

04.046

**Message
concernant l'approbation de la Convention internationale
révisée pour la protection des obtentions végétales
et la modification de la loi sur la protection des variétés**

du 23 juin 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons, avec le présent message, un projet d'arrêté fédéral concernant la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales ainsi qu'un projet de révision de la loi sur la protection des obtentions végétales, en vous proposant de les approuver.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 juin 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Les modifications proposées dans la législation sur la protection des variétés tiennent compte des méthodes d'obtention modernes. Elles concernent notamment les variétés essentiellement dérivées, qu'il ne doit plus être possible de mettre en valeur indépendamment de la variété initiale. En outre, elles réglementent l'autorisation de réutiliser des variétés agricoles et les points touchant aussi bien la loi sur la protection des variétés que la loi sur les brevets.

Contexte

En 1991, la Convention UPOV a fait l'objet d'une révision majeure, après avoir été légèrement modifiée en 1972 et en 1978. La version révisée tient compte de l'évolution dans le domaine des obtentions végétales, en particulier des nouvelles méthodes d'obtention, et de la revendication des obtenteurs concernant une meilleure protection. Elle a été signée par douze des vingt Etats membres de l'époque, dont la Suisse sous réserve de ratification. Après que cinq Etats eurent déposé l'instrument de ratification, la Convention révisée (Convention UPOV [1991]) est entrée en vigueur en 1998. Elle doit être approuvée par les Chambres fédérales avant d'être ratifiée par le Conseil fédéral. En même temps, il s'agit d'adapter la loi du 20 mars 1975 sur les obtentions végétales¹ aux nouvelles prescriptions.

Contenu du projet

Nous proposons de soumettre à l'approbation du Parlement la révision de la Convention ainsi que l'adaptation de la législation fédérale qui en découle. Dans le présent projet de loi, nous avons pris en compte le règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales ainsi que la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, dans la mesure où ces textes concernent la protection des variétés. Les dispositions de l'accord sur les ADPIC de l'OMC ont elles aussi été prises en considération. Par ailleurs, nous proposons de régler dans le cadre de la présente révision certains points de convergence avec le droit des brevets. Voici les principaux éléments du projet:

- définition de la notion de variété végétale;*
- redéfinition des droits de l'obteneur en fonction de l'évolution des méthodes d'obtention;*
- introduction d'une disposition sur les licences croisées entre le droit de protection des variétés et celui des brevets;*
- réglementation du privilège de l'agriculteur, c'est-à-dire du droit de l'agriculteur d'utiliser dans son exploitation, à des fins de multiplication, la récolte issue de la culture d'une variété protégée;*

¹ RS 232.16

-
- *reconnaissance des certificats de protection des variétés délivrés à l'étranger;*
 - *traitement national et clause de la nation la plus favorisée selon l'accord sur les ADPIC de l'OMC.*

Les dispositions sur la protection relevant du droit civil doivent également être revues et harmonisées avec d'autres actes législatifs concernant la propriété intellectuelle, compte tenu des expériences acquises et de l'évolution probable.

Table des matières

| | |
|--|-------------|
| Condensé | 3930 |
| 1 Grandes lignes du projet | 3933 |
| 1.1 Situation initiale | 3933 |
| 1.2 Déroulement des négociations | 3934 |
| 1.3 Résultat des négociations | 3935 |
| 1.4 Résumé du contenu de la Convention | 3935 |
| 1.5 Appréciation | 3936 |
| 2 Commentaire des articles de la Convention | 3937 |
| 3 Conséquences | 3943 |
| 3.1 Conséquences pour la Confédération | 3943 |
| 3.2 Conséquences pour les cantons et les communes | 3944 |
| 3.3 Conséquences économiques | 3944 |
| 4 Liens avec le programme de la législature | 3945 |
| 5 Modification de la loi fédérale sur la protection des variétés et du droit des brevets | 3946 |
| 5.1 Rapports entre droit sur la protection des variétés et droit des brevets | 3946 |
| 5.2 Grandes lignes de la modification de la loi sur la protection des variétés | 3950 |
| 5.2.1 Nouvelle réglementation proposée | 3950 |
| 5.2.2 Justification et appréciation de la solution proposée | 3951 |
| 5.2.3 Exécution | 3952 |
| 5.3 Commentaire des articles | 3952 |
| 5.3.1 Loi sur la protection des obtentions végétales | 3952 |
| 5.3.2 Loi sur les brevets | 3960 |
| 6 Aspects juridiques | 3962 |
| 6.1 Constitutionnalité | 3962 |
| 6.2 Forme de l'acte à adopter | 3963 |
| Arrêté fédéral relatif à l'approbation de la Convention internationale révisée pour la protection des obtentions végétales et à la modification de la loi sur la protection des variétés (Projet) | 3965 |
| Convention internationale pour la protection des obtentions végétales | 3977 |

Message

1 Grandes lignes du projet

1.1 Situation initiale

Possibilités de protéger une variété

Les inventions applicables industriellement et les oeuvres d'auteurs jouissent dans un grand nombre d'Etats, depuis plus de 100 ans déjà, d'une protection permettant de subordonner pendant un certain temps leur utilisation par des tiers à l'approbation des détenteurs d'un droit à leur égard. L'obtention d'une nouvelle variété traduit en règle générale une grande performance intellectuelle et économique, mais pendant longtemps, aucun instrument permettant de la protéger n'était disponible. Des institutions juridiques telles que la protection des marques, le droit de la concurrence ou des contrats de droit privé ne se prêtent pas vraiment à la protection des variétés en ce qui concerne leur application industrielle. Certains pays ont étendu aux obtentions végétales le champ d'application du droit des brevets, qui est en premier lieu axé sur les inventions techniques. En Suisse, par contre, la revendication formulée au milieu du siècle dernier et exigeant que la protection de méthodes d'obtention, de semences et de variétés végétales soit réglée dans le droit des brevets a été rejetée; la protection des obtenteurs était considérée comme un domaine à part au caractère spécifique, qu'il n'était pas indiqué d'intégrer dans le droit des brevets ordinaire (FF 1950 I 977 ss). La répétabilité insuffisante des résultats de l'obtention et la capacité multiplicative des plantes s'opposaient en particulier à leur brevetabilité. C'est pourquoi, une solution spécifique a été exigée pour la protection des obtentions végétales.

La Convention UPOV

Plusieurs années de travaux préliminaires ont abouti, le 2 décembre 1961, à l'adoption de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Convention UPOV [1961]) et à la fondation de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV). La Convention est entrée en vigueur en 1968.

La Convention oblige les Parties contractantes à octroyer des droits aux obtenteurs de nouvelles variétés végétales et à les protéger. Elle définit les conditions minimales régissant l'octroi de la protection, la durée minimale de la protection, son effet ainsi que les motifs de nullité et de déchéance. En outre, elle contient les dispositions relatives à l'organisation de l'Union.

La Suisse a participé aux travaux préparatoires de la Convention UPOV (1961) et a signé cette dernière en 1962. Elle a ensuite élaboré la première loi nationale sur la protection des variétés, que l'Assemblée fédérale a adoptée le 20 mars 1975. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le 1^{er} juin 1977, les obtenteurs peuvent faire protéger les obtentions végétales en Suisse. Par ailleurs, la version 1978 de la Convention UPOV¹ est applicable dans notre pays depuis le 8 novembre 1981.

¹ RS 0.232.161

Développement de nouvelles méthodes d'obtention

Le rendement et la qualité des récoltes, ainsi que la résistance aux agents pathogènes et aux conditions climatiques défavorables, sont des facteurs essentiels en ce qui concerne notamment les plantes cultivées. L'obtention végétale joue à cet égard un rôle-clé. Pendant des siècles, la méthode appliquée pour obtenir de nouvelles variétés consistait à sélectionner les semences. A partir de 1860, et encore au moment de l'élaboration de la loi en vigueur, les nouvelles variétés procédaient de l'obtention combinée classique. C'est dans les années vingt du siècle dernier qu'a été développée l'obtention d'hybrides, et les cultures cellulaires et tissulaires sont utilisées depuis environ trente ans. D'autres méthodes biotechnologiques dont se servent les obtenteurs de variétés végétales ont été mises au point durant les vingt dernières années. Ainsi, des sondes ADN permettent l'identification rapide et fiable de gènes qui présentent un intérêt économique, en particulier de gènes de résistance.

La technique du transfert de gènes multiplie les possibilités de combiner le matériel génétique; il est aussi plus simple, grâce à cette technique, d'introduire un gène dans une variété de qualité ayant fait ses preuves sur le plan économique et d'obtenir ainsi assez aisément une nouvelle variété avec de bonnes propriétés.

Après de menues révisions dans les années 1972 et 1978, cette évolution de la technique et le souci de mieux réglementer la protection des variétés ont amené les Etats membres de l'UPOV, en 1991, à réviser la Convention de fond en comble.

1.2 Dérroulement des négociations

Au terme d'une phase de préparation ayant duré deux bonnes années, l'UPOV a convié les Etats membres à une Conférence diplomatique sur la révision de la Convention UPOV. Les délégations des vingt Etats membres participèrent à cette conférence qui se déroula du 4 au 19 mars 1991; 27 Etats non membres se firent représenter par des délégations d'observateurs et 25 organisations internationales y envoyèrent des représentants.

Un projet de convention approuvé par le Conseil de l'UPOV servit de document de base, qui fut discuté, article par article, en séance plénière. Les délégations des Etats membres présentèrent leurs propositions d'amendement par écrit. Un groupe de travail fut par ailleurs institué et chargé d'élaborer une proposition concernant la définition de la variété (art. 1) et la désignation des activités nécessitant le consentement du détenteur d'un droit de protection (art. 14, al. 1). Le texte définitif fut finalement approuvé à la majorité simple des délégations ayant le droit de vote.

Mandat de la délégation suisse

La délégation suisse reçut du Conseil fédéral le mandat suivant:

1. elle soutient d'une manière générale l'objectif du projet de révision de l'UPOV;
2. elle s'engage pour une amélioration qualitative du droit de protection et pour une extension des possibilités de protection à toutes les variétés végétales;
3. elle s'oppose à l'introduction d'une «interdiction de double protection» dans la convention. Il faut éviter toute disposition qui limiterait le choix de systèmes de protection différents ou le domaine d'application d'autres systèmes

de protection. Elle veille notamment à ce que la définition de la variété végétale ne réponde pas seulement aux exigences de la législation sur la protection des variétés, mais aussi à celles du droit des brevets;

4. elle défend un droit d'obtenteur fort, sans pour autant négliger les préoccupations de l'agriculture, adhère à l'article concernant l'extension du droit d'obtenteur au produit obtenu à partir du produit de la récolte et approuve l'inscription, dans la Convention, d'une disposition sur la réutilisation, non contraignante pour les Etats membres.

1.3 Résultat des négociations

Au terme des débats, la Conférence a adopté une version révisée de la Convention internationale (ci-après: Convention UPOV [1991]) ainsi qu'une résolution concernant l'élaboration de directives sur les variétés essentiellement dérivées, une recommandation relative à l'interprétation de la disposition sur le privilège de l'agriculteur et une déclaration commune des délégations du Danemark et des Pays-Bas.

La nouvelle version a été signée par douze des vingt Etats membres de l'époque, immédiatement après son adoption. La Suisse, quant à elle, l'a également signée sous réserve de ratification. Après que cinq Etats eurent déposé l'instrument de ratification, la Convention UPOV (1991) est entrée en vigueur en 1998.

1.4 Résumé du contenu de la Convention

Au chap. 1, la Convention définit les principaux termes.

Au chap. 2 figurent les obligations générales des Parties contractantes. Les membres de l'UPOV qui, comme la Suisse, avaient souscrit à une convention antérieure, s'engagent à appliquer le nouveau texte à tous les genres et à toutes les espèces de végétaux, au plus tard cinq ans après leur adhésion à la Convention UPOV (1991). La disposition sur l'interdiction de la double protection a été abrogée. La Convention UPOV (1991) laisse donc aux Parties contractantes le choix d'accorder à l'obtenteur de variétés végétales un droit de protection spécifique, un brevet ou les deux à la fois. Jusqu'ici, une notification était requise pour l'octroi de deux formes de protection pour une même espèce ou un même genre de végétal.

Les conditions liées à la protection (variété nouvelle, distincte, homogène et stable) n'ont pas été modifiées. De même, les dispositions relatives au dépôt d'une demande de protection sont restées inchangées pour l'essentiel. Des modifications majeures ont par contre été apportées aux articles qui concernent le contenu du droit des obtenteurs. La Convention énumère désormais toutes les activités se rapportant au matériel de multiplication d'une variété protégée qui nécessitent par principe le consentement du détenteur du droit de protection. Son accord est exigé également pour les activités impliquant le produit récolté d'une variété protégée, à condition toutefois que l'obtenteur n'ait pas eu raisonnablement l'occasion de faire valoir son droit sur le matériel de multiplication. En outre, les Parties contractantes peuvent décider librement d'étendre ou non la protection aux produits obtenus directement à partir du produit de la récolte, lorsque l'obtenteur n'a pas non plus eu raisonnable-

ment l'occasion d'exercer son droit sur le produit de la récolte. L'extension de la protection aux variétés essentiellement dérivées est une autre nouveauté. Elle signifie que les activités impliquant une nouvelle variété, dérivée d'une variété protégée et présentant les caractères essentiels de cette dernière, sont elles aussi subordonnées au consentement de l'obteneur initial (obteneur de la variété protégée).

La Convention UPOV (1991) prévoit toutefois des exceptions au droit de protection. Comme jusqu'ici, les activités exercées dans le domaine privé à des fins non commerciales, ainsi que celles exercées à titre expérimental ou visant la création de nouvelles variétés, ne sont pas soumises au consentement du détenteur d'un droit de protection. La réglementation du privilège de l'agriculteur, selon laquelle un agriculteur est en droit d'utiliser, dans son exploitation et à des fins de multiplication, le produit de la récolte issu de la culture d'une variété protégée, est expressément confiée aux Parties contractantes.

La Convention règle désormais aussi l'épuisement du droit de l'obteneur et stipule une option soit nationale, soit régionale. Le détenteur du droit de protection ne peut plus faire valoir de droit sur du matériel de multiplication qu'il a vendu ou qui a été vendu avec son accord sur le territoire de la Partie contractante concernée, à moins que ledit matériel se multiplie sans que cela ne soit prévu.

De plus, la durée minimale de la protection est relevée et passe de 15 à 20 ans, et de 18 à 25 ans pour ce qui est des vignes et des arbres.

Tout comme les actes précédents, la Convention UPOV (1991) indique de manière exhaustive pour quelles raisons un titre de protection de variété peut ou doit être déclaré nul ou à quelles conditions il est possible ou nécessaire de déchoir l'obteneur de son droit.

Les dispositions de la Convention se rapportant à son organisation n'ont subi que des modifications insignifiantes, non pertinentes pour la législation suisse.

1.5 Appréciation

La version révisée de la Convention tient compte de l'évolution dans le domaine des obtentions végétales, en particulier des nouvelles méthodes d'obtention, et de la revendication des obtenteurs concernant une meilleure protection. Malgré des exigences minimales plus sévères, les Parties contractantes ont toujours la possibilité de procéder à leur propre pesée des intérêts pour trancher des questions politiques importantes. C'est le cas lorsqu'il s'agit de déterminer la forme de la protection (brevet, droit de protection particulier ou les deux), la portée de la protection et le privilège de l'agriculteur. La proposition initiale a été acceptée dans ses grandes lignes par les Etats membres, tant au plan de la forme que du contenu. Elle répond aussi aux exigences de la Suisse.

Entre-temps, plus de 50 Etats ont adhéré à l'UPOV, ce qui confirme l'importance croissante et l'attractivité de la protection des variétés.

Art. 1 Définitions*Variété*

La définition la plus importante est celle de la variété, formulée conjointement avec des spécialistes en matière de brevets. La notion de «variété» est un critère primordial de délimitation permettant de décider si de nouvelles obtentions végétales peuvent être protégées en vertu de la loi sur la protection des variétés ou si elles font éventuellement l'objet d'une protection par brevet.

On procède à la définition de la variété en partant d'un ensemble de plantes d'un taxon bien défini, du rang le plus bas connu. Ce taxon, c'est l'espèce. Celle-ci se caractérise essentiellement par le fait que les individus en faisant partie présentent le même aspect extérieur, expression du patrimoine génétique commun (génome), et que, dans des conditions naturelles, ils forment une communauté effective ou potentielle de reproduction. L'agriculteur ne cultive toutefois pas simplement du blé ou des pommes de terre, mais il choisit, au sein de l'espèce en question, le «groupe» végétal ayant des caractères bien définis, essentiels pour lui. Ces caractères résultent d'un certain génotype (sous-variété) ou d'une combinaison de génotypes. Si le groupe se distingue de tous les autres groupes végétaux par un caractère au moins, et si le caractère ou les caractères concernés restent inchangés après chaque multiplication ou chaque cycle de reproduction, ledit groupe est considéré comme une variété du point de vue du droit de la protection des variétés (p.ex. Bintje, Urgenta, Charlotte pour les pommes de terre).

Obtenteurs

L'obtenteur est, par définition, la personne qui a obtenu une variété ou qui l'a découverte et développée. Il ressort de cette définition que l'obtention comporte toujours plusieurs étapes et qu'une plante découverte dans la nature ne peut en général pas être protégée si elle n'est pas développée d'une manière ou d'une autre.

Art. 5 à 9 Conditions de l'octroi de la protection

Les Parties contractantes n'ont pas de marge de manœuvre pour définir les conditions d'octroi de la protection quant au fond. Les variétés doivent être nouvelles, distinctes, homogènes et stables, et il est interdit d'imposer des conditions complémentaires. Les art. 6 à 9 donnent des détails sur les conditions de l'octroi de la protection.

Nouveauté

Une variété est réputée nouvelle si, avant le dépôt de la demande par l'obtenteur, elle n'a pas été commercialisée depuis plus d'un an sur le territoire de la Partie contractante auprès de laquelle la demande a été déposée, et depuis plus de quatre ou six ans dans d'autres Parties contractantes. Cette règle permet au détenteur de tester la variété sur le marché avant de demander sa protection. Désormais, ce n'est plus seulement l'utilisation du matériel de multiplication qui compte, mais aussi celle des produits de la récolte. S'agissant de fraises, par exemple, les délais concernant la vente s'appliquent aussi bien aux plantons qu'aux fruits. La nouveauté d'une variété n'est toutefois remise en question que si celle-ci est offerte ou vendue par l'obten-

teur lui-même ou avec son consentement. On empêche ainsi qu'une utilisation illicite par des tiers puisse priver l'obtenteur de son droit de protection.

Distinction

Pour faire l'objet d'une protection, une variété doit se distinguer nettement de toute autre variété dont l'existence est notoirement connue à la date du dépôt de la demande. Les différences peuvent être de nature morphologique ou physiologique. Il doit cependant être possible de les saisir et de les décrire avec précision afin qu'une variété puisse être déterminée et distinguée. De plus, les différences ne doivent pas procéder de l'environnement, mais de la structure génétique du végétal.

Homogénéité

Les plantes d'une variété ne doivent pas se distinguer entre elles dans leurs caractères essentiels (p. ex. longueur de la tige, début de floraison, couleur des pétales). Cette règle ne vise pas l'homogénéité absolue, inexistante dans la nature; par ailleurs, le mode de reproduction est également pris en compte. Par exemple, pour les variétés à multiplication générative, les exigences concernant l'homogénéité sont moins grandes que pour les variétés à multiplication végétative.

Stabilité

La protection ne peut être accordée que pour des variétés qui conservent leurs caractères essentiels durant des générations. Cette stabilité est nécessaire afin qu'une culture de la variété en question puisse être identifiée au moyen d'un échantillon et que, le cas échéant, le détenteur d'un titre de protection puisse faire valoir son droit. A l'instar de l'homogénéité, le mode de reproduction est pris en considération.

Art. 11 **Priorité**

La priorité produit surtout deux effets: l'un, par rapport à d'autres demandes de protection portant sur la même variété et l'autre, en ce qui concerne la nouveauté de l'obtention.

Comme pour la procédure du brevet, l'ordre d'arrivée des annonces est déterminant pour la procédure d'octroi d'une protection. Lorsqu'un requérant fait valoir en Suisse la priorité de la première demande dans une autre Partie contractante ou dans un autre Etat, c'est la date à laquelle la première demande a été déposée qui fait foi au lieu de la date effective du dépôt en Suisse. C'est un élément important si, entre-temps, un autre obtenteur a déposé une demande pour la variété en question. Dans ce cas, la date du dépôt de la première demande est déterminante pour l'octroi de la protection.

La date de la première demande détermine par ailleurs la nouveauté de l'obtention lorsqu'un requérant peut faire valoir la priorité. Ainsi, des activités pouvant en principe remettre en question la nouveauté ne sont pas considérées comme telles si elles ne se sont pas produites, dans le pays, plus d'un an avant la première demande. Le «délai de grâce» peut donc atteindre deux ans dans le meilleur des cas.

Lorsque, par exemple, un obtenteur a annoncé une nouvelle variété de tulipes en Hollande le 30 juillet 2003 et qu'il dépose une demande de protection en Suisse avant le 30 juillet 2004, il peut faire valoir la priorité; le 30 juillet 2003 sera de ce fait aussi considéré comme date de l'annonce en Suisse. La variété de tulipe en

question sera donc jugée nouvelle si elle a été offerte en Suisse pour la première fois après le 30 juillet 2002.

Le requérant doit fournir le matériel de multiplication nécessaire à l'examen de la variété. En règle générale, la variété est annoncée à l'examen après la publication de la demande, et le matériel de multiplication doit être remis au service chargé de l'examiner avant la prochaine période de végétation. Si le requérant de la protection revendique la priorité de la demande dans un autre Etat membre, il doit fournir le matériel de multiplication dans un délai de quatre ans à compter de l'expiration du délai de priorité, conformément à la Convention UPOV (1978). Ce délai a été porté à deux ans dans la Convention UPOV (1991). Ce changement ne devrait guère avoir d'incidences dans la pratique puisque l'examen de la variété est le plus souvent effectué par la Partie contractante auprès de laquelle la première demande a été déposée, ou sur son mandat. Son rapport d'examen est alors repris et le requérant n'a donc pas besoin de fournir du matériel pour les autres demandes.

Art. 14 Contenu du droit d'obtenteur

Actes soumis à autorisation

L'al. 1 détermine les actes opérés avec le matériel de multiplication de la variété protégée qui requièrent l'autorisation du détenteur d'un titre de protection. Comme jusqu'ici, cela concerne la production, la reproduction, l'offre à la vente et la commercialisation, mais désormais plus seulement les actes effectués à titre professionnel. Il s'y ajoute aussi l'exportation et l'importation du matériel, le conditionnement pour la multiplication et la conservation à l'une de ces fins.

Extension au produit de la récolte

A l'al. 2, la protection est étendue au produit de la récolte, avec la réserve, toutefois, que le détenteur n'ait pas eu raisonnablement l'occasion de faire valoir son droit sur l'utilisation du matériel de multiplication. La protection des variétés s'applique en principe comme jusqu'à présent aux actes effectués avec du matériel de multiplication. Le détenteur d'un titre de protection pour une variété de pommes doit donc percevoir ses droits de licence lors de la vente des pommiers; il épuise ainsi son droit à l'indemnisation. Si des pommes de cette variété, provenant de plantations d'un pays dans lequel elle n'est pas protégée, sont mises sur le marché suisse, le détenteur du titre de protection doit néanmoins pouvoir invoquer son droit en Suisse à ce moment-là. Il lui incombe toutefois de prouver qu'il n'a pas eu la possibilité de faire valoir son droit sur le matériel de multiplication.

Extension à des produits déterminés

Selon la Convention, les Parties contractantes sont libres d'étendre la protection à des produits fabriqués à partir du produit de la récolte, si celui-ci a été obtenu par l'utilisation non autorisée de matériel de multiplication. Dans ce cas aussi, la protection ne peut être octroyée que si le détenteur n'a pas eu l'occasion d'exercer son droit auparavant.

Extension aux variétés essentiellement dérivées et à d'autres variétés déterminées

L'extension à des variétés autres que celles bénéficiant de la protection immédiate est prévue à l'al. 5. Il s'agit des trois catégories suivantes:

1. *Variétés essentiellement dérivées*: on entend par là des variétés qui ont été développées de sorte à garder une structure génétique pratiquement identique à celle de la variété initiale. Elles peuvent par exemple être obtenues par sélection d'un mutant naturel ou induit, par rétrocroisement ou par mutation à l'aide du génie génétique. Le résultat d'un croisement ne sera en général pas une variété essentiellement dérivée.

L'obtention d'une nouvelle variété au moyen des méthodes traditionnelles dure entre 10 et 15 ans. C'est pourquoi, il paraît injuste qu'un obtenteur puisse trouver un mutant dans la variété initiale protégée ou y introduire un gène, pour obtenir ainsi une nouvelle variété en l'espace de quelques mois, et ensuite la mettre en valeur sans que le travail de l'obteneur initial ne soit rémunéré. Il convient donc de conférer à l'obteneur initial le droit de faire dépendre de son autorisation la commercialisation d'une variété essentiellement dérivée de la sienne, obtenue à peu de frais (de telles dérivations sont connues sous les expressions d'obtention d'imitation, de cosmetic breeding et de mini-dérivation). Généralement, le consentement du détenteur est lié à l'acquiescement d'un droit de licence.

2. *Variétés qui ne se distinguent pas nettement de la variété protégée*: selon la définition même de la variété, ces variétés ne sauraient bénéficier d'une protection au titre de la protection des variétés; n'étant pas clairement distinguables, elles tombent sous le champ de protection de la variété protégée et n'acquièrent pas de protection propre. Cette règle s'applique même si la variété qui ne se distingue pas nettement de la variété protégée provient d'un autre programme de croisement que cette dernière.
3. *Variétés dont la production implique l'emploi répété de la variété protégée*: ce sont des variétés hybrides (p.ex. le maïs), obtenues par croisement des composantes héréditaires. Comme il ne s'agit pas d'un emploi unique de la variété protégée en vue de créer une nouvelle variété, mais de l'emploi répété d'une variété existante, dont les propriétés génétiques ne sont pas stables, cette réglementation n'est pas contraire à la réserve de l'obteneur.

Définition de la variété essentiellement dérivée

Conformément à l'al. 5, let. b, on entend, par «variété essentiellement dérivée», une variété qui se distingue de la variété initiale, mais qui comporte néanmoins tous les caractères essentiels de cette dernière. Il n'existe pas de définition précise. C'est pourquoi la let. c indique à l'aide d'exemples la manière d'obtenir de telles variétés. Elles peuvent notamment être obtenues par sélection d'un mutant naturel ou induit ou par le biais du génie génétique. Si un obtenteur découvre parmi plusieurs plantes d'une variété à pétales rouge un mutant à pétales bleues, à partir de laquelle il développe une variété homogène et stable, qui ne se distingue de la variété initiale que par la couleur des pétales, il aura obtenu une variété essentiellement dérivée. C'est aussi le cas si la couleur des pétales est changée artificiellement (p.ex. par rayonnements ionisants) ou à la faveur du génie génétique.

Toutefois, même si des variétés sont obtenues au moyen des méthodes précitées, il n'est pas certain qu'elles soient essentiellement dérivées. Si la mutation est telle que l'expression des caractères essentiels résultant du génotype ne persiste pas, on partira du principe qu'il ne s'agit plus d'une variété essentiellement dérivée. Le juge gardera cependant une certaine marge d'appréciation pour déterminer, dans quelle mesure l'expression des caractères essentiels correspond à la variété initiale et si, par conséquent, il s'agit d'une variété essentiellement dérivée.

Art. 15 Exceptions au droit d'obteneur

Exceptions obligatoires

La Convention distingue les exceptions obligatoires des exceptions facultatives. Sont obligatoires:

1. Les actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales

L'usage domestique ou à des fins personnelles appartient au domaine privé. C'est le cas de l'auto-approvisionnement qu'ont mentionné de nombreux participants à la consultation en rapport avec le privilège de l'agriculteur. Dans les exploitations agricoles, il importe donc de savoir si le produit de la récolte est consommé dans le ménage ou s'il est vendu à des tiers. Un exploitant peut, par exemple, utiliser les stolons d'une variété de fraisiers protégée pour aménager une plantation, pour autant que les fruits soient consommés par la famille et pas vendus. On parle par contre d'utilisation à des fins commerciales, en sylviculture, dans les établissements horticoles, les entreprises d'obtention et les pépinières.

2. Actes accomplis à titre expérimental

Les actes à titre expérimental qui ne tombent pas sous le coup de la protection des variétés peuvent aussi être accomplis à des fins commerciales, mais ils doivent toujours porter sur la variété en tant que telle, qui devient ainsi objet d'expérimentation. Si toutefois la variété protégée est utilisée dans le cadre d'autres essais ou d'autres recherches, l'accord du détenteur du titre de protection est nécessaire.

3. Réserve de l'obteneur

Les variétés protégées peuvent être librement utilisées pour la création de nouvelles variétés. Celles-ci bénéficient par principe de leur propre protection et peuvent être utilisées sans le consentement de l'obteneur du matériel initial. Ce principe, appelé réserve ou privilège de l'obteneur, est un élément caractéristique de la législation sur la protection des variétés; il résulte de la constatation qu'une obtention n'est jamais entièrement nouvelle, étant donné qu'elle requiert toujours du matériel végétal existant. La possibilité d'utiliser des variétés protégées pour l'obtention encourage les travaux de recherche et de développement et répond, par conséquent, à l'intérêt général d'obtenir de nouvelles variétés de valeur sur les plans écologique et économique et à celui de garantir la sécurité alimentaire. Il convient dès lors de la maintenir.

Le privilège de l'obteneur est cependant limité dans la mesure où la mise en valeur de variétés essentiellement dérivées est subordonnée au consentement de l'obteneur de la variété initiale. En sélection traditionnelle, qui implique généralement plusieurs étapes de croisement, la nouvelle variété se distingue des variétés initiales par plusieurs caractères. Les variétés obtenues par sélection d'un mutant naturel ou induit, ou par transformation à l'aide du génie génétique, se distinguent, quant à elles, nettement moins de la variété initiale; en outre, leur développement est souvent bien moins coûteux que la sélection traditionnelle. Si ces variétés sont essentiellement dérivées, la restriction du privilège de l'obteneur dans le domaine de la commercialisation est considérée comme justifiée. Cette réglementation vise à trouver un équilibre entre l'intérêt ambivalent des obteneurs, d'une part à protéger autant que possible leurs propres variétés et, d'autre part, à pouvoir se servir librement d'autres variétés pour les développer.

Exceptions facultatives

Les Parties contractantes sont libres d'autoriser les agriculteurs à utiliser comme semences le produit de la récolte qu'ils ont obtenue dans leur exploitation (privilège de l'agriculteur). Dans sa recommandation concernant cette disposition, la Conférence diplomatique a précisé que celle-ci ne devait pas conduire à l'introduction d'un privilège de l'agriculteur allant au-delà de la pratique courante suivie dans la Partie contractante concernée.

Art. 16 Epuisement du droit d'obteneur

Le principe de l'épuisement du droit s'applique dans tout le droit de la propriété industrielle. Le titulaire d'un droit épuise ses droits exclusifs à un bien immatériel lorsqu'il commercialise le produit protégé ou autorise sa commercialisation par un tiers. Dans les versions antérieures de la Convention, l'épuisement du droit de l'obteneur n'était pas expressément réglé; se posait donc la question de savoir si le droit du détenteur d'une protection de variété s'épuise seulement lorsque le matériel végétal protégé est vendu dans le pays par le détenteur ou par un tiers avec son consentement (épuisement national) ou encore quand la vente a lieu à l'étranger (épuisement international) et que le matériel est importé.

La première proposition, qui prévoyait l'épuisement national, fut approuvée sans objections par les Etats membres. Les pays membres de l'UE ont cependant constaté, pendant la Conférence, que cette solution n'était pas compatible avec le libre échange de marchandises à l'intérieur de l'Union. Sur proposition des Pays-Bas, les Parties contractantes ont finalement ajouté un troisième alinéa offrant aux Etats membres d'une organisation internationale la possibilité de régler l'épuisement régional d'un commun accord. Un Etat ne saurait donc décider unilatéralement l'épuisement régional.

Art. 19 Durée du droit d'obteneur

L'objectif de la protection des variétés est de permettre à l'obteneur d'amortir ses investissements et de poursuivre son activité. Cette protection est une incitation financière à l'innovation; parallèlement, le privilège de l'obteneur garantit l'accès aux variétés à des fins d'obtention. Après un certain temps, les frais devraient être amortis, de sorte que la variété peut être commercialisée. C'est la raison pour

laquelle la protection n'est accordée que pour une durée limitée. Cette durée joue un rôle important dans l'équilibre entre l'incitation à l'innovation et la liberté de concurrence. La durée minimale a été fixée à 20 ans pour les vignes et à 25 ans pour les arbres.

Contrairement aux espèces herbacées, les arbres et la vigne sont des végétaux à croissance lente, dont l'obtention requiert généralement davantage de temps et d'argent et dont l'achat et la replantation sont moins fréquents. D'où une durée de protection plus longue. Pour faciliter la délimitation entre arbres et arbrisseaux, l'UPOV a élaboré un document, dans lequel sont énumérés les espèces et les genres considérés comme un arbre ou une vigne.

Art. 20 Dénomination de la variété

La dénomination sert à identifier une variété; elle ne doit par conséquent pas induire en erreur, et le matériel végétal mis en circulation doit obligatoirement porter une dénomination. En principe, les dénominations doivent être identiques dans tous les Etats membres. Les autorités sont donc tenues de s'informer mutuellement.

La marque, quant à elle, renseigne sur la provenance du produit d'une entreprise donnée; elle a par conséquent avant tout une fonction de publicité et de désignation. Le matériel issu d'une variété protégée peut aussi être offert et vendu sous le nom d'une marque, pour autant que celle-ci se distingue nettement de la dénomination de la variété et que cette dernière soit facilement reconnaissable. Une variété donnée devra donc toujours être mise en circulation sous la même dénomination. Elle pourra cependant être offerte sous des marques différentes.

Art. 31 Rapports entre les Parties contractantes et les Etats ayant adhéré à des conventions antérieures

Le document de 1991 n'abroge pas les conventions antérieures. Toutefois, les Etats membres de la Convention UPOV (1991) ne sont liés que par celle-ci. Quant aux rapports entre une Partie liée aussi bien par la convention de 1991 que par des conventions antérieures et un Etat membre lié uniquement par une convention antérieure, c'est le dernier document auquel tous deux ont adhéré qui fait foi. Cette réglementation est importante pour décider si le ressortissant d'une Partie contractante peut faire valoir un droit de protection dans une autre Partie contractante. Comme il est proposé, dans la présente révision, d'accorder à tous les étrangers, indépendamment de leur nationalité, la possibilité d'acquérir un droit de protection en Suisse (cf. ch. 5.2.1), cette disposition n'a plus d'importance.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La ratification de la Convention UPOV (1991) et les modalités de mise en œuvre prévues dans la loi sur la protection des variétés n'ont aucune conséquence pour la Confédération, que ce soit au niveau des finances ou du personnel. La charge de travail administratif pour le traitement des demandes reste la même. La contribution de la Suisse à l'UPOV demeure également inchangée et se monte à 1,5 unité, ce qui correspond pour 2003 à un montant de 80 462 francs.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Le projet n'a pas de conséquences pour les cantons et les communes.

3.3 Conséquences économiques

Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat

Les expériences ont montré que les institutions juridiques telles que la protection des marques, le droit de la concurrence et les contrats de droit privé ne satisfont pas les intérêts des obtenteurs. En revanche, la protection des variétés met à leur disposition un droit adapté aux variétés végétales. L'intervention de l'Etat se borne à définir les conditions à remplir et l'étendue de la protection, ainsi que les modalités d'examen de la variété et de délivrance du titre de protection. Il incombe aux détenteurs du titre de faire valoir leurs droits et d'exiger la poursuite – judiciaire le cas échéant – d'infractions à la protection des variétés.

Impact du projet sur les différents groupes de la société

Le présent projet vise à permettre aux obtenteurs de variétés végétales d'amortir leurs investissements. Jusqu'à présent, il était possible de contourner la protection des variétés en important le produit de récoltes obtenues dans des pays ne protégeant pas la variété concernée. Désormais, les détenteurs d'un titre de protection pourront aussi faire valoir leur droit en pareil cas. Les imitations étant dorénavant dépendantes de la variété initiale, cette dernière sera probablement moins concurrencée. Les obtenteurs de plantes ornementales devraient surtout bénéficier de cette nouvelle réglementation.

Les agriculteurs, quant à eux, ne pourront plus dorénavant multiplier librement que certaines variétés protégées. Ils devront s'approvisionner en plantes fruitières et en plants de baies auprès du détenteur de la protection ou d'une entreprise disposant d'une licence. En arboriculture, la part des multiplications effectuées dans les exploitations est estimée à 10 à 15 %, avec une tendance au recul en raison de la forte pression sur les prix; la réutilisation des variétés n'est ainsi plus guère rentable (droit de licence par arbre 60 ct. à 1 fr. 50 pour les fruits à pépins et 2 fr. pour les fruits à noyau). Les conséquences des nouvelles réglementations ne seront donc pas très importantes.

Il faut par ailleurs s'attendre à ce que dans les jardineries et les centres de jardinage, les prix des plantes ornementales à la mode, fréquemment imitées, augmentent légèrement. Les obtenteurs de ces variétés essentiellement dérivées devront s'acquitter en effet d'un droit de licence qu'ils répercuteront sur les prix de vente.

Conséquences pour l'économie nationale

La protection des variétés produit deux effets sur l'économie. D'une part, elle confère au détenteur d'un titre de protection un monopole temporaire et restreint ainsi la concurrence. D'autre part, ce monopole incite à l'innovation, qui est le préalable d'une offre de variétés de grande valeur écologique et intéressantes sur le plan économique. Le projet vise donc à équilibrer l'incitation à la recherche et au développement et l'intérêt d'une véritable concurrence.

En ce qui concerne les variétés agricoles, les avantages tenant à la protection de la variété tels qu'un rendement supérieur, une plus grande résistance aux maladies ou une caractéristique particulière, devraient largement compenser le droit de licence. La protection des variétés aura probablement un effet favorable sur la diversité de l'offre, mais sinon, elle ne devrait guère avoir de conséquences sur l'économie suisse.

Autres solutions

En vertu de l'art. 27.3, let. b, de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC, les Etats membres dudit accord sont uniquement tenus de protéger les variétés végétales soit par un brevet, soit par un système créé spécifiquement à cette fin, soit encore par une combinaison de ces deux moyens. Le système créé spécifiquement à cette fin doit être «efficace», mais son aménagement n'est pas précisé dans le détail. Le système UPOV est généralement reconnu comme un système efficace «sui generis» pour la protection des variétés végétales.

La Suisse, d'ores et déjà membre de l'UPOV, a mis sur pied un système de protection efficace. L'alternative consistant à protéger les variétés végétales par des brevets n'est, comme nous l'avons dit, pas envisageable pour les variétés issues de la sélection traditionnelle. Les obtenteurs n'y adhèrent d'ailleurs pas. Le cas échéant, il faudrait abroger la disposition qui, dans le droit des brevets, exclut les variétés végétales du champ d'application. En revanche, on pourrait renoncer à ratifier la Convention UPOV (1991) et à réviser la loi sur la protection des variétés. L'obtention d'un titre de protection serait toutefois moins intéressante en Suisse que dans la plupart des autres Etats membres de l'UPOV et il on pourrait craindre que les obtenteurs n'offrent plus de nouvelles variétés dans le pays.

Pertinence dans l'exécution

Les modifications apportées à la législation sur la protection des variétés ne changeront rien sur le plan de l'exécution. Il faut tout au plus s'attendre à une augmentation des procès en raison de la dépendance établie entre la variété initiale et les variétés essentiellement dérivées.

4 Liens avec le programme de la législature

Le Message sur l'approbation de la Convention UPOV et la modification de la loi sur la protection des variétés a été annoncé dans le programme de la législature 2003–2007².

² FF 2004 1035

5 Modification de la loi fédérale sur la protection des variétés et du droit des brevets

5.1 Rapports entre droit sur la protection des variétés et droit des brevets

Coordination des révisions

Le droit de la protection des obtentions végétales et celui des brevets font partie des droits de la propriété intellectuelle; ils accordent un droit d'exclusivité au détenteur d'un titre de protection. Le détenteur d'un titre de protection ou d'un brevet peut dès lors interdire à des tiers l'exploitation de sa variété ou de son invention ou la faire dépendre du paiement d'un droit de licence. Les deux systèmes de protection fonctionnent en principe de la même manière, mais il existe des différences considérables en ce qui concerne les conditions à remplir et l'étendue de la protection, différences qui reflètent la distinction qui existe entre la création d'une nouvelle variété et une invention technique. Les méthodes modernes d'obtention et le développement de méthodes biotechnologiques ont toutefois rapproché les deux domaines de protection; il y a aujourd'hui davantage de points de convergence, et il n'est plus guère possible de les délimiter clairement, comme nous le montrerons ci-après. Il paraît dès lors indiqué de détacher certaines modifications ponctuelles de la loi sur les brevets qui est en cours de révision et de les traiter dans le cadre de la révision déjà fort avancée de la loi sur la protection des variétés.

Objet de la protection

Dans le droit des variétés, l'objet de protection est la variété végétale en tant qu'objet concret alors que dans le cas d'un brevet l'invention (procédé ou produit) est une règle de comportement technique (règle portant sur l'utilisation des éléments naturels ou des forces de la nature et aboutissant à un résultat déterminé). L'invention, qui implique donc l'utilisation pratique d'une connaissance acquise dans le domaine technique, peut parfaitement concerner du matériel végétal.

La brevetabilité de matériel végétal est toutefois limitée par l'art 1a LBI, qui marque la limite par rapport à la loi sur la protection des variétés. Cet article précise qu'il n'est pas délivré de brevets d'invention pour les variétés végétales et les races animales ni pour les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux. Cette exclusion n'a pas été introduite pour des raisons éthiques. Elle remonte à l'art. 2, let b, de la Convention du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention (RS 0.232.142.1). La disposition en question s'explique pour l'essentiel par l'existence d'un système de protection des obtentions végétales qui, à son tour, reflète la compréhension technique qu'on avait à l'époque du droit des brevets. Au début du 20^e siècle, les résultats de la sélection de végétaux et d'animaux étaient considérés comme non brevetables, en raison de leur répétabilité insuffisante (FF 1989 III 250 en référence à FF 1976 II 68; FF 1995 III 1275). Afin de pouvoir néanmoins protéger les résultats obtenus, on avait créé un système particulier pour les obtentions végétales. L'exclusion prévue à l'art. 1a LBI traduit cette évolution. Elle répond en outre à l'interdiction de la double protection figurant à l'art. 2 de la Convention UPOV (1961, 1972, 1978), qui exclut la possibilité d'accorder un droit d'obtenteur à la fois sous la forme d'un droit de protection spécifique et d'un brevet. Les méthodes modernes de biotechnologie et notamment de génie génétique garantissent une répétabilité suffisante; la raison ayant déterminé l'exclusion qui figurait dans le droit des brevets n'existe donc plus

(FF 1989 III 250; FF 1995 III 1275). Comme la Convention UPOV (1991) ne prévoit plus non plus l'interdiction de la double protection, les Etats membres sont désormais libres de protéger des variétés végétales par un droit «sui generis», par un brevet ou par les deux à la fois.

Si l'art. 1a empêche l'octroi de brevets pour des variétés végétales, il n'exclut pas de manière générale la brevetabilité de végétaux (FF 1989 III 250; FF 1995 III 1275). D'après l'opinion partagée par le Tribunal fédéral, la protection par brevet doit être accordée si la requête concerne non pas une variété individuelle, mais des végétaux, même si ceux-ci comprennent des variétés. C'est le cas, par exemple, de végétaux dans lesquels un gène a été implanté de manière stable. La portée de l'exclusion visée à l'art. 1a LBI constitue donc le pendant de la disponibilité d'un système de protection spécifique pour les variétés végétales. Un droit de protection n'est octroyé que pour une variété végétale concrète, mais pas pour une règle de comportement technique, applicable à un nombre indéterminé de variétés. Voici donc un premier point de convergence entre le droit des brevets et la protection des végétaux. Si, par exemple, un gène étranger est introduit dans des pommes de terre afin de les rendre résistantes à une maladie particulière, les pommes de terre modifiées, c'est-à-dire contenant ledit gène, peuvent être brevetées en tant que telles aux conditions mentionnées ci-après. Il est aussi possible qu'un droit au titre de la protection des variétés soit demandé pour certaines variétés de pommes de terre, dans lesquelles le gène a été implanté de manière stable.

Conditions de la protection et étendue

Il existe des différences et des points de convergence non seulement en ce qui concerne l'objet de la protection, mais aussi dans les conditions à remplir et dans l'étendue de la protection. Un brevet n'est accordé que pour des inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et applicables industriellement. En revanche les conditions de l'octroi d'un droit de protection d'une variété sont moins sévères, en considération des particularités de la matière biologique, dont on exige qu'elle soit distincte, homogène, stable et nouvelle. Par conséquent, la protection des variétés est moins étendue et ne porte par principe que sur le matériel de multiplication (l'extension au produit de la récolte ne s'applique que si le détenteur du droit de protection n'a pas eu raisonnablement l'occasion de faire valoir son droit sur le matériel de multiplication). La protection conférée par le droit des brevets est plus large. Ainsi, toute utilisation professionnelle d'une invention nécessite l'accord du titulaire du brevet conformément à l'art. 8 LBI. Même si, selon l'art. 1a LBI, l'octroi d'un brevet de produit pour une variété est exclu (ATF 121 III 125, 133), la protection par un brevet peut néanmoins porter sur un végétal et, partant, sur des variétés présentant les caractères de l'invention et qui sont donc couvertes par le brevet. Mais cette protection ne se rapporte pas aux variétés végétales à l'état naturel qui présentent lesdits caractères.

L'art. 1a LBI n'empêche pas non plus l'octroi d'une protection dérivée au sens de l'art. 8, al. 3, LBI. Celle-ci s'étend aux produits directs du procédé (ATF 121 III 125, 131 ss). Cette protection est toutefois moins étendue qu'un brevet de produit, car elle n'exclut pas l'utilisation, par des tiers, d'individus du même ensemble végétal, qui peuvent être produits et multipliés indépendamment du procédé protégé. Les variétés végétales dont les caractères sont identiques, mais qui sont sélectionnées au moyen de procédés ne tombant pas sous la protection du brevet, peuvent ainsi être utilisées sans l'accord du titulaire du brevet.

Licences obligatoires

La possibilité d'accorder un brevet de production des végétaux est également un point de convergence entre la protection des variétés et la protection par brevet. Il peut s'ensuivre que le détenteur d'un droit de protection ne puisse commercialiser la variété végétale sans le consentement du titulaire du brevet si elle présente les caractères d'un végétal protégé par un brevet (p.ex. gène conférant au végétal une résistance spécifique à des ravageurs). Comme nous l'avons déjà mentionné, ce principe ne concerne pas les végétaux comportant dans leur état naturel le gène qui détermine le caractère conforme à l'invention. Inversement, le titulaire du brevet ne peut pas non plus exploiter son brevet sans l'accord du détenteur du droit de protection de la variété si, ce faisant, il enfreint le droit en question. Pour éviter les conflits pouvant résulter de la dépendance réciproque lors de la commercialisation de la variété ou de l'invention, nous proposons une licence obligatoire concernant aussi bien le droit des brevets que le droit de la protection des variétés, conformément à l'art. 12 de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (directive CE)³. On empêchera ainsi que les détenteurs d'un droit se bloquent l'un l'autre, entravant ainsi la commercialisation de nouvelles variétés ou inventions utiles. Si les détenteurs ne parviennent pas à s'entendre, chacun d'eux pourra saisir le juge, qui décidera alors de l'octroi d'une licence.

La crainte, parfois exprimée, que le consentement du titulaire d'un brevet soit requis lorsque, par exemple, la récolte d'un blé protégé par un brevet est transformée en articles de boulangerie, est infondée. En effet, si le titulaire du brevet donne son accord à la mise en circulation de matériel végétal biologique protégé – par exemple de matériel de multiplication d'une plante brevetée – il ne peut plus intervenir lors de la revente de ce matériel ou lors de l'utilisation de la récolte issue de la culture dudit matériel. Lorsqu'il met en circulation une certaine quantité du matériel protégé, le détenteur du droit de protection épuise son droit. C'est ce que l'on appelle le principe de l'épuisement. D'après l'art. 9*b*, al. 3, P-LBI, le titulaire peut alors seulement s'opposer à la réutilisation du matériel pour une multiplication ou à la production de matériel de multiplication (le privilège de l'agriculteur demeurant réservé). En d'autres termes, le droit d'interdiction du titulaire du brevet échoit au moment de l'utilisation, conforme à sa destination, du produit issu de la culture de la plante protégée, dont le matériel de multiplication a été acquis légalement. En rapport avec la révision, il est proposé d'inscrire le principe de l'épuisement dans la loi et de clarifier la situation concernant les inventions portant sur du matériel biologique (rapport explicatif du 7 juin 2004 relatif à des modifications dans le droit des brevets, ch. 2.1.4, art. 9*b*, al. 3, P-LBI).

S'agissant du champ de protection et du rapport entre la protection des variétés et la protection par brevet, il faut encore aborder les questions concernant le privilège de l'agriculteur, le privilège de l'obteneur d'un droit de protection d'une variété et, dans le droit des brevets, le privilège du chercheur.

Privilège de l'agriculteur

En vertu du privilège de l'agriculteur, les agriculteurs ont le droit d'utiliser le produit de la récolte d'une variété protégée en tant que matériel de multiplication pour le réensemencement dans leur exploitation. Il est proposé d'inscrire ce privilège à

³ JOCE CE no L 213 du 30 juillet 1998, p. 13.

l'art. 7 de la loi sur la protection des variétés. Ce privilège devra également figurer dans la loi sur les brevets, comme cela était déjà prévu dans le cadre du projet de révision de la LBI du 29 octobre 2001 qui a été mis en consultation. Il s'agit en l'occurrence d'une revendication politique importante, à laquelle le Conseil fédéral satisfait ici. La modification simultanée de la loi sur les brevets sert à éviter que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision de la LBI, le privilège de l'agriculteur ne s'applique aux semences que du point de vue de la protection des variétés mais pas sur le plan de la protection par brevet. Le privilège de l'agriculteur selon la loi sur les brevets est donc conçu de la même manière que dans la législation sur la protection des variétés en ce qui concerne les inventions portant sur des végétaux. Etant désormais inscrit dans la législation sur les brevets, ce privilège ne portera plus seulement sur les végétaux, mais aussi sur les animaux.

Privilège de l'obtenteur

Le privilège de l'obtenteur est une restriction importante du droit de la protection des variétés et la condition d'une sélection végétale diversifiée; il permet non seulement la réutilisation de variétés et le développement de nouvelles variétés, mais aussi leur commercialisation sans le consentement du détenteur du droit de protection de la variété initiale. Le présent projet de révision restreint cependant la libre réutilisation de nouvelles variétés en ce qui concerne les variétés essentiellement dérivées. A l'inverse, la loi sur les brevets en vigueur ne contient pas de réglementation particulière limitant la portée du brevet. Cependant, il est reconnu que les actes effectués à des fins de recherche ou à titre expérimental ne sont pas considérés comme une utilisation et ne constituent donc pas une violation des droits du titulaire du brevet (privilège de la recherche). La révision de la loi sur les brevets offre l'occasion d'inscrire ce privilège dans la loi. Si la portée du privilège de la recherche n'est pas totalement clarifiée, on peut tout de même constater, en référence à la législation sur la protection des végétaux, que l'obtention et le développement de nouvelles variétés impliquant l'utilisation de végétaux protégés par un brevet sont d'ores et déjà couverts par ledit privilège et n'exigent donc pas l'accord du titulaire du brevet. Ainsi, la réutilisation est également garantie par le droit des brevets. La commercialisation d'une nouvelle variété requiert cependant le consentement du titulaire du brevet si cette variété présente des caractères du matériel végétal initial breveté. Le projet de révision de la loi sur les brevets propose d'y inscrire le privilège de la recherche et d'en établir les détails (rapport explicatif du 7 juin 2004 relatif à des modifications dans le droit des brevets, ch. 2.1.4). Il s'agit notamment de le délimiter par rapport à la législation sur la protection des variétés au sens indiqué, de sorte que l'utilisation de matériel biologique à des fins d'obtention, d'invention et de développement d'une nouvelle variété végétale *ne soit pas* entravée par un droit d'interdiction du titulaire du brevet (cf. rapport explicatif du 7 juin 2004 relatif à des modifications dans le droit des brevets ch. 2.1.4, art. 9, al. 1, let. d, P-LBI). Cette clarification dans la loi sur les brevets assurera, dans le droit des brevets, le libre accès au matériel phytogénétique utilisé à des fins de recherche et d'obtention.

En conclusion, il faut encore mentionner que la durée de la protection n'est pas la même dans les deux législations. Alors que le droit de protection d'une variété dure 25 ou 30 ans à compter du moment de *l'octroi*, la protection conférée par un brevet est plus courte. Elle est fixée à 20 ans au maximum à compter de *l'annonce* d'une invention.

5.2

Grandes lignes de la modification de la loi sur la protection des variétés

5.2.1

Nouvelle réglementation proposée

Il est proposé de remplacer les deux premiers articles relatifs au champ d'application se rapportant à la matière et à la personne par un article définissant brièvement le but de la loi et par un autre article contenant les principales définitions. Selon l'art. 2 en vigueur, seuls les ressortissants des Parties contractantes de l'UPOV ou d'Etats accordant la réciprocité ont le droit de demander la protection d'une variété en Suisse. Ne voyant pas de raisons valables s'opposant à la délivrance de titres de protection à tous les étrangers, quelle que soit leur nationalité, le Conseil fédéral propose de supprimer cette restriction. Le champ d'application quant aux personnes sera ainsi harmonisé avec le droit des brevets et le droit des marques.

A l'instar de la Convention UPOV (1991), des modifications substantielles concernant les effets de la protection sont prévues dans la loi sur la protection des variétés. L'art. 5 indique les actes et le matériel utilisé qui requièrent l'accord du détenteur d'une protection de variété. La disposition suivante énumère les exceptions d'ordre général, à savoir les actes dans le secteur privé à des fins non commerciales, le privilège de la recherche et celui de l'obteneur. Il est proposé d'ajouter le privilège de l'agriculteur aux exceptions avec une réglementation explicite à l'art. 7. Il appartiendra au Conseil fédéral de déterminer les espèces végétales auxquelles ce privilège est applicable. En outre, il réglera l'obligation de verser, sous certaines conditions, une indemnité pour la réutilisation d'une variété. La réglementation explicite de l'épuisement de la protection d'une variété est également une nouveauté.

Les conditions de la protection des variétés quant au fond demeurent inchangées. Il n'est possible de changer la dénomination d'une variété que si un droit antérieur détenu par un tiers s'oppose à son utilisation (p.ex. droit des marques) et que ce droit soit reconnu par le détenteur du titre de protection ou qu'un jugement en la matière ait été rendu. Cette pratique est désormais inscrite dans la loi.

En outre, le projet propose de prolonger de cinq ans la durée de la protection d'une variété et d'adapter à la Convention UPOV (1991) les autres dispositions concernant l'existence de la protection (épuisement anticipé, déclaration de nullité et déchéance).

Le projet prévoit aussi l'introduction d'un nouvel instrument, à savoir la licence obligatoire pour les brevets dépendants. A certaines conditions, les autorités judiciaires pourront contraindre le détenteur d'un droit de protection d'octroyer une licence si l'exercice d'un droit de brevet l'exige. Le détenteur concerné pourra octroyer une licence au titulaire du brevet à condition qu'il lui accorde à son tour une licence pour l'exploitation de son invention (licence croisée). Une réglementation analogue est proposée dans la loi sur les brevets pour les titres de protection des variétés qui dépendent d'un brevet.

Le nouvel art. 31a habilite le Conseil fédéral à régler la reconnaissance des titres de protection des variétés accordés par des Etats ou des organisations intergouvernementales imposant des conditions de protection comparables.

Au demeurant, il s'agit d'adapter les dispositions sur la procédure et la protection de droit civil à celles d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle et de modifier les articles sur la protection pénale en fonction du nouveau contexte.

5.2.2

Justification et appréciation de la solution proposée

Compatibilité avec la Convention UPOV (1991) et harmonisation avec l'UE

Les nouveautés proposées répondent aux exigences de la Convention UPOV (1991) et permettent donc de la ratifier. Plusieurs dispositions concernant notamment la durée de la protection sont par ailleurs adaptées au droit de l'UE, ce qui facilitera de futures négociations.

Prise en compte des résultats de la consultation

L'avant-projet a été mis en consultation du 7 décembre 2001 au 30 avril 2002. Nous avons reçu au total 104 réponses en provenance de 24 cantons, 7 partis, 5 associations économiques, 11 institutions scientifiques, 3 organisations de consommateurs, 31 organisations agricoles, 7 organisations écologiques et 16 autres organisations.

Il n'y a aucune opposition fondamentale à la révision de la loi sur la protection des variétés. Les représentants de l'industrie et des obtenteurs approuvent le renforcement des droits de l'obteneur et la ratification de la Convention UPOV de 1991. Les organisations paysannes et les milieux de la protection de l'environnement préconisent avant tout un privilège intégral de l'agriculteur et critiquent l'extension des droits de protection. Cinq d'entre elles s'opposent à la ratification de la Convention UPOV (1991).

Les points ci-après ont en particulier donné lieu à des remarques:

Article définissant les buts de la loi

Plusieurs interlocuteurs représentant les milieux de l'agriculture et de la protection de l'environnement souhaitent que soient également mentionnés la conciliation des intérêts entre obtenteurs et producteurs de plantes cultivées ainsi que la préservation de la diversité des plantes utiles. La plupart d'entre eux demandent qu'on ajoute le respect de la Convention sur la biodiversité comme condition de la protection de variétés étrangères.

Etendue des droits du détenteur de la protection

L'extension du champ de protection au produit de la récolte, aux produits fabriqués directement à partir de celui-ci et aux variétés essentiellement dérivées a été critiquée dans de nombreuses prises de position. Six cantons et quinze autres participants à la consultation rejettent catégoriquement cette extension; quatre organes consultés y sont favorables, mais souhaitent la limiter au produit de la récolte. Trois cantons font remarquer que la disposition relative aux variétés essentiellement dérivées posera des problèmes d'interprétation, et cinq organisations écologiques ainsi que l'université de Zurich demandent la suppression de cette réglementation.

Privilège de l'agriculteur

La majorité salue l'idée de réglementer explicitement le privilège de l'agriculteur. Les opinions sont cependant très partagées en ce qui concerne les modalités. Alors que huit cantons, deux partis et quatorze organisations préconisent un privilège intégral, neuf représentants des milieux des obtenteurs rejettent le principe même de ce privilège. Quinze participants à la consultation, dont six cantons, plaident en faveur d'une réglementation des émoluments. Les opinions divergent aussi en ce qui concerne la manière de déterminer les variétés auxquelles s'applique le privilège de

l'agriculteur et d'édicter les dispositions correspondantes. Trois organes consultés préconisent une réglementation dans la loi et cinq représentants de l'industrie et des milieux de l'obtention considèrent qu'au lieu d'indiquer les variétés exclues du privilège de l'agriculteur, comme prévu dans l'avant-projet, il faudrait charger le Conseil fédéral de désigner les variétés auxquelles il s'applique.

Epuisement

La plupart des participants à la consultation ne se sont pas prononcés sur l'épuisement du droit de protection. Quatre avis sont favorables à l'épuisement international et deux à l'épuisement régional.

Durée de la protection

Les représentants des obtenteurs saluent la prolongation proposée. Quatre cantons, trois partis et onze représentants des milieux de l'agriculture et de la protection de l'environnement préféreraient raccourcir la durée.

Dans le projet, ces intérêts partiellement contraires ont été pris en compte dans une mesure compatible avec la Convention UPOV (1991).

5.2.3 Exécution

Les nouveautés proposées n'apportent pas de changements dans l'exécution de la loi sur la protection des variétés. Comme jusqu'à présent, il incombera aux détenteurs de droits de protection de faire valoir leurs droits.

5.3 Commentaire des articles

5.3.1 Loi sur la protection des obtentions végétales

Art. 2 Définitions

En plus des définitions contenues dans la Convention UPOV de 1991 (cf. ch. 2, art. 1), l'al. 3 précise ce que l'on entend par matériel de multiplication. Cette définition concorde avec celle donnée dans la législation sur les semences. On considère ainsi comme matériel de multiplication tout matériel végétal à partir duquel il est possible d'obtenir une nouvelle plante. Outre les parties de végétaux, telles que graines, oignons, greffons et boutures, cette définition couvre aussi le matériel fabriqué in vitro. Etant donné que les semences de céréales, par exemple, peuvent être utilisées aussi bien comme matériel de multiplication que comme denrée alimentaire, la disposition précise qu'il doit s'agir de matériel destiné à être multiplié, semé, planté ou replanté.

Art. 5 et 6

Le ch. 2, art. 14 et 15 décrit les effets de la protection des variétés et mentionne les exceptions contraignantes de cette protection.

Art. 7 Privilège de l'agriculteur

Le privilège de l'agriculteur autorise un agriculteur à garder une partie de sa récolte afin de l'utiliser comme semences l'année suivante, sans le consentement du détenteur du titre de protection. Toutefois, il ne peut pas la vendre en tant que matériel de multiplication ni la céder d'une autre manière à des tiers. En revanche, si le produit de la récolte est destiné à d'autres usages, par exemple à l'alimentation humaine ou à celle d'animaux, l'agriculteur peut non seulement utiliser lui-même le produit de la récolte, mais aussi le vendre ou le céder d'une autre manière à des tiers, à condition, naturellement, qu'il ait obtenu le matériel de multiplication initial de manière légale, autrement dit que celui-ci lui ait été fourni par le détenteur concerné ou avec son accord. Cependant, si le détenteur du titre de protection n'a pas eu l'occasion de faire valoir son droit sur le matériel de multiplication initial (l'agriculteur a, par exemple, importé les semences d'un pays dans lequel la variété n'est pas protégée), il peut intervenir sur le produit de la récolte.

Il manquait jusqu'ici dans la loi une réglementation explicite concernant le privilège de l'agriculteur. Ce privilège est justifié par l'argument que la réutilisation ne peut pas être considérée comme une production de matériel de multiplication à *titre professionnel*. En Suisse, la production de semences de ferme concerne 3 à 5 % des cultures de céréales et 25 à 30 % des cultures de pommes de terre.

Il importe donc de soupeser les intérêts des obtenteurs et ceux des agriculteurs. Une agriculture performante et écologique a besoin de variétés promettant de bons rendements et adaptées de manière optimale aux conditions locales. La recherche et le développement deviennent de plus en plus exigeants, et les obtenteurs ne peuvent remplir cette tâche que si leurs efforts sont suffisamment rémunérés. Ils préféreraient donc développer de nouvelles variétés et les faire enregistrer dans les régions accordant une bonne protection. D'autre part, il ne faut pas oublier que ce sont les agriculteurs qui, au cours des siècles passés, ont généré la diversité des plantes cultivées, dont les obtenteurs se servent aujourd'hui pour créer de nouvelles sélections. D'où la proposition du Conseil fédéral d'instituer par principe le privilège de l'agriculteur. C'est à lui qu'il appartiendra de déterminer les espèces végétales pouvant être réutilisées et, au besoin, de prévoir une rémunération des détenteurs de droits de protection.

Espèces végétales concernées

Le privilège de l'agriculteur restreint considérablement le droit de protection des variétés. Aussi, la Convention UPOV de 1991 laisse-t-elle aux Etats membres le choix d'y renoncer ou de l'accorder compte tenu des intérêts légitimes des obtenteurs. La Suisse entend accorder ce privilège, tout en le limitant aux espèces végétales qui revêtent une importance fondamentale dans l'alimentation, telles que les céréales et les pommes de terre, mais aussi les plantes fourragères et oléagineuses ainsi que les plantes à fibres. Le Conseil fédéral sera habilité à désigner ces espèces. On envisage de faire figurer dans l'ordonnance qui sera édictée à ce sujet par lui tous les végétaux donnant droit au privilège de l'agriculteur dans l'Union européenne, pour autant qu'ils puissent être cultivés en Suisse.⁴

⁴ Pour la Suisse, la liste se présente comme suit: avoine, orge, seigle, triticale, blé tendre, blé dur, épeautre, lupin jaune, luzerne bleue, pois protéagineux, trèfle d'Alexandrie, trèfle perse, féverole, vesce de semence, colza, betterave, graines de lin (sauf lin), pomme de terre.

Le produit de la récolte destiné à servir de semences doit généralement être traité, c'est-à-dire nettoyé et trié. Ces opérations peuvent avoir lieu dans l'exploitation de l'agriculteur ou être confiées à une entreprise (conditionneur). Pour que la production de semences de ferme soit possible, le privilège de l'agriculteur porte sur le traitement aussi bien dans l'exploitation que dans une tierce entreprise. Dans ce dernier cas, il importera de veiller à ce que le matériel rendu après le traitement soit identique au matériel remis.

Il est proposé de ne pas accorder le privilège de l'agriculteur pour les plantes fruitières ni les baies. En effet, selon la Convention UPOV (1991), la réglementation dérogatoire doit se limiter au produit de la récolte obtenu par la culture de la variété protégée. Si le produit de la récolte de céréales et de pommes de terre peut servir de matériel de multiplication, ce n'est pas le cas des fruits et des baies. Si le privilège était aussi accordé pour ces derniers, les intérêts des obtenteurs en pâtiraient. Les céréales et les pommes de terre, ainsi que les plantes fourragères, oléagineuses et à fibres, doivent être ensemencées chaque année. L'autorisation de réutiliser le produit de la récolte pour ces végétaux exempte les agriculteurs pendant quelques années au moins des redevances de licence. Ils achèteront néanmoins de temps à autre des semences certifiées chez un preneur de licence pour préserver la qualité de leurs produits. Les plantes fruitières et les baies, au contraire, sont des végétaux pluriannuels; en général, le détenteur d'un titre de protection ne peut vendre qu'une ou deux générations d'arbres fruitiers pendant la durée de la protection. La protection des variétés ne serait pas crédible si un arboriculteur avait la possibilité d'acheter quelques arbres et de les multiplier sans avoir besoin d'une licence, pour ensuite aménager toute une plantation. Il en va de même pour les arbustes à baies qu'il est d'ordinaire facile de multiplier. Quelques plantes suffiraient, par exemple, pour obtenir tout un champ de fraises. L'agriculteur tirerait profit de rendements plus élevés ou de plantes plus résistantes, tandis que l'obtenteur ne serait pratiquement pas dédommagé de ses investissements.

Dédommagement

Dans l'UE, les agriculteurs – sauf les petits agriculteurs – doivent payer une taxe sur les semences de ferme. Il n'est pas fixé de limite inférieure, mais il existe un plafond, dans la mesure où la taxe doit être sensiblement moins élevée que le droit de licence payé dans la région concernée pour la même variété.

Conformément à la réglementation de l'UE, 95 % des agriculteurs en Suisse sont de petits agriculteurs. Les milieux des obtenteurs font valoir qu'il n'est pas possible de transposer les dispositions de l'UE telles qu'elles à la Suisse et proposent de considérer comme petits agriculteurs les exploitants d'une entreprise dont la surface est inférieure à 1 ha. Or, dans l'UE, la taille des exploitations varie également d'un pays à l'autre; la grandeur moyenne se situe à 4,5 ha en Grèce et atteint 70,1 ha en Grande-Bretagne.

Le Conseil fédéral propose dès lors de laisser en suspens la question relative à la taxe de réutilisation. Toutefois, l'inscription d'une norme de délégation doit l'obliger à régler la perception d'une indemnité. Il devrait être contraint de recourir à cette compétence s'il s'avère que l'exercice du privilège de l'agriculteur sans dédommagement des détenteurs ne protège pas suffisamment les intérêts de ces derniers et influe par ailleurs défavorablement sur l'introduction et l'offre de nouvelles variétés. Quant au montant de l'indemnité, il doit être nettement inférieur au droit de licence ordinaire perçu pour la même variété.

Art. 8 Nullité des accords

Quand le détenteur d'un droit de protection ou un preneur de licence met en circulation du matériel de multiplication protégé, on part du principe que son droit est épuisé et que l'acheteur peut disposer librement dudit matériel. Comme d'ordinaire dans le droit des obligations, les Parties contractantes sont cependant libres de convenir ce qui bon leur semble tant qu'elles n'enfreignent pas le droit en vigueur contraignant. C'est pourquoi, il est précisé que les exceptions légales à la protection des variétés sont contraignantes et qu'elles ne peuvent être ni restreintes ni annulées par des dispositions contractuelles. Une clause annulant le privilège de l'agriculteur, figurant sur l'étiquette d'un sac de semences de céréales à la vente, serait donc nulle.

Art. 8a Epuisement de la protection des variétés

Le principe de l'épuisement du droit s'applique dans tout le droit de la propriété industrielle. Le titulaire d'un droit épuise ses droits exclusifs à un bien immatériel lorsqu'il commercialise le produit protégé ou autorise sa commercialisation par un tiers. Jusqu'ici, l'épuisement du droit de l'obteneur n'était pas expressément réglé. L'art. 8a comble cette lacune.

Le Conseil fédéral propose de laisser en suspens, dans le texte de loi, la question du champ d'application géographique. C'est donc l'interprétation conforme au droit international qui fait foi et, partant, l'épuisement national qui s'applique. L'option d'un épuisement régional, prévue dans la Convention UPOV (1991), n'est pas exclue pour autant. L'épuisement régional ne saurait toutefois être instauré de manière unilatérale, car cela représenterait une violation du GATT et de l'accord ADPIC. Conformément à l'art. 16 de la Convention UPOV (1991), il n'entre en ligne de compte que pour les Parties contractantes associées à la même organisation internationale. A cet égard, il faut tenir compte de plusieurs interventions parlementaires qui exigent qu'après la conclusion des négociations sur les accords bilatéraux II, le Conseil fédéral examine la possibilité d'entamer, avec l'UE, des négociations visant à étendre à la Suisse, en vertu du principe de réciprocité, l'épuisement régional appliqué par ses membres dans le droit des brevets. Le Conseil fédéral doit fournir un rapport sur le sujet jusqu'à la fin 2004. Il convient ainsi d'examiner également l'opportunité d'instaurer un épuisement régional au sens de la Convention UPOV (1991) pour la protection des variétés. L'accord agricole conclu avec l'UE prévoit en effet le libre échange de semences.

Dans la nouvelle loi sur les cartels⁵, les restrictions à l'importation se fondant sur des droits de propriété intellectuelle ont été soumises à l'appréciation selon cette loi (art. 3, al. 2). Pour trancher la question de savoir si l'obteneur peut faire valoir son droit lors de l'importation de matériel protégé, les dispositions de la loi sur les cartels sont donc également pertinentes.

Art. 8b Variétés susceptibles d'être protégées

La Convention UPOV (1991), contrairement aux versions antérieures, prévoit que la protection soit accordée pour *tous* les genres et pour toutes les espèces de variétés végétales. Or conformément aux dispositions applicables en Suisse, seules les variétés appartenant à une famille figurant sur la liste des espèces (annexe de

l'ordonnance sur la protection des variétés) peuvent être protégées. Cette restriction doit donc être supprimée. Dans la pratique, cela n'a pas de conséquences majeures, car la liste précitée mentionne quasiment toutes les espèces.

Art. 9 *Principe*

Lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le personnel de la Confédération, le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 a été abrogé. Cet article doit donc être adapté en conséquence. Si des employés de la Confédération obtiennent une nouvelle variété, l'art. 332 CO leur est applicable par analogie, comme aux autres salariés. Les variétés végétales qu'un employé obtient dans l'exercice de ses fonctions et en s'acquittant de ses obligations contractuelles appartiennent donc à son employeur.

Art. 11 *Priorité*

Les effets de la priorité sont mentionnés au ch. 2, art. 11. Selon la Convention UPOV (1991), une autorité n'est pas tenue d'exiger de preuves attestant qu'il s'agit du premier dépôt d'une demande. L'al. 2 prévoit donc qu'il n'est plus nécessaire de joindre dans tous les cas les justificatifs du premier dépôt, mais que le Bureau de la protection des variétés puisse les exiger après coup. Cette procédure se justifie, étant donné que chaque dépôt est publié avec la date et l'indication de la Partie contractante ayant déposé la première demande, et que tout un chacun a la possibilité de s'y opposer.

Art. 13a *Modification de la dénomination de la variété*

La dénomination de la variété sert à identifier cette dernière et ne doit par principe pas être modifiée. Une modification est toutefois possible si un tiers fait valoir un droit plus ancien sur cette dénomination et s'il obtient un jugement en interdisant l'utilisation, ou si le détenteur reconnaît ce droit. Cette réglementation transpose la pratique actuelle dans la loi.

Art. 14 *Echéance de la protection*

Il est proposé de prolonger de cinq ans la durée de la protection des variétés. Dorénavant, la protection durera 25 ans, à compter de la fin de l'année au cours de laquelle elle a été accordée. Pour les arbres et la vigne, elle est de 30 ans. Elle correspondra ainsi à celle qui est appliquée dans l'UE.

Art. 15 *Epuisement anticipé*

Les détenteurs d'un titre de protection peuvent demander que leur droit soit radié. Ils recourront notamment à cette possibilité lorsqu'une variété ne s'impose pas sur le marché et que le maintien de la protection n'est donc pas rentable.

La seconde raison qui jusqu'à présent déterminait la radiation anticipée, à savoir le non-paiement de la taxe annuelle, est réglée dorénavant à l'art. 17 parmi les causes d'annulation.

Art. 16 Déclaration de nullité

Le droit de la protection des variétés est une institution relevant du droit privé. S'il ne s'avère qu'après l'octroi d'un droit de protection que les conditions requises n'étaient pas remplies, seul un juge pourra déclarer le droit nul sur la base d'une plainte. Le Bureau de la protection des variétés n'est ni habilité ni contraint à déclarer la nullité de droits de protection.

Art. 22 Licence octroyée dans l'intérêt public

L'article en vigueur jusqu'ici sur ledit octroi obligatoire de la licence a été reformulé et le nouvel art. 22*b* règle désormais les questions d'ordre procédural.

Si un détenteur refuse sans raison d'octroyer une licence pour l'utilisation de sa variété, il doit pouvoir être contraint, le cas échéant, d'accorder une utilisation appropriée. Une telle contrainte n'est toutefois admise que dans l'intérêt public. Il faut que la variété concernée soit par exemple d'une importance vitale pour l'approvisionnement de la population en produits alimentaires de base. Cette disposition est conçue notamment pour les périodes de crise mais elle n'a jamais été appliquée depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la protection des obtentions végétales.

Art. 22a Licence pour dépendance de brevet

Cet article prévoit que le titulaire d'un brevet, qui ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un droit de protection de variété antérieur, puisse faire valoir une licence d'exploitation dans les limites requises pour l'exploitation de son brevet auprès du détenteur. La demande est toutefois liée à la condition que l'invention en question représente un progrès considérable, d'une portée économique certaine, par rapport à la variété protégée. En contrepartie, le détenteur de la protection de la variété pourra exiger que le titulaire du brevet lui accorde une licence non exclusive pour l'exploitation de son droit de brevet (licence croisée). La dépendance mutuelle entre un droit de protection et un brevet est réglée dans le nouvel art. 36*a* de la loi sur les brevets.

Il est tout à fait possible qu'une invention brevetée, en particulier un gène breveté, ne puisse être exploitée sur le plan économique qu'intégrée à une variété de plante. Lorsqu'un gène est introduit par génie génétique dans une variété protégée, on obtient une variété essentiellement dérivée dont l'utilisation requiert l'accord de l'obteneur initial. Si la variété dérivée constitue un progrès notable et revêt une importance économique considérable par rapport à la variété initiale (p.ex. résistance contre une maladie grave) et que le détenteur d'un titre de protection et le titulaire d'un brevet ne puissent s'entendre au sujet d'une licence, le titulaire du brevet pourra exiger l'octroi d'une licence afin de pouvoir mettre son invention sur le marché. Pour les variétés agricoles, l'admission dans le Catalogue national des variétés selon l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur les semences⁶ pourra servir de critère pour signifier que la variété représente un progrès considérable et qu'elle revêt une importance économique. De nouvelles variétés ne sont effectivement admises dans le catalogue que si elles présentent une amélioration sur le plan de la valeur culturale et d'utilisation par rapport aux variétés connues.

⁶ RS 916.151

Art. 22b Application judiciaire

Cet article règle les aspects procéduraux liés à l'octroi obligatoire de la licence. Ses dispositions ont été harmonisées avec celles de l'art. 40b de la loi sur les brevets. L'al. 1 stipule notamment que l'application judiciaire n'intervient que lorsque les négociations ont échoué. La personne concernée doit d'abord essayer d'obtenir une licence contractuelle, l'octroi obligatoire de la licence ne représentant qu'un moyen subsidiaire. L'al. 7 donne la compétence au juge d'octroyer la licence et de rendre une décision sur l'étendue, la durée et la rémunération à verser.

Art. 23 Bureau de la protection des variétés

Comme jusqu'à présent, le Bureau de la protection des variétés sera compétent pour exécuter la présente loi.

Art. 24 Organisme de vérification

Au moment d'édicter la loi, il était prévu que les Stations de recherches agronomiques de la Confédération procèdent aux examens techniques des variétés faisant l'objet d'une demande de protection. Cependant, dans la pratique, tous les examens sont confiés sur la base d'un mandat à des organismes étrangers – principalement en Allemagne et en France – ou alors, les résultats d'examens déjà effectués sont repris. L'article a donc été adapté à la nouvelle donne.

Art. 30 Examen des variétés

Conformément à l'al. 2, le service chargé de l'examen sera tenu de consigner les résultats dans un rapport et, pour les variétés dignes de protection, de décrire leurs caractères dans une description officielle de la variété. Ces obligations ne sont pas nouvelles mais, jusqu'à présent, elles n'étaient réglées que par voie d'ordonnance.

Art. 31a Titre de protection de variété établi à l'étranger

Les titres de protection de variétés délivrés par des Etats ou des communautés d'Etats posant des exigences comparables doivent pouvoir être reconnus en Suisse. Il s'agit en premier lieu d'offrir la possibilité de régler la reconnaissance des droits de protection conférés par l'UE. La réglementation de la procédure de reconnaissance dans le droit national est déléguée au Conseil fédéral. On pourrait ainsi éviter aux obtenteurs un surcroît de travail et de taxes d'examen liés au dépôt d'une demande. L'effet et les droits résultant des titres de protection reconnus de la sorte sont toutefois régis par le droit suisse exclusivement.

Art. 37 Action en cessation, en suppression de l'état de fait et
 en dommages-intérêts

L'al. 2 étant abrogé, les règles générales du CO concernant la responsabilité sont applicables. Est ainsi tenu responsable non seulement celui qui commet une faute, mais encore celui qui viole un droit de protection par négligence. Il est par ailleurs possible de déposer une action en réparation de dommages-intérêts qui pourra être appréciée à la lumière des dispositions en la matière ou de celles sur la gestion des affaires. Les actions en dommages-intérêts et celles visant la restitution du gain ne peuvent toutefois pas être cumulées pour un même dommage.

Art. 43 Mesures prévisionnelles

Les al. 1 et 2 ont été reformulés et ainsi harmonisés avec l'article correspondant dans la loi sur la protection des marques et dans la loi sur le droit d'auteur, sans modification de leur contenu. L'al. 3 précise qui a la compétence pour ordonner des mesures prévisionnelles. Selon l'al. 4, les art. 28c à 28f du code civil sont applicables par analogie; cela concerne en particulier la procédure, l'exercice des prétentions et les actions en dommages-intérêts. La référence au code civil permet d'abroger les actuels art. 44 à 47 de la loi sur la protection des variétés. Il n'en résulte qu'une simple modification du délai imparti pour porter plainte, qui est ramené de 60 à 30 jours. Ce délai s'aligne ainsi non seulement sur les autres textes relatifs aux droits sur la propriété intellectuelle, mais aussi sur l'art. 50, al. 6, de l'accord de l'OMC sur les ADPIC.

Art. 48 Violation des dispositions relatives à la protection des variétés

Cet article est adapté à la situation. En particulier, les actes non autorisés en rapport avec le produit de la récolte d'une variété protégée ou d'une variété essentiellement dérivée d'une variété protégée peuvent désormais être également poursuivis en justice.

Art. 53 Protection de variétés connues

Cette disposition transitoire peut être abrogée. Elle n'est plus nécessaire étant donné que, depuis le 1^{er} juillet 1990, toutes les variétés et espèces végétales peuvent être protégées et que la liste des espèces n'a plus été complétée depuis lors.

Art. 53a Disposition transitoire de la modification du ...

Des dispositions transitoires sont nécessaires pour l'inscription de variétés dont le matériel de multiplication ou le produit de la récolte ont déjà été commercialisés, ainsi que pour les variétés essentiellement dérivées. Jusqu'à présent, la mise en valeur de matériel de multiplication en Suisse portait préjudice à la nouveauté de la variété. C'est pourquoi, les dispositions transitoires prévues donnent aux obtenteurs, pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la modification, la possibilité d'annoncer les variétés dont le matériel de multiplication ou le produit de la récolte ont été cédés à des tiers au plus tôt dans les douze mois qui ont précédé l'entrée en vigueur.

Il n'est pas indiqué que des variétés essentiellement dérivées connues et mises en valeur avant l'entrée en vigueur de cette modification tombent rétroactivement dans le champ de protection de l'obteneur initial. Cependant, si à l'avenir, de nouvelles variétés étaient essentiellement dérivées de la même variété initiale, elles relèveraient du domaine de protection de l'obteneur initial.

Art. 55 Commission de spécialistes de la protection des variétés

La disposition concernant la commission de spécialistes de la protection des variétés peut être abrogée, aucun membre n'ayant plus été nommé ces dernières années. Comme dans les secteurs de l'agriculture, l'instauration d'une commission permanente n'est plus nécessaire car, en vertu de la loi sur l'organisation du gouvernement

et de l'administration, il est possible à tout moment de mettre en place une commission d'experts en cas de besoin.

5.3.2 **Loi sur les brevets**

Art. 35a

Selon le privilège de l'agriculteur, fixé dans la législation sur la protection des variétés, les agriculteurs ont le droit d'utiliser le produit de la récolte d'une variété protégée comme matériel de multiplication destiné à la culture dans leur exploitation. Une fois introduit dans le droit des brevets, ce privilège concernera non seulement les végétaux, mais aussi les animaux.

Pour ce qui est des végétaux, le privilège de l'agriculteur ne revêt que peu d'importance en Suisse, car la grande majorité des agriculteurs suisses achètent aujourd'hui de nouvelles semences à chaque ensemencement (p.ex.: achat annuel de 70 à 75 % des plants de pommes de terre et de 95 à 98 % des semences de céréales). Cette disposition ne déploie aucun effet à l'étranger, car la loi sur les brevets (LBI) n'est applicable qu'en Suisse. Elle répond toutefois à une préoccupation politique importante.

L'al. 1 précise que l'agriculteur peut utiliser pour le réensemencement une partie de la récolte qu'il a obtenue à partir de matériel de multiplication breveté. Le privilège de l'agriculteur concernant les plantes est assujéti à plusieurs restrictions: il ne s'applique qu'aux agriculteurs; ceux-ci doivent avoir obtenu le produit de la récolte par la multiplication dans leur exploitation et ne peuvent le réutiliser que dans cette dernière. Ce produit ne doit pas être vendu ni cédé d'une autre manière à des tiers à des fins de multiplication.

L'al. 2 concerne le matériel de multiplication d'origine animale et les animaux. La loi du 21 mars 2003 sur le génie génétique (LGG)⁷ n'autorisant la production et la mise en circulation de vertébrés génétiquement modifiés qu'à des fins scientifiques, thérapeutiques ou de diagnostic médical ou vétérinaire, le privilège de l'agriculteur ne concernera pas l'économie laitière et la production de viande traditionnelle jusqu'à une modification de l'art. 9 LBI pertinent. L'art. 35a, al. 2 permet aux agriculteurs de reproduire, dans leur exploitation, les animaux obtenus dans celle-ci à partir de matériel de multiplication animal ou d'animaux. Le matériel de multiplication issu de ces animaux peut également être utilisé dans l'exploitation. Par «animal», on entend l'animal protégé par un brevet en général ainsi que les générations suivantes. Le privilège de l'agriculteur concernant les animaux est également assujéti à plusieurs restrictions. Ainsi, il ne s'applique qu'aux agriculteurs, pour autant que ce ne soit pas des sélectionneurs professionnels. En outre, les animaux ne peuvent être obtenus que dans l'exploitation et ne doivent être utilisés que dans celle-ci. Cette restriction s'applique par analogie au matériel de reproduction animal. Les animaux ou le matériel de reproduction obtenus de cette manière ne doivent pas être vendus ni cédés d'une autre manière à des tiers en vue ou dans le cadre de la sélection animale professionnelle. La liste des espèces relevant du privilège de l'agriculteur concernant les végétaux est limitée; à l'inverse, il n'est pas prévu de limiter celle des animaux à certaines races. Cependant, vu la formulation de l'art. 35a, al. 2,

⁷ RS 814.91

LBI, le privilège de l'agriculteur ne porte que sur les animaux se prêtant à être utilisés dans l'agriculture.

L'al. 3 précise que les agriculteurs doivent obtenir le consentement du titulaire du brevet s'ils entendent céder à des tiers, dans un but de reproduction, le produit de la récolte ou l'animal qu'ils ont obtenu, ou le matériel de reproduction animal.

Dans le domaine des denrées alimentaires et des aliments pour animaux, l'al. 4 interdit de restreindre ou d'annuler, par la voie d'accords contractuels, le privilège de l'agriculteur en sa défaveur. Les accords afférents sont frappés de nullité. La culture de plantes ou l'élevage d'animaux en vue de la production de médicaments représentent cependant une situation exceptionnelle exigeant des dérogations contractuelles au privilège de l'agriculteur. Celles-ci sont justifiées, car elles ne mettent pas en question l'auto-approvisionnement des agriculteurs. Elles ne tombent par conséquent pas sous le coup de l'al. 4 et sont admises.

Art. 35b

Selon le nouvel art. 35b, la compétence de régler la portée du privilège de l'agriculteur est déléguée au Conseil fédéral. Ce dernier devrait notamment inscrire dans une ordonnance la liste des espèces végétales concernées par ce privilège. En outre, il devrait décréter un dédommagement obligatoire pour les semences de ferme s'il s'avère que sinon, les intérêts des obtenteurs ne sont pas suffisamment protégés ou que l'offre de nouvelles variétés fait défaut en Suisse. Enfin, il est prévu que le Conseil fédéral puisse définir les modalités concernant la perception du dédommagement. Afin d'éviter des divergences entre la loi sur les brevets et le droit de la protection des variétés, les dispositions d'exécution relatives au privilège de l'agriculteur portant sur les végétaux doivent être harmonisées pour ces deux types de protection.

Art. 36a

Le droit des brevets en vigueur prévoit l'octroi de licences obligatoires pour prévenir des pratiques monopolistiques, pour répondre à un intérêt public important et pour permettre l'utilisation d'une nouvelle invention brevetée (dite dépendante) découlant d'une ancienne invention.

Le nouvel art. 36a complète les prescriptions actuelles de cette loi relatives aux licences obligatoires: lorsqu'un droit d'obtention d'une variété végétale ne peut être obtenu ni exploité sans porter atteinte à un brevet antérieur, l'obtenteur ou le titulaire du droit d'obtention a droit, à certaines conditions, à une licence non exclusive, dans la mesure nécessaire à l'obtention et à l'exercice de son droit. Le nouvel art. 36a se réfère, quant au fond et quant à la systématique, à l'art. 36 qui règle le domaine analogue des inventions dépendantes.

Cette réglementation permet de gérer les conflits pouvant survenir entre le droit de la protection des variétés et celui des brevets. En vertu du nouvel art. 36a, l'obtenteur bénéficiaire du droit précité à condition que la variété végétale représente un progrès important d'un intérêt économique certain par rapport à l'invention, c'est-à-dire aux plantes protégées par un brevet. Le titulaire (ou requérant) d'un droit de protection d'une variété ne peut poser des exigences trop élevées en ce qui concerne le critère

de l'importance économique. Les critères fixés dans l'ordonnance sur les semences⁸ peuvent servir de repère quant à la question de savoir si une variété végétale agricole présente un intérêt économique certain au sens de l'art. 36a. Le titulaire d'un brevet peut par ailleurs exiger que le détenteur du titre de protection lui accorde une licence pour l'exploitation de son droit de protection (licence croisée).

L'art. 36a reprend les conditions fixées à l'art. 12, al. 1, de la directive CE relative à la licence obligatoire. La dépendance directe entre un brevet et un droit de protection antérieur, qui fait l'objet de l'art. 12, al. 2, de ladite directive, est réglée dans le nouvel art. 22a de la loi sur la protection des variétés. En ce qui concerne les conditions liées au droit de protection, elles correspondent à celles qui figurent à l'art. 12, al. 3, de la directive CE. Rappelons à cet égard l'art. 40b, qui fixe les règles de procédure communes relatives aux art. 36 à 40a. Il établit comme condition, en conformité avec l'art. 12, al. 3., let b, de la directive CE, l'échec de la négociation (art. 40a, al. 1) et désigne le juge comme instance compétente pour octroyer la licence (art. 40a, al. 7).

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La compétence de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères découle des art. 54 et 184 de la Constitution du 18 avril 1999⁹ (Cst.). En outre, en vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale a la compétence d'approuver les traités internationaux.

Conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., sont sujets au référendum les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale, qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit, ou dont la mise en œuvre exige l'adoption des lois fédérales. La Convention UPOV (1991) peut être dénoncée (cf. art. 39) et comme la Suisse est déjà membre de l'UPOV, elle n'adhère pas à une organisation internationale en ratifiant ce document.

Reste la question de savoir si ce texte contient des dispositions importantes fixant des règles de droit ou si sa mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. La Convention a été soumise en 1991 à une révision totale du point de vue formel; quant au fond, il ne s'agit toutefois que d'une révision partielle. Celle-ci a notamment consisté à abolir l'interdiction de la double protection, à étendre les effets de la protection des variétés et à prolonger la durée de protection minimale. En outre, la réglementation relative à l'épuisement des droits a été explicitement intégrée dans la Convention. Les Parties contractantes de l'UPOV ancienne version sont obligées de protéger les variétés de tous les genres et de toutes les espèces végétaux au plus tard cinq ans après leur adhésion à la Convention UPOV (1991). Cet engagement doit être concrétisé dans la loi sur la protection des variétés. Il s'ensuit que l'arrêt fédéral sur l'approbation de la Convention UPOV (1991) est sujet au référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

⁸ RS 916.151
⁹ RS 101

