Canada, bien qu'il soit impossible de breveter une plante en elle-même, il est possible d'avoir un brevet sur un gène modifié de cette dernière (voir par exemple *Monsanto*), sur un procédé pour obtenir une plante ou sur des méthodes de production de semences. En faisant une recherche rapide dans la banque de brevets de l'OPIC on remarque cependant que des éléments liés à des variétés végétales sont assez fréquemment l'objet de brevets. À titre informatif des exemples de procédés d'hybridation⁴¹, de procédés de production de

³⁸ Agence canadienne d'inspection des aliments, *Révision décennale de la Loi sur la protection des obtentions végétales du Canada*, Gouvernement du Canada, 2001 [*Révision décennale*].

³⁹ Des exceptions sont prévues à l'article 19 pour le gouvernement et il est possible de dire que, par le biais des *TRIPs agreement*, des mécanismes analogues pourraient être disponibles.

⁴⁰ Hormis les décisions préalablement citées, il y a *University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales)* (1re inst.), 2001 CFPI 134.

⁴¹ Brevet 1303856 : Procédé d'hybridation utilisant une combinaison de sterilité mâle cytoplasmique, de tolérance cytoplasmique aux herbicides et de tolérance aux herbicides attribuable uniquement à des gènes nucléaires.

blé⁴², et des plants de tomates résistants à *botrytis cinera*⁴³ s'y retrouvent. Où tracer la ligne entre les éléments végétaux brevetables et ceux qui ne le sont pas ? La définition d'invention dans la *Loi sur les brevets* n'est pas d'un grand secours dans la détermination de la brevetabilité des variétés végétales, une invention étant définie comme « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité »⁴⁴. Il faut se tourner vers la jurisprudence pour tenter de trouver une réponse à cette question complexe.

La trilogie *Pioneer Hi-Bred*⁴⁵, *Harvard College*⁴⁶ et *Monsanto*⁴⁷, représente l'état actuel du droit au pays en ce qui a trait à la brevetabilité des formes de vie dites supérieures. La Cour suprême du Canada trace cette distinction – entre les formes de vie inférieures et supérieures – en dépit du fait que le texte de *Loi* ne fasse absolument aucune distinction.

Dans *Pioneer Hi-Bred*, jugement de 1989 antérieur à la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, la Cour a pris avec une affaire de tentative de brevet sur une nouvelle variété de soya obtenue par croisement artificiel mais cultivée par voie naturelle a dû répondre à deux questions : (1) est-ce que le mémoire descriptif satisfaisait les exigences du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*?; et (2) est-ce qu'une « nouvelle variété de soya issue d'un croisement artificiel représente une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*? »⁴⁸. Elle a décidé de ne pas se mouiller et a jugé que la demande devait échouer sur la base de la revendication inadéquate. « Le dépôt d'échantillon de graine de semence ne constitue pas une divulgation au sens de 36(1) »⁴⁹. La Cour a affirmé que la réelle question était la brevetabilité de la vie, mais elle n'a pas pris position.

De son côté, « l'examineur du Bureau des brevets a[vait] rejeté la demande puisqu'à son avis, cette nouvelle variété de plante n'[était]

⁴² *Ibid* à la 2259949 : Procédés de production de blé hybride.

⁴³ *Ibid* à la 2510557 : Plants de tomate présentant une résistance à *botrytis cinerea*.

⁴⁴ Art. 2, *Loi sur les brevets*, *supra* note 10.

⁴⁵ *Pioneer Hi-Bred Ltd.* *supra* note 7.

⁴⁶ *Harvard College*, *supra* note 7.

⁴⁷ *Monsanto*, *supra* note 8.

⁴⁸ *Pioneer Hi-Bred*, *supra* note 7 à la p. 9.

⁴⁹ *Ibid*.

pas incluse dans la définition du terme "invention" »⁵⁰ [nos soulignés]. De plus, la pratique est de « considérer comme matière non-brevetable «[t]oute matière visant un procédé de production d'une nouvelle souche ou variété génétique, de plantes ou d'animaux, ou le produit qui en découle...» (directive 12.03.01(a))»⁵¹ [nos soulignés]. Beaucoup de questions sont demeurées sans réponses après cette décision de la plus haute cour du pays.

Près d'une décennie plus tard dans *Harvard College*, la Cour a décidé d'entrer dans le vif du sujet et de répondre à la difficile question de la brevetabilité des formes de vie. Elle rappela que ces dernières n'étaient pas brevetables⁵². La Cour suprême invitait le législateur à se prononcer sur cette importante question, chose qu'il n'a toujours pas fait. La dissidence d'*Harvard College* mérite quelques lignes considérant le banc très divisé (5 contre 4).

Le point de vue des juges minoritaires sur l'interaction entre *Loi sur la protection des obtentions végétales* et le *Loi sur les brevets* est instructif. Selon les juges minoritaires,

[I] se peut bien que la *Loi sur la protection des obtentions végétales* ait été adoptée non pas en reconnaissance du fait que les formes de vie supérieures ne constituent pas un objet brevetable au sens de la *Loi sur les brevets*, mais plutôt en reconnaissance du fait que les variétés végétales méritent une certaine forme de protection en matière de propriété intellectuelle même si, souvent, elles ne satisfont pas aux critères techniques de la *Loi sur les brevets*. [nos soulignés]

Ils concluent cette partie de leur argumentation en reprenant le point de vue de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *J.E.M. Ag Supply, Inc. c. Pioneer Hi-Bred International, Inc.* : les deux régimes de protection intellectuelle ne sont pas incompatibles.

Le dernier jugement sur le sujet pour l'instant est l'affaire *Monsanto*, dans laquelle, un fermier qui avait contrefait un brevet de Monsanto sur du *Round-Up Ready Canola* a questionné la validité de ce dernier. Le pourvoi portait plus précisément sur la brevetabilité des

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid* à la p. 6.

⁵² *Harvard College*, *supra* note 6 aux pp. 5-6.

semences de canola génétiquement modifiées. La Cour suprême du Canada a jugé que le brevet était valide «because no claims were issued for “a plant” but instead, for “genes” and “plant cells”»⁵³. Selon Dan Polonenko, « the consequence of the *Monsanto v. Schmeiser* case is that the door is open for patent protection of higher life forms and for the biotechnology products in Canada, and provides at least some assurance that genetically engineered plants can be protected in Canada ».

Avec cette prise de position de la Cour suprême – et ce virage à 180 degrés en 2 ans – il est possible de se demander à quoi pourra servir un régime comme celui élaboré par la LPOV dans l’avenir. Considérant qu’un cadre particulier a été mis en place dans le cas des variétés végétales, cette façon de penser et de fonctionner n’est-elle pas problématique? Les enjeux qui touchent les variétés végétales sont particuliers et il aurait été intéressant que la Cour suprême du Canada soit plus précise sur la question, le régime représentant un marché et une économie assez intéressante

(iv) La LPOV: Pertinence et efficacité (quelques chiffres)

En 2000, le gouvernement du Canada a lancé une révision décennale de la LPOV. L’objectif était de « déterminer si le système de protection des obtentions végétales [avait] permis les résultats visés par la LPOV »⁵⁴. Selon ce rapport, la *Loi* a eu plusieurs répercussions positives. D’abord, l’industrie, les chercheurs et le gouvernement reconnaissent que la situation globale économique et scientifique s’est améliorée⁵⁵. Les investissements dans les secteurs privés horticoles et agricoles avaient presque triplé dans les dix premières années du régime⁵⁶. Les revenus du BPOV ont aussi augmenté de façon significative, passant de 102 500\$ en 1992 à 627 000\$ en 2000.

Au niveau des demandes de certificats d’obtention, les chiffres exposent une progression intéressante. Le nombre de demandes en dix ans n’a été que de 2 505. De ce nombre, 72% touchaient l’industrie horticole, et presque 94% des demandes liées à cette industrie étaient

⁵³ Polonenko, *supra* note 35 à la p.11.

⁵⁴ *Révision décennale*, *supra* note 38 à la p. i.

⁵⁵ *Ibid* à la p. ii.

⁵⁶ *Ibid*.

d'origine étrangère⁵⁷. Quatre espèces représentaient 57% des demandes horticoles; le rosier, le chrysanthème, le pélargonium et la pomme de terre⁵⁸. Pour la balance des demandes dans l'industrie agricole (28%), 57% des demandes touchaient le soja ou le canola et seulement 36% étaient d'origine étrangère. La proportion des demandes publiques est minime dans les 2 secteurs d'activité. Les demandes internes sont faibles, tout comme la protection de demandes canadiennes vers l'étranger. Finalement, il faut aussi mentionner que le coût du matériel végétal et des semences a augmenté plus rapidement depuis l'entrée en vigueur de la LPOV. Il est surprenant que la LPOV ait eu autant de demande alors que la protection qu'elle offre est inférieure à celle des pays qui suivent les lignes directives de la convention de l'UPOV de 1991. Le nombre de droits accordés est malheureusement très difficile à évaluer, les données gouvernementales étant très étrangement compilées. Presque 20 ans plus tard, les données sont-elles aussi positives?

D'abord, il est difficile de comparer le nombre de demandes entre la première et la deuxième décennie, car les variables traitées par le BPOV ne sont plus les mêmes. Lors du bilan décennal, les chiffres précis touchaient le nombre de demandes. Maintenant, les données traitent du nombre de certificats (droits) émis. Ensuite, considérant que les droits doivent être renouvelés annuellement, le nombre réel de certificats émis nous est inconnu. Voici tout de même un portrait statistique⁵⁹.

En 2008, 429 certificats d'obtention ont été publiés dans le Bulletin des variétés végétales. La grande majorité des certificats est détenue par des compagnies privées étrangères, surtout originaire des Pays-Bas et des États-Unis. Quelques certificats appartiennent à des universités⁶⁰. Il semble toujours y avoir considérablement plus de certificats pour les espèces horticoles que pour les espèces agricoles. Six espèces ont été sélectionnées pour tenter d'établir des tendances dans le cadre de cet essai. Les espèces ont été choisies sur la base de

⁵⁷ *Ibid* à la p. 8.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ Compilation personnelle provenant des 4 numéros du *Bulletin des variétés végétales* de 2008.

⁶⁰ Voir par ex. le certificat numéro 2951 qui est détenu par Regents of the University of Minnesota & USDA, St. Paul, Minnesota (États-Unis) ou le numéro 3195 qui est détenu par l'université de la Saskatchewan.

leur popularité et récurrence dans les statistiques recueillies par le BPOV. Il est difficile de s'assurer que ces données ne soient pas des anomalies par rapport aux autres espèces, mais puisque l'emphase est mise sur la compétitivité, il semble naturel d'analyser les certificats les plus populaires⁶¹. Pour chaque certificat sectionné, les variables évaluées sont la prévalence de certificat pour l'espèce en fonction du nombre total de droits émis, le pourcentage de détenteurs universitaires, le pourcentage de détenteurs corporatifs, et le pourcentage de détenteurs étrangers. Ces données faciliteront la tenue de conclusions sur l'efficacité et le rendement du régime de la LPOV.

Trois espèces horticoles ont été retenues pour tracer les tendances statistiques : l'impatiante, le chrysanthème et la pomme de terre. Le rosier ne semble plus être aussi important qu'il y a dix ans:

	Prévalence	% détenteurs universitaires	% détenteurs corporatifs ⁶²	% détenteurs étrangers
Impatiante	5.6%	0%	100%	100% ⁶³
Chrysanthème	6.5%	7.1% ⁶⁴	92.9%	92.9%
Pommes de terre	4.4%	5.3%	94.7% ⁶⁵	89.5%

Trois espèces agricoles ont été sélectionnées pour établir des pourcentages de comparaison : le blé, le canola et le soja:

⁶¹ Prière de noter que ces espèces étaient les plus populaires au moment de la rédaction et révision de cet article (janvier 2009).

⁶² Cette variable a été sélectionnée pour établir quels intérêts étaient majoritairement représentés; les intérêts académiques ou corporatifs. Il est évident que dans l'hypothèse d'investissements étrangers, particulièrement en provenance des États-Unis, la frontière est obscure. Puisque les coûts sont minimes et les procédures relativement aisées, je croyais que les universités utiliseraient davantage le système. Considérant également que la compétitivité économique est évaluée dans cet article, il était intéressant de se demander qu'elle était la source investissements et des injections de capitaux dans le système canadien.

⁶³ 37.5 % à deux compagnies américaines, 33% à une compagnie des Pays-Bas.

⁶⁴ Surtout des universités américaines cependant, il est possible d'avancer que c'est un détenteur corporatif, mais ce n'est pas l'objet de la présente analyse.

⁶⁵ Noter que quatre certificats appartiennent à une fondation.

	Prévalence	% détenteurs universitaires	% détenteurs corporatifs	% détenteurs étrangers
Blé	1.4%	16.7%	83.3%	50%
Canola	4.2%	0%	100%	55.6%
Soja	0.7%	0%	100%	33.3%

À la lumière de ces données, il est possible de voir que les systèmes est majoritairement utilisé par des étrangers dans le secteur horticole. Le secteur agricole ne semble pas répondre aux mêmes tendances. Une chose demeure commune aux deux secteurs, les compagnies privées utilisent majoritairement le cadre réglementaire. Il y a des incitatifs pour essayer d'avoir un certificat, d'abord les coûts sont moindres et le processus d'application est moins complexe que celui du brevet. Plus encore, les conditions d'obtentions sont spécifiquement établies pour permettre à des objets qui ne seraient pas autrement brevetables de bénéficier d'avantages. Dans l'état actuel, l'absence de mention des variétés essentiellement dérivées pose problème, et c'est peut-être une des raisons pour laquelle seulement 429 droits ont été octroyés en 2008. Le système communautaire européen fait-il meilleure figure; est-il davantage utilisé?

B. LA DEUXIÈME VAGUE: LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE EUROPÉEN ET LES PRINCIPES DE UPOV 1991

(i) Généralités

L'état des questions sur la protection intellectuelle de la vie, lorsqu'elles impliquent des ressources végétales, est assez similaire en Europe qu'au Canada. Une dualité⁶⁶ de régimes est présente là-bas aussi et un mouvement vers l'utilisation du brevet comme mode de protection des ressources végétales est palpable. Un peu comme au Canada, ce n'est pas dans les lois que ces actions se légitiment. L'article 53 de la *Convention sur le brevet européen* exclus expressément les variétés végétales:

⁶⁶ Seulement l'interaction entre le brevet et les droits *sui generis* des obtenteurs est étudiée ici. Par contre, selon certains auteurs, une autre mode de protection intellectuelle est utilisée dans l'industrie : le secret commercial. À ce sujet voir Michel Trommetter, *Innovation et droit de propriété intellectuelle : Quels enjeux pour les biotechnologies?* Groupe de travail « Biotechnologie » du Conseil d'Analyse Économique, Grenoble, 3 avril 2001.

Les brevets européens ne sont pas délivrés pour:

(...)

b) 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;⁶⁷

Cependant, afin de suivre la cadence, la Communauté européenne n'a eu d'autre choix que de tenter de stabiliser les questions entourant la brevetabilité du vivant et c'est ce qu'elle a tenté de faire avec la *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, entrée en vigueur en juillet 2000. Le 29^{ème} alinéa du préambule précise que:

considérant que la présente directive ne concerne pas l'exclusion de la brevetabilité des variétés végétales et des races animales; que, en revanche, les inventions portant sur des plantes ou des animaux sont brevetables si leur application n'est pas techniquement limitée à une variété végétale ou à une race animale;

Il devient assez clair que le brevet est disponible dans l'industrie agricole, en dépit de la distinction mentionnée entre les « plantes » et les « variétés ». L'arrêt de la Grande chambre de l'organisation européenne des brevets dans la décision Novartis⁶⁸ confirmait que « lorsque l'objet revendiqué concerne des variétés

⁶⁷ *Convention sur le brevet européen*, 5 octobre 1973 (telle que modifiée par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et par les décisions du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 21 décembre 1978, du 13 décembre 1994, du 20 octobre 1995, du 5 décembre 1996, du 10 décembre 1998 et du 27 octobre 2005 et comprenant les dispositions de l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000 qui s'appliquent à titre provisoire CBE), CBE 1973, 2000 à la Art. 53.

⁶⁸ Décision du 20 décembre 1999, G 1/98, *JOEB 3/2000*, cité dans *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, supra note 12 à la p. 69.

végétales, le brevet demandé porte sur des variétés végétales et ne doit pas être délivré »⁶⁹.

C'est dans ce contexte d'étendue incertaine du brevet que la Communauté européenne a décidé de mettre de l'avant un régime de protection communautaire, suivant les lignes directrices de la convention de l'UPOV de 1991.

(ii) Protection communautaire

Le régime de protection communautaire existe en parallèle des régimes nationaux et il « est impossible pour le titulaire d'une variété d'exploiter simultanément une protection communautaire des obtentions végétales et un droit ou brevet national lié à cette variété »⁷⁰. Les droits conférés par un certificat sont valables dans les pays de l'Union européenne. La protection au niveau de la Communauté européenne est du ressort de l'Office Communautaire des Variétés végétales (OCVV)⁷¹. Le *Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales*⁷² est un régime de deuxième vague de protection des obtentions végétales. Quelles sont les similitudes et les différences principales entre ce régime et le régime canadien, qualifié au préalable de régime de première vague?

L'objet principal du *Règlement* demeure le même, les variétés végétales, mais inclus les variétés qui sont essentiellement dérivées⁷³ et c'est un avantage notoire. L'objet de la protection dans le contexte du règlement est expliqué à l'article 5:

⁶⁹ Décision du 20 décembre 1999, G 1/98, *JOEB 3/2000* à la p. 136.

⁷⁰ Office communautaire des variétés végétales, *Rapport annuel 2007*, dir. Bart Kiewiet, Italie, Communauté européenne 2007.

⁷¹ Mentionnons d'entrée de jeu que de la protection à l'échelle nationale est également possible dans les différents pays de l'Union européenne. Le régime communautaire est un régime plus avancé à notre avis ce qui rend l'étude plus intéressante.

⁷² *Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales*, JO L 227 01.09.94 p.1 [Règlement].

⁷³ Art. 6, *Règlement*, *supra* note 72.

1. Les variétés de tous les genres et de toutes les espèces botaniques, y compris notamment leurs hybrides, peuvent faire l'objet d'une protection communautaire des obtentions végétales.

2. Aux fins du présent règlement, on entend par «variété» un ensemble végétal d'un seul taxon botanique du rang le plus bas connu qui, qu'il réponde ou non pleinement aux conditions d'octroi d'une protection des obtentions végétales, peut:

- être défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes,
- être distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères et
- être considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit sans changement.

3. Un ensemble végétal est constitué de végétaux entiers ou de parties de végétaux dans la mesure où ces parties peuvent produire des végétaux entiers, tous deux dénommés ci-après «constituants variétaux». [nos soulignés]

Les critères des variétés restent les mêmes. Elles doivent être distinctes, homogènes, stables et bien sûr nouvelles⁷⁴. La durée de la protection diffère, elle est de 30 ans pour les variétés d'arbres et de vignes et de 25 ans pour la balance des variétés⁷⁵. L'étendue du droit accordé est imposante et est selon certains observateurs « to a high degree similar to that of a utility patent even though there are some differences due to the specific nature of plants variety rights »⁷⁶. L'article 13 du *Règlement* détaille les droits du titulaire de la protection, mais aussi les limitations à ce droit. Par exemple, il faut demander une permission pour produire ou reproduire la variété⁷⁷, la

⁷⁴Art 6, *Règlement, supra* note 72 et voir art. 7 pour la définition de chacun des caractéristiques.

⁷⁵ Art. 19, *Règlement, supra* note 72.

⁷⁶ Bart Kiewiet, « Plant Variety Protection in the European Union » (2005) 27 World Patent Information 319, à la p. 322 [Kiewiet]

⁷⁷ Art. 13(2)a), *Règlement, supra* note 72.

vendre ou la commercialiser de quelques façons⁷⁸, l'importer ou l'exporter à partir de la Communauté⁷⁹, faire du conditionnement aux fins de multiplication⁸⁰, etc.

Les exceptions sont plus claires que sous le régime de la convention de UPOV 1978. Mat Thiele-Wittig les explique clairement et succinctement:

There are certain acts which are not covered by the breeder's right. These are acts done: (i) privately and for non-commercial purposes; (ii) for experimental purposes, (iii) acts done for the purpose of breeding other varieties, and (iv) acts referred to in Article 14(1) to (4) of the 1991 Act of the UPOV Convention (multiplication; conditioning; offering; marketing, etc.) in respect of such other varieties ("breeder's exemption"). There is in addition on an optional basis the possibility to exclude from the breeder's right the saving of seed by farmers ("farmer privilege")⁸¹.

Ces exceptions sont cruciales dans un cadre législatif comme celui des variétés végétales, car elles permettent d'avoir un accès libre et gratuit à une banque de ressources génétiques communes. Cette réalité facilite l'innovation et de l'amélioration constante dans le domaine et offre une garantie de conservation. À ce niveau, le régime *sui generis* se distingue des régimes mis en place par les lois et conventions sur les brevets.

Les deux principales raisons pour lesquelles le régime de deuxième vague est plus intéressant que le régime canadien actuel sont que les concepts de variétés essentiellement dérivées et de licences de commercialisation obligatoires font partie du cadre réglementaire. Le concept de variété essentiellement dérivée a été ajouté au schème pour pallier aux injustices qui découlaient de la première convention de l'UPOV. Sous cette convention, il était possible pour un obtenteur de faire un croisement avec une variété protégée accessible gratuitement – à cause du privilège de l'obteneur

⁷⁸ Art. 13(2)d), *Règlement, supra* note 72.

⁷⁹ Art. 13(2)e) et f), *Règlement, supra* note 72.

⁸⁰ Art. 13(2)b), *Règlement, supra* note 72.

⁸¹ Max Thiele-Wittig et Paul Claus, « Plant Variety Protection – A Fascinating subject » (2003) 25 World Patent Information 243 à la p. 246 [Wittig].

(breeder's exception) – et de commercialiser la résultante si elle était suffisamment distincte de la variété initiale. Avec les avancées en génétique, ces principes sont devenus désuets car il était possible de faire des déclinaisons d'une variété qui avait nécessité des années de croisement en quelques mois seulement⁸² et parce ce qui rendait une variété distincte pouvait être une caractéristique facilement modifiable, citons la couleur à titre d'exemple pour une variété horticole. Cette fâcheuse réalité, combinée à l'interaction avec les brevets sur les gènes, rendait les investissements dans les domaines des croisements inutiles et risqués et engendrait maintes injustices. Avec l'ajout du concept de variété essentiellement dérivée, la balance des intérêts est revisitée et améliorée, et la coopération entre les acteurs est encouragée. Alors,

if a variety is essentially derived from another variety, called the initial variety, the derived variety can still be protected if it is novel, distinct, uniform and stable, and has a satisfactory denomination, but for so long as the initial variety remains protected, it may not be exploited without the authorization of the owner of the initial variety⁸³. [nos soulignés]

Ce principe permet de s'assurer que la « distance entre les deux innovations est suffisante »⁸⁴ et respecte le travail des obtenteurs. L'article 18 du *Règlement* explicite les circonstances et les éléments concernant les variétés initiales et les variétés essentiellement dérivées.

Une autre amélioration est celle des licences de commercialisation obligatoires. Ce mécanisme est possible grâce à l'interaction entre divers instruments législatifs : la directive européenne 98/44 et le *RÈGLEMENT (CE) N° 2100/94 DU CONSEIL du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire*

⁸² Wittig, *supra* note 81 à la p. 245-46.

⁸³ Wittig, *supra* note 81 à la p. 246.

⁸⁴ Michel Trommetter, « La propriété intellectuelle dans les biotechnologies agricoles : Quels enjeux pour quelles perspectives? » dans Cahier n° 2006-08, École Polytechnique – Centre national de la recherche scientifique, Paris, à la p. 4 [Trommetter 2006].

des obtentions végétales. Ces licences sont prévues à l'article 29 du *Règlement* et permettent « un libre accès rémunéré aux ressources génétiques »⁸⁵. Contrairement au Canada, les licences obligatoires peuvent aller dans les deux sens, c'est pour cette raison qu'on parle aussi de licences croisées obligatoires dans les biotechnologies végétales. Ce mécanisme permet à un innovateur qui se voit dans l'impossibilité de faire une invention car il est en contravention avec le régime des brevets de « demander une licence de dépendance pour l'exploitation non exclusive de l'invention protégée par ce brevet, moyennant une redevance appropriée et/ou une licence croisée entre les deux innovations »⁸⁶. Il y a une hausse dans les coûts transactionnels mais au moins, l'innovation n'est pas parsemée d'embûches. Trommetter affirme que la transposition française de la directive est particulièrement efficace, car elle distingue le gène breveté de son contenant⁸⁷ ce qui a pour effet de réduire la protection traditionnellement donnée par un brevet⁸⁸. La situation pourrait être la même au Canada avec la décision de la Cour suprême dans *Monsanto*.

(iii) Pertinence et efficacité; quelques chiffres

Le nombre de titres de protection communautaire d'obtentions végétales en vigueur dans la Communauté européenne est en progression constante. En 2007, 2 616 titres ont été octroyés et en 2008, 2 034.⁸⁹ Il y aurait environ 80% des titres qui appartiendraient à des détenteurs dans les pays membres⁹⁰ et

⁸⁵ Trommetter 2006, *supra* note 84 à la p. 4.

⁸⁶ *Ibid* à la p. 8.

⁸⁷ Trommetter 2006, *supra* note 84 à la p. 7.

⁸⁸ Michel Trommetter, « Intellectual Property Rights in Agricultural and Agro-food Biotechnology to 2030 » dans OECD International Futures Project in « The Bioeconomy to 2030 : Designing a Policy Agenda », Janvier 2008, à la p. 14 [Trommetter 2008].

⁸⁹ OCVV Statistiques, en ligne :

<http://www.cpvo.eu.int/default.php?res=1&w=1213&h=663&lang=fr&page=ocvv/statistiques.htm>.

⁹⁰ Ce chiffre est spéculatif et il est basé sur des proportions tirées du nombre de demandes.

présentement environ 14 600 variétés sont protégées⁹¹ dans l'ensemble de la Communauté européenne, donc dans 27 pays⁹². Comme au Canada, une importante proportion des titres émis sont actifs dans le secteur horticole. Ces statistiques sont troublantes à première vue, d'une part parce que en une année, il n'y a en moyenne que 75 certificats par pays de l'Union⁹³, et d'autre part parce que le marché et la population de la Communauté ne peuvent tout simplement pas se comparer au marché canadien, qui est plus petit.

Aucune statistique n'est disponible sur la nature des obtenteurs, *i.e.* s'ils sont des compagnies privées ou d'un autre type. Alors que le système communautaire européen offre plusieurs avantages que la loi canadienne n'offre pas, le nombre de droit émis est inférieur, toute proportion gardée. D'un autre côté, on pourrait considérer que la Communauté pour les fins de ce règlement représente un grand pays, et à ce moment les statistiques seraient toutes à son avantage.

Certains éléments comme le manque d'information, le fait que le régime communautaire annule l'effet d'un brevet, que la protection nationale soit aussi offerte et l'incertitude économique entourant les investissements dans le secteur soit toujours présente représente des inhibiteurs pour le régime, qui est somme toute positif. Le Canada, même avec sa loi désuète est, toutes proportions gardées, plus efficace qu'on pourrait le croire. Quelles modifications pourraient être apportées à la loi dans sa forme actuelle?

C. LE CANADA: UNE NOUVELLE VAGUE? PROJET DE MODIFICATION DE LA LOI (AVRIL 2008)

Le système canadien de protection des obtentions végétales est un « facteur de stimulation encourageant la création et la mise sur le

⁹¹ OCVV Statistiques, en ligne : <http://www.cpvo.eu.int/default.php?res=1&w=1213&h=663&lang=fr&page=ocvv/statistiques.htm>.

⁹² Office communautaire des variétés végétales, *Rapport annuel 2007*, dir. Bart Kiewiet, Italie, Communauté européenne 2007.

⁹³ Ce nombre représente une moyenne. Les Pays-Bas ont un très grand nombre de certificats.

marché canadien de nouvelles variétés végétales »⁹⁴. Comme mentionné, la loi est entrée en vigueur le 1^{er} août 1990 et depuis cette date, les investissements dans le domaine de la sélection végétale ont augmentés et l'accès aux variétés étrangères agricoles et horticoles a été facilité⁹⁵. Les statistiques exposées dans les précédentes parties sont positives en nombre pour le marché canadien.

L'an dernier, les responsables se sont penchés sur les améliorations qui devraient être faites à la *Loi sur la protection des obtentions végétales*. Les principaux changements sont édictés dans le document gouvernemental intitulé *Projet de modification de la Loi sur la protection des obtentions végétales en vue de la rendre conforme à la convention de 1991 de l'UPOV*. Voici quelques uns des points intéressants mentionné dans le *projet de modification* qui mourra vraisemblablement au feuillet avec les turbulences politiques actuelles.

D'abord, une modification sur le concept de « nouveauté » est proposée. Présentement, au Canada, il est impossible de vendre une variété avant le dépôt d'une demande de protection. Par contre, en vertu de la *Convention de 1991*, il est possible dans certains états membre de l'UPOV de vendre durant une période pouvant aller jusqu'à six ans une variété qui n'est pas sous le coup d'une protection. Pour cette raison, il faudrait qu'il y ait un délai plus grand durant lequel il serait possible de vendre une variété avant de déposer une demande de protection⁹⁶.

Une autre modification importante à la *Loi* porterait sur l'étendue du droit de l'obtenteur. Voici ce que la convention de 1991 stipulait quant à ces droits:

- a) la multiplication aux fins de la production ou de 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 et la détention. Le matériel récolté fait l'objet d'un droit « en cascade », c'est-à-dire que

⁹⁴ *Projet de modification de la Loi sur la protection des obtentions végétales en vue de la rendre conforme à la convention de 1991 de l'UPOV* [Projet de modification] à la p. 1.

⁹⁵ Révision décennale, *supra* note 38.

⁹⁶ *Projet de modification*, *supra* note 94 à la p. 3.

le droit est étendu au matériel récolté si l'obtenteur n'a pas eu la possibilité d'exercer son droit à l'égard du matériel de multiplication. Les États peuvent étendre la protection au produit du matériel récolté et à d'autres actes.

b) les variétés essentiellement dérivées de la variété protégée. Une variété est réputée essentiellement dérivée d'une autre variété (« variété initiale ») si elle est principalement dérivée de la variété initiale, ou d'une variété qui est elle-même principalement dérivée de la variété initiale et, tout en conservant les expressions des caractères essentiels qui résultent du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale, elle est conforme à la variété initiale sauf en ce qui concerne les différences résultant de la dérivation (Article 14).

Par ailleurs, en vertu de la Convention de 1991, l'obtenteur peut assortir son autorisation de certaines restrictions et conditions. [nos soulignés]

La Convention de 1991 s'applique :

- i) aux variétés essentiellement dérivées de la variété protégée, lorsque celle-ci n'est pas elle-même une variété essentiellement dérivée,
- ii) aux variétés qui ne se distinguent pas nettement de la variété protégée, et
- iii) aux variétés dont la production nécessite l'emploi répété de la variété protégée. [nos soulignés]

Il semble y avoir une tendance à octroyer des droits plus étendus au détenteur du certificat d'obtention dans la *Convention de 1991* que dans la loi canadienne (voir article 5 de la *Loi* dans sa forme actuelle). C'est sûrement pour encourager les acteurs et les innovateurs à opter pour cette solution plutôt que pour le brevet. Il est suggéré dans le *Projet de modification de la Loi* que certaines actions soient spécifiées dans la loi comme des entraves aux droits de l'obtenteur.

Il faudrait modifier la *Loi sur la protection des obtentions végétales* pour étendre le droit de l'obtenteur à la

production, au conditionnement, à l'exportation, à l'importation et à la détention de matériel de multiplication. Il faudrait aussi ajouter des dispositions pour que l'obtenteur puisse assortir son autorisation de restrictions et de conditions.

Par ailleurs, pour rendre la *Loi sur la protection des obtentions végétales* conforme à la Convention de 1991, il faudrait la modifier afin d'étendre le droit au matériel récolté, comme le grain, les fruits, les fleurs coupées, etc., y compris les plantes entières et les parties de plantes, résultant de l'utilisation non autorisée du matériel de multiplication. Si la protection était étendue au matériel récolté, l'obtenteur bénéficierait, quelle que soit la plante concernée, d'une protection pour ses variétés lorsqu'elles sont multipliées sans son consentement et que le matériel récolté est vendu. Actuellement, la multiplication d'un arbre fruitier d'une variété protégée à des fins excluant la vente suivie de la vente des fruits de l'arbre en question ne constitue pas une violation de la loi. Selon une disposition facultative de la Convention de 1991, le droit de l'obtenteur peut être étendu aux produits du matériel récolté (ex. : la farine faite avec le grain, le jus fait avec les fruits, le parfum fait avec les fleurs, etc.). Toutefois, il n'est pas nécessaire d'inclure cette disposition à la Loi sur la protection des obtentions végétales pour la rendre conforme à la Convention de 1991. [nos soulignés]

Sur ce même sujet de l'étendue des droits, dans la *Loi sur la protection des obtentions végétales* actuelle, aucune disposition n'encadre la production et la protection de « variétés essentiellement dérivées ». Les raisons pour lesquelles ce concept a été ajouté au *Règlement* de la Communauté européenne sont pertinentes et ont été mentionnées précédemment comme ayant une influence sur le niveau d'investissement et d'innovation. Une variété essentiellement dérivée devrait se définir de cette façon : « [u]ne variété [est] essentiellement dérivée d'une autre variété (« variété initiale ») si elle est principalement dérivée de la variété initiale, ou d'une variété qui est elle-même principalement dérivée de la variété initiale et, tout en conservant les expressions des caractères essentiels qui résultent du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale, elle est conforme à la variété initiale sauf en ce qui concerne les

différences résultant de la dérivation »⁹⁷. Il est important d'avoir une politique inclusive des variétés essentiellement dérivée parce que sinon des injustices importantes surgissent, des incertitudes naissent et c'est nécessairement mauvais pour l'économie d'un marché déjà sensible. Comme dans le régime de la Communauté européenne, le consentement du détenteur de certificat pour la variété initiale devrait être demandé et des aménagements plus complets pourraient aussi être mis de l'avant. Avec égards pour l'opinion des rédacteurs du projet de modification, les définitions de « variété essentiellement dérivée » et même celle de « variété végétale » pourrait être les mêmes que celles qui sont proposés par l'OCVV, car elles sont plus claires, plus précises et plus digestes.

Un autre point important est lié aux exceptions au droit de l'obtenteur. Dans la *Convention de 1991 de l'UPOV*, des exceptions obligatoires sont prévues. Il est possible, sans enfreindre les droits de l'obtenteur d'accomplir, avec les variétés protégées, des actes à des fins non-commerciales dans un cadre privé, des expériences ou de créer des nouvelles variétés⁹⁸. Le privilège de l'agriculteur – privilège consistant à pouvoir réutiliser les produits des récoltes pour la reproduction ou multiplication – est prévu à la *Convention de 1991*. Au Canada, le privilège de l'agriculteur et les exceptions ne sont pas bien encadrés et ni définis. Il serait important de prendre une position sur ce privilège et de préciser s'il devrait être limité à certaines plantes⁹⁹. Le Canada, s'il se prononce sur ce sujet doit garder en tête qu'un des motifs de protection des obtentions végétales est l'accès libre et gratuit à un bassin de ressources et de diversité génétique. Les actions qui ne touchent pas les prérogatives du détenteur de certificat ne devraient pas être indûment limités ou prohibés.

Finalement, la durée du droit de l'obtenteur est de dix-huit ans, alors que dans la *Convention de 1991* et en vertu du *Règlement* de la OCVV, elle est de vingt ou vingt-cinq ans¹⁰⁰. Pour les grands producteurs de variétés végétales, il y a moins d'incitatifs à protéger en sol canadien. La durée devrait être adaptée au régime de UPOV 1991 et être « d'au moins vingt ans pour toutes les variétés, et d'au moins vingt-cinq ans pour les vignes, les arbres forestiers, les arbres fruitiers

⁹⁷ *Convention internationale, supra* à la Art. 14.

⁹⁸ *Projet de modification, supra* note 94 à la p. 6.

⁹⁹ *Projet de modification, supra* note 94.

¹⁰⁰ Art. 19 *Règlement, supra* note 72.

et les arbres d'ornement, y compris, dans chaque cas, leurs porte-greffes»¹⁰¹. Deux choses importantes ont été omises dans ce projet de loi.

D'abord, il faudrait préciser le régime des licences obligatoires et inclure les licences croisées obligatoires. Il ne faut pas limiter l'innovation d'un détenteur de certificat ni celle d'un détenteur de brevet. Comme dans le cas du *Règlement* européen, si une entente n'a pas lieu entre les parties, un prix juste et des conditions d'utilisation équitables devront être aménagés par l'organe responsable, probablement le BPOV dans le cas en l'espèce. Une modification à la *Loi sur les brevets*, afin de préciser ces principes serait peut-être nécessaire.

Ensuite, même si nous croyons que la décision dans *Monsanto* contient toutes les pièces nécessaires pour la complétion du casse-tête, un article stipulant qu'une plante ou une variété végétale n'est pas brevetable serait bienvenu. *Monsanto* cependant a l'avantage de confirmer qu'une entité entière n'est pas brevetable. Sur ce terrain, le Canada pourrait suivre l'exemple de la France et expliciter qu'un « brevet couvrant un gène dans un OGM ne couvre plus la plante dans son ensemble (le contenant du brevet), ce qui laisse un accès libre à la diversité génétique de l'OGM, moins le gène breveté ».

Le pays pourrait aussi faire plus pour inciter les investissements et stimuler l'innovation dans le secteur des biotechnologies et des hybridations végétales en renforçant les exigences pour l'octroi de brevets dans le secteur des biotechnologies végétales, agricoles et horticoles. Des mécanismes de stimulation d'investissements qui ont été proposés dans d'autres industries pourraient être mis de l'avant. Par exemple, si le but avoué est de créer un bassin de ressources végétales et de les conserver pour le bien être de l'humanité, l'utilisation de prix¹⁰² pour stimuler le partage et les découvertes pourrait être une mesure intéressante. En gardant le régime actuel en fonction, car les droits conférés sur les certificats ne

¹⁰¹ *Projet de modification, supra* note 94 à la p. 7.

¹⁰² L'inspiration vient de James Love and Tim Hubbard, « The Big Idea : Prizes to Stimulate R&D for New Medicines » (2007) 82 :3 *Chicago-Kent Law Review* 1520, mais les réalités des marchés étudiés sont très différentes et l'application internationale de mesures semble difficile et le marché n'est peut-être pas assez rentable pour permettre ce genre de choses.

sont pas indûment exclusifs, et en donnant un avantage économique de plus, peut-être que les compagnies iraient moins vers le brevet.

Finalement Michel Trometter formule sept recommandations générales pour l'avenir de l'innovation dans le secteur agroalimentaire et biotechnologique. Selon lui, il est important de promouvoir et de renforcer les droits *sui generis* concernant les variétés végétales, car leurs fonctions sont différentes de celles des régimes classiques. Il suggère aussi de rendre plus difficile encore l'accès aux brevets, particulièrement sur les séquences génétiques, de rendre plus accessible le système de contestation des brevets illégitimes, par exemple en aménageant des règles à l'avantage du gagnant par rapport aux dépens¹⁰³. La tendance est claire, le régime sectoriel doit survivre et être avantagé. Quelles raisons théoriques, économiques et juridiques motivent cette prise de position?

D. L'IMPORTANCE D'UN RÉGIME DISTINCT DU BREVET: OBTENTIONS VÉGÉTALES, PLANTES, SEMENCES ET AL.: OBJETS DE PROPRIÉTÉ ET IMPLICATIONS.

(i) Aspects théoriques

L'objet des droits conférés par les régimes de protection des obtentions végétales est particulier, et la façon dont le système légal l'encadre est appropriée. La nature même des variétés fait en sorte que l'on doit être nuancé dans l'octroi d'un droit, le droit d'exclure ne pouvant pas être au coeur d'une analyse respectueuse de cette ressource. Le brevet et le monopole qui y est associé ne peut dès lors pas représenter une solution adéquate. Les plantes, semences et autres doivent être considérées comme des éléments stratégiques¹⁰⁴. Pour cette raison, la balance des intérêts doit être particulièrement sensible, prendre en compte autant l'objet en lui-même que les interactions

¹⁰³ La liste complète des recommandations est en annexe.

¹⁰⁴ Voir Tshimanga Kongolo, *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Frederick (USA), Kluwer Law International, 2008 aux pp. 63 à 101 et Patricia Lucia Cantuària Marin, *Providing Protection for Plant Genetic Resources. Patents, Sui Generis Systems, and Biopartnerships*, New-York, Kluwer Law International, 2002.

entre les individus qui y sont intéressés¹⁰⁵. L'exclusion, le contrôle, l'absolutisme d'un droit réel¹⁰⁶, ne peuvent pas s'ériger comme solution dans le cas des variétés végétales. Les droits *sui generis* conférés par le cadre réglementaire doivent continuer d'exister. Les régimes doivent rester distincts.¹⁰⁷ Comme Derzko l'explique, « there is no reason for choosing exclusive ownership rights as the means of protection unless there are clear advantages to using this type of system »¹⁰⁸ et il n'est pas dans l'intérêt public ni dans l'intérêt économique de le faire. Le contexte est particulier, la solution légale doit être particulière.

Une des raisons motivant cette prise de position est que l'accès juste et équitable aux ressources soit toujours être possible. Selon plusieurs, le matériel végétal dont il est question est « the common heritage of mankind and thus should be available without restriction »¹⁰⁹. C'est toute la population qui profite des innovations dans le secteur des obtentions végétales, que ce soit dans notre jardin

¹⁰⁵ Pour une étude théorique de la propriété incluant autant l'objet que les individus voir David Lametti, « The Concept of Property : Relations Through Objects of Social Wealth » (2003) 53 :4 UTLJ 325.

¹⁰⁶ D'un point de vue théorique sur la propriété civiliste, il serait possible de faire valoir qu'un certificat d'obtention partage des caractéristiques du régime de l'usufruit prévu aux articles 1120 et ss du Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64. Si on parle de l'héritage commun de l'humanité, l'obteneur se verrait usufruitier et le public serait nu-propriétaire.

¹⁰⁷ Voir par exemple Amy Nelson, « Is there an International Solution to Intellectual Property Protection for Plants? » (2005) 37 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 997 à la p. 1018 [Nelson], même si elle défend la thèse inverse. De façon générale, beaucoup d'auteurs américains défendent le brevet, ce qui est décevant mais pas nécessairement surprenant.

¹⁰⁸ Natalie M. Derzko, « Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad : What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them? » (1993-1994) 39 R.D. McGill 144 à la p. 150 [Derzko].

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 172 et note infrapaginale correspondante. Voir au également The Crucible II Group, *Seeding Solutions. Policy Options for genetic resources : People, Plants and Patents revisited*, Vol 1., Rome, IPGRI, 2000, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement et du centre de recherche sur le droit des sciences et techniques, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, sous la direction de Marie-Angèle Hermitte et P. Kahn, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, Kembrew McLeod, *Freedom of Expression. Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2007, Keith Aoki, *Seed Wars. Controversies and Cases on Plant Genetic Resources and Intellectual Property*, Durham, Carolina Academic Press, 2008 [*Seed Wars*].

ou dans notre assiette. Il faut reconnaître que les hybridations nécessitent du temps, des investissements et de l'énergie, et qu'il faut stimuler l'innovation dans le domaine, tout en posant un juste équilibre entre les intérêts des différents acteurs. Comme le dit Trommetter, « les marchés liés aux ressources génétiques vont dépendre de la manière dont les acteurs vont accéder conjointement à des technologies; à du matériel biologique et génétique; à des informations et à des connaissances tant sur le matériel que sur les technologies; à des marchés agricoles que ce soit à un niveau local, national, régional ou mondial »¹¹⁰. Les objectifs de tels régimes sont plus que louables. Ils visent en plus la conservation des ressources génétiques, la divulgation de l'origine des données génétiques, assure que le consentement dans l'usage des ressources et informé et préalable, permet une distribution des profits et des bénéfices et reconnaît que certaines classes d'acteurs (les agriculteurs ou les obtenteurs par exemple) ont des besoins particuliers¹¹¹. Le monopole exclusif du brevet représenterait un retour en arrière à bien des égards, notamment parce qu'il ne reconnaît pas le « paradigme de l'accès à la diversité biologique et génétique, et [qu'il ne] correspond [pas] aux modèles théoriques sur les innovations séquentielles et cumulatives »¹¹².

(ii) Aspects économiques

Les régimes de protection des obtentions ou variétés végétales sont assez courants dans le monde. Plus de soixante pays ont maintenant des régimes de première ou deuxième génération¹¹³ et en 2004, plus de 61 000 certificats d'obtentions avaient été émis dans les pays membre de l'Union pour la protection des obtentions végétales¹¹⁴. Le nombre d'argent investi est considérable.

¹¹⁰ Trommetter 2006, *supra* note 84 à la p. 1.

¹¹¹ Rolf Jördens, « Progress of plant variety protection based on the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV Convention) » (2005) 27 World Patent Information 232 [Jördens].

¹¹² Trommetter 2006, *supra* note 84 à la p. 4.

¹¹³ Les générations font référence à la convention de l'Union pour la protection des obtentions végétales auquel un pays précis a adhéré aussi appelé première ou deuxième vague dans le cas de cet essai.

¹¹⁴ Jördens, *supra* note 111 à la p. 236.

D'un point de vue pratique, il y a plusieurs avantages financiers qui penchent en faveur du certificat d'obtention. Les coûts d'octroi sont moins élevés, il est moins difficile à obtenir, requiert moins de temps et vraisemblablement moins de service d'agent de brevets. Même si les coûts transactionnels ont augmentés avec les licences croisées obligatoires, les coûts généraux d'exploitation demeurent moindre que ceux rattachés à un régime de brevets. Certains avanceront que, notamment étant donné que la protection est limitée, le régime est moins adapté au marché, qu'il ne tient pas compte de l'économie et que ça entraîne l'obsolescence de ce cadre spécifique¹¹⁵. Il semble bien, à la lumière de la présente analyse, que la variable économique n'est pas la seule importante, contrairement à ce que cette école de pensée avance.

(iii) Aspects juridiques: un régime sectoriel qui intègre les meilleurs éléments des régimes généraux et même plus

Les certificats d'obtentions empruntent des éléments clés de plusieurs systèmes de propriété intellectuelle généraux et les insère dans un seul cadre réglementaire. Comme en droit d'auteur, le régime des variétés végétales assume qu'il y aura un accès au matériel protégé et dans une certaine mesure, une appropriation légitime¹¹⁶. Seulement les actes qui ne respectent pas les modalités assez permissives de la *Loi* seront prohibés¹¹⁷, ce qui permet de créer de la compétition à même les ressources protégées. La copie conforme de la plante, pour faire une analogie, devrait être sanctionnée, même si la façon de l'obtenir diffère¹¹⁸, en comparaison avec le régime de brevet par exemple. Le régime des variétés instaure en quelque sorte une déclinaison d'un domaine public, ou même une doctrine de l'usage équitable très vaste, variant en fonction des catégories d'actants. Ainsi, les actions faites dans le but de créer d'autres variétés ne sont pas prohibées et l'innovation se voit grandement facilitées¹¹⁹. Les exemptions aux droits

¹¹⁵ Laurence R. Helfer, « The Demise and Rebirth of Plant Variety Protection : A Comment on Technological Change and the Design of Plant Variety Protection Regime » (2007) 82 Chi.-Kent L. Rev. 1619.

¹¹⁶ Wittig, *supra* note 81 à la p. 244.

¹¹⁷ À titre d'exemple, sur la contrefaçon voir l'art 94 du *Règlement*, *supra* note 72.

¹¹⁸ Wittig, *supra* note 81 à la p. 244.

¹¹⁹ *Convention internationale*, *supra* à la Art. 15 (1) iii.

sont bien définies, respectueuses et plus collaboratives, à la différence du régime des brevets.

Comme pour les régimes de brevets, les détenteurs de certificats d'obtention végétale se verront donner un droit exclusif de commercialisation. Cette mesure encourage les investissements privés¹²⁰. Certains auteurs sont moins convaincus et estiment au contraire que la protection est trop mince pour stimuler quoi que ce soit¹²¹. À leur avis, la technologie s'est développée trop rapidement pour que les droits de commercialisation des obtenteurs soient un moteur de stimulation de l'innovation et des investissements. Le passage des croisements sur la base du phénotype (caractéristiques observables) aux croisements basés sur le génotype (l'ensemble de l'information génétique d'une espèce quelconque) serait le grand responsable. L'instauration du notion de variété essentiellement dérivée réduit ce problème. Les lois pour la protection des variétés et obtentions végétales utilisent d'autres éléments intéressants.

Un élément fascinant, mais peu mentionné, est l'exigence de renouvellement annuel des certificats d'obtention. Cette spécificité fait en sorte que les gens non désireux de garder leurs droits peuvent les abandonner tout simplement. Il est évident que le choix d'exécuter ses droits de propriété intellectuelle est toujours volontaire et que le détenteur d'un brevet, d'une marque de commerce ou d'un droit d'auteur peut décider ou non de poursuivre un individu qui fait un acte contrefacteur. Du point de vue de l'utilisateur, il est difficile de savoir à l'avance s'il est possible d'exploiter ou non un bien intellectuel. Dans le cas des variétés végétales, il est plus sûr et plus facile de voir si une ressource est « libre », disons pour la commercialisation considérant qu'à la base les ressources le sont toutes l'accès et la gratuité relative étant des principes primordiaux.

Plusieurs de ces avantages pourraient être exportés dans d'autres régimes de propriété intellectuelle. Par exemple, l'idée d'un renouvellement annuel après une certaine période et les licences obligatoires pourraient être utiles dans le secteur des droits d'auteur. Même si certains penseurs doutent de l'efficacité des régimes

¹²⁰ Wittig, *supra* note 81 de façon générale.

¹²¹ Mark D. Janis & Stephen Smith, « Technological Change and the Design of Plant Variety Protection Regimes » (2007) 82 Chi.-Kent L. Rev. 1557 [*Janis & Smith*].

sectoriels ¹²², plusieurs pensent que ces régimes sont beaucoup appropriés que les régimes généraux « one-size-fits-all »¹²³. Nous croyons qu'aucun régime n'est parfait, mais que celui des obtentions végétales est respectueux et qu'il devrait être promu et publicisé, car il a le mérite de rechercher l'équilibre entre les intérêts du public, du marché, des chercheurs, etc.

III CONCLUSION

Nous avons vu que le Canada fait partie d'un régime de première vague de protection des variétés végétales. Il a ratifié la convention de l'UPOV 1978 et sanctionné une loi suivant ses directives au début des années 1990, *La loi sur la protection des obtentions végétales*. Nous savons maintenant que la loi a une importance compétitrice, la *Loi sur les brevets*, mais que les deux schèmes législatifs n'ont pas les mêmes objectifs ni les mêmes bases théoriques. La *Loi sur la protection des obtentions végétales* détaille ce qu'est une variété végétale, sur quel objet peut porter un certificat, quelles sont les conditions d'obtention, quels critères doivent remplir les nouvelles variétés, quelle est l'étendue des droits et leur durée, quelles sont les exemptions, et plus encore. Le régime est désuet mais somme toute assez utilisé; 429 certificats au moment d'écrire ces lignes et le bilan décennal trace un portrait positif de l'évolution de la situation de l'industrie agricole et horticole au Canada. Le système est majoritairement utilisé par des étrangers et des compagnies privées.

L'étude du cadre législatif de la Communauté européenne a permis d'analyser les régimes de protection des variétés végétales de deuxième vague, c'est-à-dire ceux qui adhèrent aux principes de la convention de 1991 de l'UPOV. Cet exercice permet d'évaluer les modifications qui doivent être apportées à la loi canadienne pour la rendre compétitive. Les concepts de « variétés essentiellement dérivées » et de « licences croisées obligatoires » devraient être pris très au sérieux par le législateur au moment d'adapter la loi.

¹²² *Janis & Smith, supra* note 121 ou Nelson, *supra* note 107.

¹²³ Dan L Burk & Mark A Lemley « Policy Levers in Patent Law » (2003) 89 Va. L. Rev. 1575 par exemple.

Des questions demeurent toutefois en suspens, notamment au niveau de la contrefaçon. La création d'une variété en tout point conforme à une variété protégée mais à l'aide de composantes différentes est-elle contrefactrice? Avec du recul, on a également constaté que la notion de « variété essentiellement dérivée » avait une lacune importante car elle crée présentement un double standard, les variétés initiales étant protégées mais pas les variétés essentiellement dérivées dans les hypothèses de croisements ultérieurs¹²⁴. Le régime demeure efficace et des actions sont prises pour inciter les obtenteurs à utiliser ce système et à la place du système de brevets.

À la lumière de l'expérience de la Communauté européenne, le Canada pourrait modifier sa loi et devenir un acteur de premier plan. Les principaux points à améliorer sont, mise à part les deux notions discutées au préalable, la durée de la protection, la précision des exemptions, la définition de la « nouveauté », l'étendue des droits (surtout en ce qui concerne l'import-export), etc. Nous avons aussi constaté que la décision dans *Monsanto* pourrait être utilisée de la même façon que la *Directive 98/44* pour empêcher les plantes en elles-mêmes de bénéficier de la protection octroyée par un brevet. Le Canada pourrait prendre des mesures nouvelles, comme l'incitation à l'innovation et au partage des connaissances par le biais de prix monétaires. Il devrait suivre les instincts de Michel Trommetter et mettre quelques unes de ses recommandations pour les secteurs agroalimentaire et biotechnologique en oeuvre, par exemple rendre plus difficile l'accès au brevets, faciliter les processus de contestation de ces derniers (changements dans la règle des dépens, etc.)¹²⁵. Tous ces éléments confirment la thèse initiale telle que formulée : il y a un avenir pour le régime *sui generis* de protection des obtentions végétales et le brevet ne doit pas devenir la norme dans cette industrie. Plus encore, ils représentent un exemple positif de régime sectoriel de propriété intellectuelle basé sur des objectifs légitimes, communautaires et respectueux de l'intérêt des diverses personnes impliquées.

Certes, des questions et des problèmes demeurent et certains auteurs font valoir que d'autres alternatives seraient plus efficaces. Il est vrai que le système reste relativement peu utilisé, pour diverses

¹²⁴ Voir par exemple, *Janis & Smith, supra* note 121 à la p. 1595.

¹²⁵ Voir la liste complète en annexe.

raisons comme le manque d'information, la protection « incertaines des investissements », le tendance générale vers le brevet comme solution uniforme, la perspective des États-Unis sur le système, etc. Plusieurs auteurs américains croient que la solution est le « *utility patent* ». D'autres, croient dans un régime hybride entre la concurrence déloyale, le régime de protection des bases de données et les secrets commerciaux¹²⁶. Aoki décrit quatre modèles, celui du domaine public inconditionnel, celui des *us et coutumes* commerciales, celui du *trust* et finalement celui de la propriété traditionnelle¹²⁷. Même après avoir évalué ces idées, la richesse du régime actuel, ses objectifs et ses motifs est indéniable. Bien sûr certains éléments de tous ces domaines pourraient être insérer dans le cadre, mais il faut toujours garder en tête que les plantes, variétés, semences et autres ont des fonctions humanitaires et sociales importantes et que la nature même de l'objet de droit fait en sorte que les changements doivent se faire avec une grande prudence. Il faut garder en tête que l'accès libre, gratuit et efficace, la conservation de la diversité génétique et la santé des êtres humains ne peuvent pas être évalués d'un point de vue purement économique ou propriétaire.

¹²⁶ *Janis & Smith, supra* note 121 à la p. 1595.

¹²⁷ *Seed Wars, supra* note 109 à la p. 106.

IV
ANNEXE

Recommandations

Source: Michel Trommetter, « Intellectual Property Rights in Agricultural and Agro-food Biotechnology to 2030 » dans OECD International Futures Project in « The Biotechnology to 2030 : Designing a Policy Agenda », 2008, à la p. 35.

3.3. Tools for protecting innovations: some general recommendations

Compared to these general stakes, a certain number of points will have to be analysed regarding implementation of intellectual property rights, whatever the country. We propose seven points:

1. Reinforce patent offices and competition institutions, and reinforce *sui generis* rights in the plant varieties so that they continue to fulfil their functions, first and foremost “to share genetic diversity” without risk of privative appropriation of specific characteristics.
 2. Reinforce conditions of granting patents, particularly on gene sequences, by limiting the claims to functions experimentally proved, to avoid the intellectual property right overlapping.
 3. Facilitate the dispute of patents and, in the event of dispute, make pay whoever loses the lawsuit – on the one hand to encourage the deposit of good patents only, and on the other to discourage dispute of a patent in unfounded ways.
 4. Impose on the holders of patents a fee if they refuse to grant licences on essential facilities.
 5. Facilitate access to the intellectual property rights for small and medium-sized enterprises. For example, one can create an insurance patent to help Small and Medium Enterprises.
 6. Implement flexibilities to facilitate circulation of innovations and to facilitate the exemption of research. Compulsory licences and compulsory cross-licences have to be generalised in the countries, as minimal flexibility tools.
 7. Define a non-costly statute for the results of a collective management of research, to limit the risk of private appropriation and to limit transaction cost.
-