

France
France
Frankreich

Rapport Q 159

au nom du Groupe français
par Dr. Jean-Christophe GALLOUX

Nécessité et moyens possibles pour rendre la Convention sur la Biodiversité applicable en matière de droit des brevets

Question No. 1

La Convention de Rio sur la biodiversité a été ratifiée par la France et publiée par décret n° 95-140 du 6 février 1995 (Journal officiel du 11 février 1995 p. 2312). La publication du texte est accompagnée d'une déclaration du gouvernement français qui concerne notamment la question du respect des droits de propriété industrielle en ces termes:

" (...) Le respect des droits de propriété intellectuelle constitue un élément essentiel à la mise en œuvre des politiques de transfert de technologie et de co-investissement.

Pour la république française, le transfert de technologie et l'accès à la biotechnologie, tels que définis dans le texte de la Convention sur la diversité biologique, s'effectueront en conformité avec l'article 16 de ladite convention et dans le respect des principes et règles de protection de la propriété intellectuelle, et notamment des accords multilatéraux signés ou négociés par les Parties contractantes.

La République française encouragera le recours au mécanisme financier établi par la Convention pour promouvoir le transfert volontaire des droits de propriété intellectuelle détenus par les opérateurs français, notamment en ce qui concerne l'octroi de licences, par des décisions et des mécanismes commerciaux classiques, tout en assurant une protection appropriée et efficace aux droits de propriété "

On rappellera que la Convention de Rio interdit les réserves (article 37). Le droit français opère cependant une distinction entre les réserves, qui s'entendent d'une déclaration unilatérale émanant d'un Etat au moment de la signature ou de la ratification d'un instrument international dont le but est d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions de cet instrument dans leur application à cet Etat, et les déclarations interprétatives, qui ont pour objet de préciser le sens d'un texte international.

La déclaration accompagnant le texte de la Convention de Rio relève de cette seconde catégorie.

Par ailleurs, l'Union Européenne a également ratifié et publié cette Convention, ce qui a pour effet d'enlever aux Etats membres la possibilité de négocier au plan international en ce domaine (Avis de la CJCE n° 1-94 du 15 novembre 1994, Rec. 5267): en effet, les organes de l'Union possèdent dans le cadre du Traité d'Amsterdam une compétence internationale pour la mise en œuvre de la politique commerciale commune. Il vient donc

que l'interprétation que la France a donnée du texte de la Convention de Rio ne saurait s'appliquer que dans l'ordre purement interne et non vis-à-vis de pays tiers ou d'autres Etats membres de l'Union, car dans ce cas, l'interprétation ne pourrait être que le fait de la CJCE.

Questions n° 2 et 3

Selon les dispositions de l'article 55 de la Constitution française:

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

S'agissant de Conventions internationales multilatérales, le droit français écarte la condition de réciprocité édictée par cet article.

En raison de sa ratification et de sa publication régulières, la Convention de Rio est intégrée au droit positif français. En ce sens, elle est "applicable" dès lors que les normes qui lui sont inférieures (lois et actes réglementaires) doivent être conformes aux règles et principes qu'elle édicte.

Il n'existe pour l'instant aucun texte de nature législative ou réglementaire qui soit la traduction directe de la Convention de Rio. On peut à cet égard se demander si le texte international pourrait être directement invoqué par un particulier. Si le droit français reconnaît la possibilité d'une application directe des textes internationaux au profit des particuliers (c'est notamment le cas de la Convention européenne des droits de l'Homme), il est toutefois assez rare que ces textes fassent naître des droits subjectifs au profit des individus: ils contiennent le plus souvent des obligations à la charge des Etats signataires (pour la non application directe des accords ADPIC en droit français: Conseil d'Etat, 31 mai 2000). Tel semble le cas des dispositions qui intéressent la propriété intellectuelle dans la Convention de Rio.

En revanche, les particuliers pourraient contester l'application d'un texte, réglementaire ou législatif qui serait contraire aux dispositions de la Convention de Rio.

En toute hypothèse, certaines dispositions de la Convention pourraient être clairement considérées comme contraires à la Constitution française, telle la reconnaissance de l'existence de populations autochtones en France (article 18-4 notamment).

Plusieurs difficultés demeurent cependant pour une application efficace de la Convention de Rio:

- (i) les questions d'interprétation qu'elle suscite ne sont pas à ce jour tranchées (on citera de manière non exhaustive: le champ d'application s'étend-il aux ressources génétiques d'origine humaine ? la notion de "technologie" etc.
- (ii) il est difficile de donner une application directe à des dispositions souvent déclaratoires et générales, sans qu'il soit vraiment possible de conclure sans ambiguïté qu'il s'agit de principes pouvant s'agréger au droit public international.

Questions n° 4

La réglementation française ne possède aucune disposition générale régissant l'accès aux ressources génétiques.

Il existe en revanche des réglementations particulières de nature à contrôler l'importation ou l'exportation de matériels biologiques (notamment d'origine humaine et pour les animaux d'élevage) essentiellement pour des raisons de sécurité sanitaire, voire, pour des raisons de sécurité publique (il n'est pas exclu que des matériels biologiques soient considérés comme des matériels militaires "sensibles"). Enfin, l'accès aux collections nationales ou assimilées peuvent faire l'objet de réglementations contraignantes d'ordre administratif.

Il n'existe actuellement aucune disposition en droit français imposant un partage des résultats ou de l'utilisation de ces ressources.

L'accès aux ressources génétiques est généralement soumis, d'un point de vue juridique, à l'autorisation préalable de leur propriétaire. Ceci n'est que l'application des dispositions du droit civil français (article 544 et suivants du Code civil) qui régissent la propriété physique des objets:

- les végétaux appartiennent de droit au propriétaire du sol sur lequel ils croissent (règle de l'accession immobilière), et à l'Etat en dernier lieu car il n'y a pas de déshérence en matière immobilière en France;
- il en va de même pour les microorganismes (accession immobilière ou mobilière);
- les animaux sont soit attachés à un fonds, comme les plantes et les microorganismes, soit libres, comme les animaux non domestiques (res nullius) auquel cas ils appartiendront à celui qui les capture;
- pour les ressources détenues dans des banques ou plus généralement ex situ, elles sont des choses mobilières comme d'autres et suivent le régime du droit commun.

En effet, le droit commun français ignorant la notion de "ressource génétique", il n'existe que des éléments biologiques ou des collections rassemblant de tels éléments ou des informations les concernant.

Il convient de noter qu'à aucun moment la Convention ne prétend modifier les règles de la propriété privée corporelle des ressources génétiques non plus que les règles de la propriété intellectuelle à leur égard.

Question n° 5

Les praticiens français dans le domaine de la biotechnologie sont dans leur grande majorité conscients d'une possible incidence de la Convention de Rio sur le droit des brevets mais le sentiment qui se dégage est que les dispositions pertinentes de cette Convention demeurent très théoriques et n'emportent pas de conséquences immédiates sur le droit des brevets.

On rappellera cependant qu'une éventuelle incidence de la Convention de Rio sur le droit français des brevets est juridiquement en germe via la directive communautaire n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, puisque ce texte, qui devrait avoir été transposé en droit français avant le 31 juillet 2000, précise que "*la présente directive n'affecte pas les obligations découlant, pour les Etats membres, des conventions internationales, et notamment (...) la convention sur la diversité biologique*". Les instances communautaires considèrent dès lors comme possible une éventuelle incidence et ne la condamne pas.

Il n'en reste pas moins que dans le cadre d'opérations de bio-prospection dans les pays du tiers monde, la plupart des sociétés françaises soumettent les dispositions contractuelles qu'elles passent aux principes énoncés par la Convention. Mais il ne s'agit pas ici de l'application du droit français: ces contrats étant exécutés à l'étranger, ils appliquent en général la loi du pays dans lequel la prospection se réalise. D'un point de vue pratique, les contrats conclus ne présentent pas de clauses inhabituelles en matière de propriété intellectuelle et reflètent, comme il a été dit, les préoccupations de la Convention en matière d'accès aux informations collationnées notamment.

Questions n° 6 et 7

La France a ratifié l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et ses annexes, dont l'annexe ADPIC; il a été publié par décret n° 95-1242 du 24 novembre 1995 (annexe du Journal officiel du 26 novembre 1995); il est entré en vigueur le 1er janvier 1995.

Il est applicable en France selon les principes de droit français indiqué dans la réponse aux questions 2 et 3 ci-dessus. En outre, les dispositions du droit français qui pouvaient être contraires à l'Accord ADPIC ont fait l'objet de modifications législatives introduites par la loi n° 96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le Code de la propriété intellectuelle. Ont été concernés les articles suivants dudit code: L 112-3, L 611-1, L 611-12, L 613-7, L 613-11 à L 613-13, L 613-15, L 613-18, L 613-19-1, L 615-5-1, L 622-2, L 711-2, L 712-11 et L 712-12.

Question n° 8

Ni l'INPI (Institut national de la propriété industrielle) ni les tribunaux français n'ont eu à connaître de cas dans lesquels les dispositions de la Convention de Rio auraient été alléguées.

Au demeurant, la Convention, en particulier son article 16, ne remet pas en cause la possibilité de délivrance de brevets relatifs à des inventions biotechnologiques ou à des ressources génétiques: il ne s'intéresse qu'aux effets éventuels de l'exploitation des droits octroyés. L'INPI n'étant pas en charge du contrôle de cette exploitation, il n'est donc pas surprenant qu'il n'ait pas été confronté au texte de la Convention.

Le groupe français de l'AIPPI tient d'une manière générale à réaffirmer que les objectifs de la Convention de Rio ne sont pas incompatibles avec l'acquisition de droits de propriété industrielle mais sont seulement de nature à infléchir l'exercice des droits ainsi acquis. Dans la mesure où le droit de brevet s'accompagne d'une publication à bref délai dans la

plupart des pays du monde (18 mois), il constitue indubitablement un instrument permettant un meilleur accès de tous aux technologies relatives aux ressources génétiques.

Question n° 9

Il n'existe pas en principe de contradiction formelle entre la Convention de Rio et les Accords ADPIC en ce qui concerne l'acquisition de droits de propriété industrielle. En revanche, une contrariété pourrait exister au plan de l'exercice des droits de propriété industrielle au regard de l'admissibilité des licences obligatoires visées aux articles 30 et 31 des Accords ADPIC. On ne peut écarter la possibilité d'imposer des licences obligatoires au titulaire d'un droit de brevet afin de faciliter les transferts de technologies conformément aux buts de la Convention de Rio, au-delà du strict cadre d'admissibilité de ces licences selon les Accords ADPIC.

La France, à l'instar d'autres membres de l'Union européenne, n'a pas ratifié la Convention Vienne sur l'interprétation des Traités, de sorte qu'une éventuelle contradiction entre deux textes internationaux sera examinée selon les règles d'interprétation propres au droit français.

Le groupe français souligne cependant qu'il serait erroné de présenter la Convention de Rio comme un instrument international de valeur supérieure aux autres, et notamment à ceux relatifs à la propriété intellectuelle.

Question n° 10

Le groupe français considère comme normal d'exclure de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La protection de la santé et de l'environnement font assurément partie de l'ordre public français comme de l'ordre public communautaire, ainsi que l'a rappelé la Directive n° 98/44 du 6 juillet 1998.

Sur ce point, les résolutions 2.1, 2.2, et 2.4 de l'AIPPI pour la question 114, de même que celles adoptées pour la question 150 méritent d'être confirmées. En revanche, la résolution n° 2.3. de la question 114 pourrait être revue en raison de la ratification de la Convention de Rio.

Le groupe français réaffirme qu'une interdiction de délivrance de brevet fondée sur ce texte ne peut s'appliquer qu'à des inventions manifestement contraires à des dispositions d'ordre public et ne saurait être efficace qu'à la condition qu'elle s'accompagne d'une interdiction parallèle de non exploitation fondée sur des dispositions ad hoc du droit national, sauf à être vaine et inique (car elle priverait l'inventeur du bénéfice d'une invention qui continuerait d'être exploitée).

Question n° 11

Sous réserve que ce soient des inventions et non de simples découvertes et de leur conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les inventions relatives à des matériels biologiques, quelle qu'en soit l'origine, végétale, animale ou humaine, sont brevetables en France conformément au droit commun. La Directive communautaire n° 44/98 confirme

cette position. Ce dernier texte a par ailleurs écarté la référence à l'origine géographique du matériel biologique concerné par l'invention comme élément pouvant influencer la brevetabilité.

Une nouvelle fois, les résolutions adoptées par l'AIPPI pour les questions 114 et 150 doivent-être formellement réaffirmées sous la réserve exprimée à la question précédente concernant le point 2.3. de la question 114.

Il est évident que la non brevetabilité des inventions biotechnologiques rendrait plus aisés, d'un point de vue théorique, les transferts de technologie puisqu'ils se réaliseraient libres de tout droit. Il ne faut pas oublier cependant, qu'à défaut de protection par un droit de propriété industrielle, il est peu probable que des investissements continuent d'être faits dans ce domaine, tarissant irrémédiablement la recherche, et il est hautement prévisible que des pratiques de secret se développeront, limitant l'accès des scientifiques à la technologie et appauvrissant les informations disponibles concernant les ressources génétiques.

Par ailleurs, le droit de brevet n'est pas le seul droit de propriété intellectuelle concerné par les ressources génétiques: il y a le certificat d'obtention végétale et le droit "sui generis" sur les bases de données dont l'impact a été encore peu étudié sur l'accès aux informations génétiques.

Question n° 12

La réponse est identique à la précédente. La non protection des végétaux peut dans un premier temps laisser penser que l'application de la Convention de Rio sera facilitée mais à terme le développement du secret et le défaut d'investissement dans la recherche joueront à l'encontre de ses objectifs.

Question n° 13

La question des modalités de transfert dans le cadre de la Convention de Rio suscite les remarques suivantes:

- (i) Il y a lieu de réaffirmer la distinction fondamentale entre la propriété corporelle des matériels biologiques et la propriété des inventions qui peuvent être réalisées en relation avec ces matériels. D'un point de vue juridique, la première ne conditionne en aucune façon les règles d'attribution de la seconde, sauf dans l'hypothèse de conditions contractuelles expresses en ce sens. La manière dont la question est posée laisse entendre le contraire, ce qui n'est nullement impliqué par les dispositions de la Convention de Rio.
- (ii) La Convention de Rio évoque le "transfert" de technologie: ce libellé ne préjuge pas des questions de titularité des droits de brevet et ne se limite pas à cette question.
- (iii) La Convention laisse les parties libres de régler, par des accords négociés, les modalités de transfert de technologie, ce qui peut comprendre les questions de titularité des droits de propriété intellectuelle. Cette voie négociée est toujours recherchée par la Convention afin de régler toutes les obligations des parties, à savoir pour l'accédant le respect de la biodiversité et des cultures en assurant un

partage des richesses, et pour le détenteur un engagement réel à maintenir et à préserver la biodiversité. Il n'y a donc aucune raison d'imposer par voie législative ou réglementaire une nouvelle allocation des droits de propriété intellectuelle, et ceci, d'autant que la Convention reconnaît ces droits tels qu'ils sont définis dans les divers instruments internationaux.

Dans la pratique, les sociétés françaises effectuant de la bioprospection recherchent toujours le partenariat de l'Etat sur le territoire duquel les opérations s'effectuent, directement ou via une organisation publique plus ou moins subventionnée de manière à ce que cette entité valide les accords impliquant les communautés autochtones qui n'ont, de prime abord qu'un droit de possession sur les ressources génétiques locales. Le "transfert" technologique se concrétise le plus souvent par un accès aux informations concernant les ressources génétiques, à la définition des moyens d'assurer le respect et le maintien des communautés autochtones et de leur culture, et à des clauses financières.

Les obligations des parties doivent être différentes selon le type de contrat qui les lie: accord de transfert de matériel, accord de bioprospection et accord de recherche-développement.

Question n° 14

Deux hypothèses sont envisageables:

- (i) Soit aucun brevet relatif aux ressources génétiques n'a été délivré dans le pays sur le territoire duquel elles ont été découvertes ou dont elles sont originaires: dans cette hypothèse, les ressortissants de ce pays et l'Etat concernés peuvent librement utiliser la technologie concernée.
- (ii) Soit un brevet relatif aux ressources génétiques a été délivré dans le pays considéré: le transfert de technologie s'effectue sur un mode conventionnel, ou, en cas de blocage, une licence forcée doit être envisagée, dans le cadre des dispositions de l'article 31 de l'Accord ADPIC.

Plusieurs difficultés se font toutefois jour:

- (i) l'identification des pays ou des communautés initialement détenteurs des ressources génétiques, et, à l'égard de ces dernières, se pose le problème de leur statut juridique. Le groupe français suggère que la détermination du détenteur soit à la charge des Etats et soit résolue de façon à assurer un maximum de sécurité juridique aux titulaires de droits de propriété intellectuelle.
- (ii) Les strictes conditions d'application de l'article 31 de l'Accord ADPIC ne sont pas nécessairement compatibles avec les buts relativement larges de la Convention de Rio; si les pays les moins avancés bénéficient au titre de l'article 66 de ce dernier texte d'une période de 10 ans pour l'application complète de l'Accord, ce qui leur permet pour l'heure d'écarter s'ils le souhaitent les dispositions de l'article 31, que se passera-t-il au-delà de la période de transition ?

Question n° 15

La Convention de Rio n'a pas de caractère rétroactif de sorte que les ressources génétiques acquises avant son entrée en vigueur demeurent hors de son champ d'application.

Ce principe doit être logiquement étendu aux informations relatives à ces ressources, peu important qu'elles aient été découvertes ou créées avant ou après l'entrée en vigueur de la Convention. En disposer autrement reviendrait à faire rétroagir ladite Convention et à modifier les modes d'attribution des droits intellectuels, ce que le texte ne prévoit pas.

Certains pays en voie de développement ont demandé le retour de certaines collections de matériels biologique constituées en France depuis des décennies voire des siècles par des organismes de recherche publics, et en tout cas avant l'entrée en vigueur de la Convention: il n'y a pas été fait droit en raison de l'absence de base juridique à de telles revendications.

Question n° 16

Le groupe français désire mettre l'accent sur la nécessaire détermination des titulaires de droit sur les ressources génétiques afin d'assurer une sécurité juridique maximale dans le cadre des relations contractuelles qui vont s'établir entre les parties.

Le groupe français considère que la voie négociée avec les pays ou les communautés détenteurs de ressources génétiques est à privilégier sur toute intervention étatique; cette priorité à la négociation est d'ailleurs dans l'esprit de la Convention de Rio.

Ce constat n'interdit pas l'élaboration de contrats types ou, d'une manière plus générale, une certaine normalisation des pratiques dans le domaine concerné, pour autant que cette normalisation prenne en compte la diversité des situations, à l'instar de ce qui se pratique dans d'autres domaines.

Remarques

Le groupe français voudrait, au-delà des réponses apportées précédemment, faire les remarques générales suivantes:

- (i) contrairement à ce que le titre de la question 159 laisse entendre, il n'existe pas de hiérarchie internationale entre le texte de la Convention et les textes relatifs à la propriété industrielle. Le problème qui se pose n'est donc pas celui de la **compatibilité** entre la Convention de Rio et les textes relatifs à la propriété intellectuelle en général et au brevet en particulier, mais celui de **l'articulation** entre ces divers textes, et spécialement en matière d'exploitation des droits.
- (ii) Les points les plus délicats qui se posent aux praticiens de la propriété industrielle ont trait, pour la plupart, à l'interprétation qu'il convient de donner à la Convention: notamment la définition précise du pays d'origine des ressources, l' applicabilité de la Convention aux ressources génétiques d'origine humaine, la qualification juridique nationale et internationale des ressources génétiques, la nature juridique des banques génétiques in situ et ex situ, une meilleure définition du développement durable;

(iii) Il convient de réaffirmer l'esprit de la Convention:

- Promotion du partenariat, le brevet devenant un moyen juridique de collaboration entre les parties;
- respect des objectifs de la Convention, c'est à dire la conservation de la diversité biologique: ceci a pour conséquence que l'argent donné en contrepartie de l'accès et de l'exploitation des ressources doit aller à la conservation de la biodiversité et bénéficier au plus grand nombre. Il conviendrait d'instituer des mécanismes de contrôle à cet égard.