

Échanges des semences, brevets sur le vivant, OGM, après la Loi biodiversité, où en est-on ?

Guy Kastler, 25 août 2016

Avec la décision du Conseil Constitutionnel de censurer partiellement son article 11, la loi Biodiversité est arrivée en août 2016 au terme de deux ans et demi de débats parlementaires, d'espairs partiellement réalisés ou totalement déçus. Rendue indispensable pour l'application française du Protocole de Nagoya, cette loi a aussi été l'occasion d'actualiser le droit français sur de nombreux autres sujets. Le Protocole de Nagoya porte sur l'accès aux « *ressources génétiques*¹ » et aux « *savoirs traditionnels* » associés à ces ressources ainsi que sur le « *partage des avantages* » issus de leur utilisation. Ces trois catégories juridiques sont un reflet vif de la vision industrielle et scientifique du monde qui s'est emparée de la gouvernance mondiale : la biodiversité, ou diversité de la vie, est reléguée au rang de ressource industrielle au même titre que d'autres minerais ; les savoirs populaires, qui appréhendent la biodiversité comme un organisme vivant dont nous faisons partie, seraient nécessairement anciens et définitivement figés ; seul le savoir « scientifique », qui réduit le vivant au rang d'objet d'étude, serait susceptible d'évoluer et d'apporter des connaissances nouvelles ; biodiversité et savoirs populaires ne seraient en conséquences sources que d'avantages économiques dont un code de « *partage équitable* » doit garantir un usage durable, tout comme le code du travail garantit au gré des rapports de force sociaux le renouvellement de la force de travail indispensable à l'accumulation du capital.

Le bilan présenté ici se concentre sur les seules questions touchant aux ressources génétiques agricoles végétales et animales, aussi qualifiées de « *biodiversité domestique* » en référence à la domestication des plantes et des animaux à l'origine de l'agriculture. Malgré quelques simplifications, il tente de faire une présentation détaillée des conséquences concrètes de l'application d'articles de loi difficilement lisibles pour le profane. Cet effort de compréhension est souvent abandonné aux seuls spécialistes. Il est cependant indispensable dès lors qu'on ne veut pas prendre des vessies pour les lanternes présentées par la propagande officielle destinée à détourner notre attention de la privatisation et de la destruction accélérées de tout ce qui vit sur terre.

Ces questions sont maintenues à l'abri des regards du public par une cogestion opaque entre de puissants lobbys industriels et leurs représentants directement nommés au sein de l'administration, et réciproquement. Aussi, le gouvernement n'a-t-il pas souhaité les soumettre au débat parlementaire et les a renvoyées à de futures ordonnances² annoncées dans les 18 mois suivant la promulgation de la loi (article 45). Une grande vigilance citoyenne s'impose donc, notamment pour dénoncer toute tentative de perpétuer les violations actuelles des principes du Protocole de Nagoya par les réglementations européennes et françaises sur les semences, la génétique animale et la propriété intellectuelle.

¹ Les mots en italiques renvoient au vocabulaire juridique

² Nouvelles lois proposées par le seul gouvernement que le Parlement ne peut pas modifier, mais uniquement accepter ou refuser.

Alertés par la mobilisation de la société civile et les propositions de lois du collectif « semons la biodiversité », les parlementaires ont cependant légiféré de leur propre initiative pour tenter de corriger deux atteintes trop visibles à la biodiversité agricole : les restrictions de diffusion des semences paysannes et traditionnelles et les brevets sur les caractères « natifs » des plantes et des animaux. Ils n'ont par contre pas réussi à réglementer les plantes tolérantes aux herbicides, ni les nouveaux OGM. L'analyse de la portée concrète des nouveaux articles de loi qu'ils ont votés montre qu'ils se sont malheureusement arrêtés en chemin et qu'il faudra donc nécessairement y revenir.

I – Les échanges de semences

La commercialisation des semences et des plants est réglementée en France par le décret 81-605 qui rend obligatoire l'enregistrement des variétés au catalogue officiel, la certification de chaque lot commercialisé de semences de cultures agricoles (céréales, oléagineux et protéagineux, fourragères, pomme de terre) et l'application de règles sanitaires strictes. La commercialisation est définie par l'article 1 de ce décret, tout comme par les directives européennes, comme « *la vente, la détention en vue de la vente, l'offre de vente et toute cession, toute fourniture ou tout transfert, en vue d'une exploitation commerciale, de semences ou de plants, que ce soit contre rémunération ou non* ». Cette réglementation s'applique donc aux échanges (à titre gratuit) tout autant qu'à la vente (contre rémunération). Mais elle ne concerne pas tous les échanges ni toutes les ventes. L'article 1 -1 du même décret précise que « *ne relèvent pas de la commercialisation les échanges de semences qui ne visent pas une exploitation commerciale de la variété* ». Les obligations définies dans ce décret ne s'appliquent donc pas à la commercialisation et aux échanges réalisés en vue d'utilisations non commerciales de la variété comme la recherche, la sélection, la conservation des ressources génétiques ou encore la production pour l'autoconsommation de la récolte (jardinage amateur).

I – 1) Le droit des paysans d'échanger leurs semences : un grand pas en avant

L'article 12 de la loi biodiversité élargit à tous les agriculteurs leur **droit d'échanger leurs semences et plants dans le cadre de l'entraide agricole**, dès lors que ces semences et plants n'appartiennent pas à une variété protégée par un Certificat d'Obtention Végétal (COV). L'entraide agricole est définie à l'article L.325-1 du Code rural comme « *un contrat à titre gratuit, même lorsque le bénéficiaire rembourse au prestataire tout ou partie des frais engagés par ce dernier* ». Elle « *est réalisée entre agriculteurs par des échanges de services en travail et en moyens d'exploitation* ». Les échanges de semences et plants entre agriculteurs échappent de ce fait à la réglementation de leur commercialisation.

Cet article 12 éclaircit une situation d'insécurité juridique qui pénalisait jusqu'à présent les agriculteurs victimes de contrôles abusifs de l'interprofession des semenciers (GNIS³). Tout

³ Groupement National Interprofessionnel des Semences et Plants

agriculteur fait une « *exploitation commerciale* » des semences et plants qu'il utilise et qu'il a éventuellement échangés, dès lors qu'il commercialise la récolte qu'il en tire. Le GNIS s'appuyait sur cette utilisation commerciale pour menacer de poursuites tout agriculteur voulant échanger des semences ou des plants. De nombreux agriculteurs isolés et sans soutien juridique ont dû se soumettre et ont renoncé à tout échange. Ces menaces n'ont, par contre, pas empêché d'autres agriculteurs organisés collectivement, notamment au sein du Réseau Semences Paysannes, de revendiquer face aux contrôleurs du GNIS leur droit d'échanger leurs semences en vue de réaliser des travaux qui ne constituent pas une « *exploitation commerciale de la variété* » comme la sélection ou la conservation de la biodiversité à la ferme. Après de multiples mobilisations paysannes et citoyennes accompagnées de concertations parfois vives avec les pouvoirs public, le GNIS a dû renoncer à les poursuivre. Le propre de la sélection et de la conservation paysannes est en effet de se dérouler dans les conditions d'utilisation de ces semences, c-à-d dans le champ dont la récolte est commercialisée. C'est le seul moyen de les adapter localement, sans recours constant aux intrants chimiques et technologiques, à chaque condition particulière de leur culture ainsi qu'aux stress climatiques qui se multiplient et s'amplifient. Dès lors, interdire ces échanges aurait été une négation du droit des agriculteurs de sélectionner leurs semences et de contribuer à la conservation de la biodiversité. Les échanges de semences ont ainsi été appliqués d'abord directement dans les champs par les agriculteurs qui, face aux menaces illégitimes du GNIS, ont revendiqué la légitimité de leurs droits avant qu'ils ne soient positivement inscrits dans la loi.

Ce droit a été dans un premier temps reconnu de manière très restrictive en octobre 2014 par la Loi d'Avenir Agricole. Suite aux actions et campagnes des organisations paysannes et de la société civile, le Parlement avait repris une proposition du collectif « Semons la Biodiversité ». Mais il l'avait restreint aux seuls échanges entre agriculteurs appartenant à un même Groupement d'Intérêt Économique et Environnemental, soit à ce jour tout au plus quelques centaines d'agriculteurs. **Sa reconnaissance explicite pour tous les agriculteurs par la Loi biodiversité constitue aujourd'hui une avancée majeure pour la biodiversité cultivée et la réalisation des objectifs de l'agroécologie paysanne.**

Ce nouveau droit ne s'étend cependant pas aux semences de ferme de variétés protégées par un COV. Cette limite pérennise une négation flagrante du principe du partage des avantages exigé par le Protocole de Nagoya : d'un côté, les entreprises semencières utilisent et s'échangent entre elles toutes les semences paysannes collectées gratuitement dans les champs des paysans pour sélectionner les semences industrielles qu'elles vendent. De l'autre côté, elles interdisent aux paysans d'utiliser et d'échanger leurs propres semences issues des récoltes de ces semences industrielles (par exemple pour toutes les espèces potagères), ou autorisent uniquement leur utilisation sur la ferme sous réserve de paiement de royalties (pour une vingtaine d'espèces agricoles).

I – 2) De nouvelles restrictions du droit des jardiniers amateurs d'échanger leurs semences

La reconnaissance que ce qui n'est pas interdit est autorisé. L'article 11 de la Loi Biodiversité reconnaît le droit des jardiniers amateurs, ou « *utilisateurs finaux non professionnels* », d'échanger

« à titre gratuit » leurs semences et plants sans se soucier des obligations d'agrément officiel du producteur, d'enregistrement de la variété au catalogue et de certification des lots de semences échangées. L'existence de ce droit a parfois été contesté par des déclarations intempestives de représentants du GNIS interprétant abusivement la réglementation de la commercialisation des semences et plants destinés à l'agriculture commerciale (« en vue d'une exploitation commerciale ») en oubliant de rappeler qu'elle ne s'applique pas aux semences et plants destinés à un usage amateur. La confirmation de ce droit mettra donc fin à ces menaces entretenant une insécurité juridique totalement fictive.

Une reconnaissance incomplète. L'article 11 de la Loi biodiversité réduit par contre sans raison cette reconnaissance aux seules variétés du domaine public et impose aux échanges à titre gratuit entre amateurs le respect de « règles sanitaires relatives à la sélection et à la production » des semences commercialisées « en vue d'une exploitation commerciale ».

Alors que le Parlement avait souhaité étendre cette reconnaissance à la commercialisation (« cession à titre onéreux ») réalisée par une association à but non lucratif, le Conseil Constitutionnel a censuré cette extension au motif qu'elle était limitée sans raison à une catégorie particulière d'opérateurs. Le même type de dérogation au principe d'égalité au profit d'opérateurs particuliers existe pourtant pour des opérations commerciales occasionnelles ou de manière permanente au profit de microentreprises, dans le cadre du commerce de proximité ou encore de la remise directe par le producteur au consommateur final... On peut à ce titre se demander pourquoi le Parlement a refusé ce même droit aux petits agriculteurs et artisans semenciers qui vendent les mêmes semences et plants que les associations ? Mais la mission du Conseil Constitutionnel n'est pas d'écrire de nouveaux articles, par exemple en étendant la dérogation à ces autres opérateurs ou à tous les opérateurs, mais uniquement de refuser tout ce qui est selon lui contraire à la Constitution. Aussi a-t-il supprimé toute référence à la cession à titre onéreux. Mais contrairement à ce qu'ont déclaré divers commentateurs, il n'a pas pour autant interdit cette commercialisation, pas plus qu'aucun autre texte réglementaire ou législatif que ce soit le décret 81-605 ou les directives européennes. S'il n'a pas censuré la cession à titre gratuit et s'il a censuré la cession à titre onéreux au seul motif de non respect du principe d'égalité et non pour non conformité au décret 81-605, c'est qu'il estime que, contrairement à ce qu'affirme le GNIS, ces échanges et ventes ne sont pas contraires aux directives européennes, ni au décret 81-605 qui les transcrit en droit français. Par ailleurs, les droits de propriété intellectuelle concernant les semences (Certificat d'Obtention Végétale et brevets) ne s'appliquent pas aux actes accomplis à des fins non commerciales comme la culture pour l'autoconsommation de la récolte : s'ils interdisent la commercialisation de semences et plants sans paiement de droits de licence, ils n'interdisent pas l'échange non commercial en vue d'une exploitation non commerciale.

Une reconnaissance instrumentalisée pour instaurer de nouvelles restriction : la menace « sanitaire ». S'il n'apporte donc aucune autorisation nouvelle d'échange de semences et plants, ni aucune nouvelle restriction concrète de leur commercialisation, l'article 11 de la Loi biodiversité restreint par contre considérablement les possibilités d'échanges entre jardiniers amateurs.

Les jardiniers amateurs ne devaient, jusqu'au vote de cette loi, respecter que les règles sanitaires concernant la culture des plantes. Ces règles sont limitées aux restrictions de culture « *d'organismes de quarantaine* » dans certaines « *zones de protection* ». L'article 11 impose à ceux d'entre eux qui voudront échanger leurs semences ou plants le respect des règles sanitaires beaucoup plus strictes concernant la sélection et la production des semences commerciales. Cela concerne notamment un enregistrement obligatoire auprès du GNIS chargé des contrôles sanitaires officiels, des plans de culture assurant l'isolement dans l'espace et dans le temps vis à vis de tout risque de contamination, des procédures d'auto-contrôle agréées par le GNIS, des analyses à diverses étapes de la production et de la circulation des semences et plants, une traçabilité documentaire stricte de toutes les entrées et sorties de semences et plants... Indispensables dans leur principe⁴ pour toute diffusion commerciale à grande échelle, ces règles sanitaires ne sont pas justifiées pour les échanges destinés au jardinage amateur qui ne génèrent pas les mêmes risques car ils ne concernent que des petites quantités n'ayant de plus aucune incidence directe sur l'économie agricole. Mais elles sont surtout inapplicables par la plupart des jardiniers amateurs qui seront de ce fait privés de leur droit d'échanger leurs semences et plants.

La saga des variétés amateurs. Pour comprendre pourquoi un tel article a pu être voté avec le soutien d'élus sincèrement défenseurs de la biodiversité cultivée, il est nécessaire de revenir sur la saga de l'acharnement procédurier du GNIS contre l'association Kokopelli. Kokopelli est la plus grosse association française de commercialisation de semences de variétés non enregistrées au catalogue, dites « anciennes ». Condamnée pour cette activité à plusieurs reprises, elle a vu dans cet article 11 de la Loi biodiversité, avant sa censure par le Conseil constitutionnel, la fin de ses ennuis et a salué "*le travail opiniâtre réalisé (par son avocate) auprès des députés et sénateurs (qui) a permis d'aboutir à ce résultat*" (communiqué du 22 juillet 2016). Si l'association Kokopelli a totalement raison lorsqu'elle dénonce l'injustice d'une réglementation qui assure le monopole absolu des semences industrielles sur le marché de l'agriculture commerciale, elle n'est pas pour autant victime de cette réglementation, mais uniquement de la malhonnêteté du GNIS chargé de la faire respecter. L'association Kokopelli a en effet été condamnée uniquement parce que, refusant par principe toute réglementation du commerce des semences, elle n'a jamais revendiqué l'usage non commercial auquel sont destinées les semences qu'elle commercialise, ni leur non appartenance à des variétés enregistrées au catalogue et contrôlées selon les normes réglementaires en vigueur. Cette absence d'information peut effectivement induire en erreur l'acheteur croyant trouver des semences conformes aux standards les plus courants du commerce. Le GNIS est chargé par le gouvernement de la mission de service public de contrôle de la production et de la certification des semences commerciales et, il y a encore peu de temps, ses agents étaient aussi chargés du contrôle de leur commercialisation. C'est donc son rôle d'apporter une information complète aux opérateurs. Mais le GNIS défend d'abord les intérêts des entreprises semencières qui dirigent son conseil d'administration et souhaitent éliminer tout concurrent pouvant briser le monopole commercial que leur accorde le catalogue. Il estime en conséquence que la réglementation des semences vendues

⁴ S'il est normal d'imposer l'élimination de pathogènes susceptibles de porter atteinte à la santé humaine, animale ou végétale et de compromettre les récoltes, certaines de ces règles n'ont aucune justification sanitaire. Elles n'existent que pour éliminer les petits opérateurs qui ne peuvent pas les respecter et/ou pour garantir la propriété intellectuelle de variétés qui pourraient évoluer sous l'influence de micro-organismes classés « à élimination obligatoire » alors qu'ils ne génèrent pas de risque sanitaire.

« *en vue d'une exploitation commerciales* » devrait s'appliquer aussi aux semences vendues « *en vue d'une exploitation non commerciale* » comme le jardinage amateur. Il a pour cela prétendu à maintes reprises que l'enregistrement des variétés sur la catalogue amateur créé en 1997 est obligatoire pour toute vente aux jardiniers amateurs, alors même que le décret de mise en place de ce catalogue ne peut pas être contraire aux directives européennes et dit en conséquence que les variétés dont les semences sont destinées exclusivement aux jardiniers amateurs « *peuvent* » et non « *doivent* » y être inscrites. C'est ainsi que la GNIS a fait condamner Kokopelli sans l'informer des possibilités qui lui auraient permis de poursuivre légalement son activité.

Cette condamnation et la communication du GNIS ont convaincu la plus grande partie du public et les Parlementaires de l'illégalité de la vente aux jardiniers amateurs de semences hors catalogue et a généré sur les réseaux sociaux de nombreuses campagnes pour des « semences libres ». L'avocate de Kokopelli conforte malheureusement elle aussi cette fausse interprétation dans sa réaction à la censure de l'article 11 par Conseil constitutionnel : « *ce droit de vendre des semences (de variétés ne figurant pas au catalogue officiel) aux jardiniers amateurs vient de leur être ôté* » (communiqué du 7 août 2016). Si elle ne s'arrête ainsi qu'au verre à moitié vide (pas de reconnaissance formelle de ce droit), d'autres préfèrent regarder le verre à moitié plein (aucune interdiction de ce droit) pour revendiquer publiquement que les semences qu'ils commercialisent « n'appartiennent pas à une variété enregistrée au catalogue » et sont vendues pour « une utilisation non commerciales ». Si le GNIS continue à chercher à les intimider en leur envoyant ses contrôleurs, il s'est bien gardé jusqu'à présent de prendre le risque de créer une jurisprudence lui donnant tort en les poursuivant au tribunal.

La première version adoptée par les sénateurs de ce qui est devenu l'article 11 de la Loi biodiversité avait repris une proposition issue d'une campagne électronique de promoteurs des « semences libres » qui visait à restreindre la définition de l'obtention végétale aux seules variétés « *dont la semence est reproductible en milieu naturel* ». Sans aucune incidence sur l'objectif de facilitation des échanges de semences qui l'a motivée, cette première rédaction a été rejetée par les députés et remplacée par une nouvelle version visant à reconnaître explicitement le droit des jardiniers amateurs d'échanger leurs semences sans autorisation. Mais placée dans le code de l'Environnement, cette deuxième version ne renvoyait pas explicitement au catalogue et n'avait donc pas de portée juridique claire. Une troisième version a clarifié cette ambiguïté en modifiant l'article L661-8 du code rural définissant le contenu du décret 81-605 concernant les obligations d'enregistrement au catalogue, de certification et de respect des règles sanitaires. Elle a aussi étendu cette reconnaissance à la cession à titre onéreux tout autant que gratuit. Mais cette extension a provoqué une levée de bouclier des élus du lobby semencier. Une dernière version de compromis a donc été votée, restreinte pour la commercialisation aux seules associations sans but lucratif et, pour tous les échanges y compris entre amateurs, aux seules variétés du domaine public et au respect des règles sanitaires de la sélection et de la production des semences commerciales. Enfin, le Conseil constitutionnel a supprimé toute possibilité de commercialisation. **Résultat : aucun droit nouveau, mais une nouvelle restriction de droits existants.** La tentative d'extension du droit des échanges non commerciaux au droit du commerce a ainsi imposé ces nouvelles restrictions aussi aux

échanges non commerciaux. Extension qui n'avait aucune utilité concrète autre que symbolique, mais restrictions représentant une menace très concrète.

Cette saga est révélatrice :

- de la confidentialité des réglementations semencières faites de décrets, d'arrêtés et autres règlements techniques rédigés sans aucune transparence, qui ne sont jamais débattus par le Parlement et auxquels seul un cercle restreint d'initiés peut accéder ;
- de l'habileté du lobby semencier qui a délibérément abusé de cette confidentialité pour exploiter la confusion entre commercialisation et échanges générée par une association refusant par principe toute régulation du commerce des semences afin de transformer discrètement un article de loi qui visait à conforter les droits des jardiniers en un article qui les restreint.

Il n'est pas pour autant certains que les agents du GNIS soient bien accueillis s'il leur vient l'envie d'imposer aux participants des multiples bourses d'échanges de semences qui fleurissent aux quatre coins de l'hexagone des obligations qu'ils ne pourront pas respecter parce qu'elles ne sont pas faites pour eux. Une loi inapplicable ne peut pas, par définition, être appliquée. Il est aussi possible que cet article 11 de la Loi biodiversité soit modifié par la prochaine application du nouveau règlement européen « santé des végétaux » qui distingue les obligations sanitaires s'appliquant aux opérateurs non professionnels de celles s'appliquant aux professionnels. En attendant, il est préférable d'user, de revendiquer et de défendre les droits que nous avons plutôt que de conforter dans l'opinion publique l'idée qu'ils n'existent pas. Et sans doute est-il temps de s'attaquer aux vrais problèmes posés par la réglementation du catalogue qui réserve de fait le marché des semences destinées à l'agriculture commerciale aux seules variétés protégées par des droits de propriété intellectuelle et interdit les populations qui ne répondent pas aux standards officiels d'homogénéité et de stabilité, qu'elles soient anciennes ou modernes.

II – Limitation des brevets sur les traits natifs

II. 1) La brevetabilité des traits natifs

L'article 9 de la Loi biodiversité complète l'article L.611-19 du code de la propriété intellectuelle qui définit les inventions brevetables en **interdisant la brevetabilité des végétaux et des animaux « exclusivement obtenus par des procédés essentiellement biologiques (...), y compris les éléments qui les constituent et les informations génétiques qu'ils contiennent »**. Cet article vise à interdire les brevets sur les gènes, caractères ou traits « natifs » des plantes et des animaux. Par « natifs », on entend les gènes, caractères ou traits naturellement présents dans des plantes et des animaux sauvages ou dans des plantes cultivées et des animaux d'élevage qui en sont issus au moyen de « *procédés essentiellement biologiques qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection* ».

Selon la communication gouvernementale⁵, le brevetage du vivant serait désormais interdit. Si cet article 9 de la Loi biodiversité est un premier pas dans ce sens, on en est malheureusement encore loin. Tout d'abord, il ne concerne que les plantes et les animaux. Les micro-organismes sont toujours brevetables sans restriction. On a par ailleurs longtemps cru que les interdictions européennes et françaises, déjà existantes depuis 1998 et 2004, de breveter les variétés végétales, les races animales et les « *procédés essentiellement biologiques* » suffiraient à interdire tout brevet sur les plantes et les animaux non transgéniques. Mais les progrès de la sélection assistée par marqueurs ont permis de contourner ces interdictions en déposant des brevets portant sur des ensembles de végétaux ou d'animaux obtenus exclusivement par des « *procédés essentiellement biologiques* », mais ne se limitant pas à une seule variété ou à une seule race et caractérisés par un des « *éléments qui les constituent* » (séquences génétiques, composants chimiques, cellules, graines, plants, feuilles, fruits...) et/ou par une « *information génétique* » qu'ils contiennent tous. Par « *information génétique* », on entend une information (paramètres ou marqueurs génétiques, moléculaires, chimiques, physiques, ou encore référence d'un échantillon déposé officiellement et accessible au public...) liée à un caractère héréditaire particulier, ou « *fonction* » (la résistance à un pathogène ou à un herbicide, la conservation, un intérêt nutritionnel...).

Un brevet permet de revendiquer un droit d'exploitation exclusif de toute plante ou animal issu de la reproduction ou de la multiplication du produit breveté. Comme on le verra plus loin, les brevets visés par cet article 9 permettent aussi d'étendre leur protection à tous les produits qui contiennent naturellement les « *éléments* » et/ou « *informations génétiques* » brevetés et qui expriment la « *fonction* » revendiquée, qu'ils soient ou non issus de la reproduction ou de la multiplication du produit breveté.

Cet article 9 constitue un signal politique fort en direction de l'Union européenne dont il veut faire évoluer les règles qui n'interdisent pas aujourd'hui ces brevets, mais il ne concerne concrètement aucun brevet existant. Il ne s'applique en effet qu'aux brevets français délivrés par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) et ne peut pas annuler les brevets accordés par l'Office européen des brevets (OEB). Cet Office applique uniquement la Convention sur le brevet européen (CBE) et son propre règlement d'exécution, en conformité avec la directive européenne 98/44, et non les lois nationales parfois divergentes de chacun des pays qui ont ratifié la CBE. Or l'inscription au catalogue officiel national d'une nouvelle variété dont les plantes peuvent contenir un « *élément* » ou une « *information génétique* » brevetés ouvre l'accès à l'ensemble du marché européen. Il en résulte que personne ne sollicite de brevets sur des plantes cultivées auprès de l'INPI et que toutes les demandes se font auprès de l'OEB.

Exemples

En 1997, l'entreprise néerlandaise Rijk Zwaan a déposé une demande de brevet portant sur toutes les laitues résistantes au puceron *Nasonovia ribisnigri*, dit Nr1, et n'exprimant pas le caractère de vieillissement prématuré des feuilles présent dans d'autres laitues résistantes au même puceron. Ce

⁵ <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-08-22/la-reconquete-de-la-biodiversite-de-la-nature-et-des-paysage>

brevet a été accordé par l’OEB en 2004 (n° du brevet à l’OEB : EP0921720 B1). Il porte aussi sur le procédé d’obtention. Mais l’absence de description d’un quelconque procédé d’obtention non « *essentiellement biologique* » a justifié plusieurs oppositions, dont celle de l’entreprise française Gautier Semences. Rijk Zwann a alors supprimé la revendication concernant le procédé d’obtention contesté et a maintenu ses autres revendications. Dans la description qu’il donne de son « *invention* », il indique que deux lignées exprimant les caractères revendiqués sont déposées à la collection nationale des bactéries pour l’industrie, la marine et l’agriculture du Royaume Uni (NCIMB). En 2007, l’OEB a confirmé cette nouvelle version (EP0921720 B2). Ce brevet accorde à Rijk Zwaan un monopole d’exploitation de toute laitue cultivée exprimant une résistance au puceron Nr1. Sans doute inquiet de la solidité de ce deuxième brevet, Rijk Zwaan a déposé en 2010 une nouvelle demande de brevet (EP2501220 A1, toujours en cours d’examen à ce jour) portant sur une laitue présentant la même résistance au même puceron que celle obtenue par croisements de laitues cultivées non résistantes avec une nouvelle souche « *représentative de cette résistance* » appartenant à une espèce commune de laitues sauvages (scariole) et déposée au NCIMB. Ce nouveau brevet ne revendique plus l’absence du caractère de vieillissement prématuré dont la nouveauté a été contestée et restreint le monopole d’exploitation aux seules laitues exprimant la même « *information génétique* » de résistance au puceron que la souche déposée. Il consolide ainsi la « *nouveauté* » de son invention en revendiquant un caractère issu de plantes sauvages qui était donc supposé ne pas exister dans des salades cultivées puisqu’il n’était l’objet d’aucune « *exploitation industrielle* » revendiquée avant la première demande de brevet.

L’entreprise Gautier commercialise des semences de laitues issues elles aussi de croisements avec une laitue sauvage exprimant la même « *information génétique* » qui code pour la même résistance au même puceron Nr1 que la souche de Rijk Zwaan. Mais il n’a jamais revendiqué « *l’exploitation industrielle* » de cette « *information génétique* » avant le dépôt de la première demande de brevet de Rijk Zwaan. Rien ne permettant de distinguer l’une de l’autre ces deux « *informations génétiques* », Gautier ne peut pas prouver qu’il n’a pas utilisé l’invention brevetée et a été contraint de négocier un droit de licence pour pouvoir continuer à commercialiser ses semences de salade. L’article 9 de la Loi biodiversité annulerait un tel brevet s’il était français : malheureusement, il est européen.

II. 2) La portée des brevets relatifs à une « *matière biologique* »

L’article 10 de la Loi biodiversité vient renforcer partiellement la portée de l’article 9 en établissant que « *la protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique⁶ dotée, du fait de l’invention, de propriétés déterminées ne s’étend pas aux matières biologiques dotées de ces propriétés déterminées, obtenues indépendamment de la matière biologique brevetée et par procédé*

⁶ Une « matière biologique » est « *une matière contenant des informations génétiques et qui est auto-reproductible ou reproductible dans un système biologique* » : une plante, un animal, ou leur composants (graines, plants, fruits, cellules, ...).

essentiellement biologique, ni aux matières biologiques obtenues à partir de ces dernières, par reproduction ou multiplication. »

Il vise à limiter la portée de l'article L613-2-3 du code français de la propriété intellectuelle (conforme à l'article 8 de la directive 98/44/CE) qui stipule que « *la protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication et dotée de ces mêmes propriétés.* » Il ne remet pas en cause la définition européenne de ce qui est brevetable ou non, définition qui reste, pour les brevets européens, de la seule compétence de l'Union européenne et de l'OEB. Il ne concerne que la mise en application sur le territoire français du droit exclusif d'exploitation accordé par un brevet, qu'il soit français ou européen. Cette mise en application relève de la seule compétence nationale de chacun des 38 membres de la CBE et est encadrée, pour les 27 membres de l'Union européenne, par la directive 98/44/CE.

Exemple

En 2006 l'entreprise Monsanto dépose une demande de brevet sur un melon résistant à un virus issu d'un croisement avec un melon identifié par son n° d'accession. Le brevet est accordé par l'OEB en 2011 (EP1962578 B1). L'accession revendiquée appartient à une sous-espèce de melon sauvage endémique des savanes d'Afrique subsaharienne qu'on retrouve aussi en Inde, qui regroupe de nombreux cultivars, certains donnant des graines utilisées dans l'élaboration de sauces. Le brevet de Monsanto ne couvre pas cette sous-espèce de melon puisqu'elle est déjà résistante à ce virus et qu'il n'y aurait donc aucune nouveauté ni invention à réaliser de nouveaux croisements dans ce but. Il couvre les melons appartenant à d'autres sous-espèces de melon cultivé dans lesquelles la résistance issue de l'accession indiquée par Monsanto a été introduite. Le brevet indique un marqueur génétique quantitatif permettant d'identifier la présence de cette résistance, ce qui facilite son identification et sa sélection au cours des croisements successifs.

La présence des marqueurs génétiques revendiqués dans le brevet de Monsanto dans un melon constitue une « *présomption de contrefaçon* » suffisante pour engager des poursuites contre celui qui l'exploite sans l'accord de Monsanto. Avant le vote de la Loi biodiversité, le présumé contrefacteur ne pouvait se défendre qu'en prouvant qu'il n'avait pas utilisé la « *matière biologique brevetée* » par Monsanto : impossible sur la base de marqueurs génétiques identiques dans son melon et celui de Monsanto. L'article 10 lui permettra de rejeter toute poursuite en indiquant simplement que son melon est issu exclusivement de « *procédés essentiellement biologiques* », par exemple la sélection suite à un croisement avec un des nombreux autres melons sauvages que celui utilisé par Monsanto, donc « *indépendamment de la matière biologique brevetée* ». C'est alors Monsanto, s'il veut maintenir ses poursuites, qui devra amener la preuve (et non une simple présomption) que c'est son invention qui a été utilisée : impossible sur la base des marqueurs génétiques identiques. S'il n'annule pas le brevet, cet article 10 rend au détenteur du brevet la charge de la preuve (de la contrefaçon ou de la non contrefaçon) que l'application des lois

actuelles de lutte contre la contrefaçon fait illégitimement reposer sur le présumé contrefacteur.

II. 3) La portée des brevets portant sur une « *information génétique* »

Malheureusement, cet article 10 limite la portée des seuls brevets portant exclusivement sur une « *matière biologique* ». Or l'écrasante majorité des brevets dont la protection peut s'étendre à des produits issus exclusivement de « *procédés essentiellement biologiques* » ne porte pas sur une « *matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées* », mais sur des produits contenant l'« *information génétique ou consistant en l'information génétique* » brevetée. Qu'ils soient ou non issus de la multiplication ou de la reproduction de la « *matière biologique* » utilisée par le détenteur du brevet, ils reproduisent et multiplient un produit contenant ou consistant en une « *information génétique* » brevetée. L'article L613-2-2 du code français de la propriété intellectuelle (qui reprend l'article 9 de la directive 98/44/CE) confirme que, « *la protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend à toute matière dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce la fonction indiquée* ». L'article 10 de la Loi biodiversité, ni aucun autre article de loi, ne limite la portée excessive de ces brevets portant sur une « *information génétique* ».

Exemples

L'article 10 ne permettra pas par exemple à l'entreprise Gautier de se défendre face au brevet de son concurrent Rijk Zwaan, y compris dans sa dernière formulation de 2010. Ce brevet repose pourtant lui aussi sur une souche identifiée et déposée. Mais ses revendications ne concernent pas uniquement les laitues issues de croisements avec des laitues cultivées à partir de graines de cette souche déposée. Elles s'étendent à toute laitue cultivée exprimant « *l'information génétique* » de résistance au puceron que l'on trouve dans les laitues cultivées à partir de graines de la souche déposée, quelle que soit l'origine de cette « *information génétique* ». Il devient dès lors impossible pour Gautier de démontrer que le « *produit* » breveté n'est pas « *incorporé* » dans sa salade et que celle-ci ne contient pas « *l'information génétique* » brevetée et n'exprime pas sa « *fonction* ».

Il en est de même pour tous les autres brevets revendiquant la protection d'un produit défini par une « *information génétique* » qu'il contient, ou « *consistant en une information génétique* », comme le chou brocoli de Plant BioSciences (EP1069819 B1) et la tomate ridée du Ministère israélien de l'agriculture (EP1211926 B1) qui ont récemment construit la jurisprudence de l'OEB.

Mais il existe bien d'autres brevets du même type qu'il est très difficile de recenser car l'OEB ne signale pas qu'il s'agit de brevets sur des produits issus de procédés essentiellement biologiques. Quelques exemples : le maïs résistant au charbon de Dupont/Pionner (EP 1874935) ; les

concombres à longue conservation (EP1931193 B1) et résistants au virus d'Enza Zaden (EP2240598 B1) ; la pastèque donnant de nombreux petits fruits de Limagrain/Clause (EP1816908 B1), le maïs à faible teneur en lignine pour une meilleure digestibilité de Limagrain/Biogemma (EP2173887 B1) ; le contrôle de la maturité du soja (EP2134870 B1), le melon résistant au clostérovirus (EP1962578 B1) et le brocoli tranché (EP 1597965 B1) de Monsanto ; la salade qui résiste à la décoloration de Rijk Zwaan (EP1973396 B1) ; la pastèque à petits fruit sans pépin (EP1503621 B1), le poivron sans pépin (EP 2 166 833 B1), la tomate riche en anti-oxydants flavonol (EP1515600 B1) et le poivron résistant à la mouche blanche de Syngenta (EP2140023 B1) ; ... On trouve aussi des brevets concernant les animaux comme le brevet portant sur des huîtres résistantes à divers pathogènes de l'entreprise française Novagraaf Technologies (EP 2 184 975 B1)

Conscient du problème posé par ces brevets, des Parlementaires ont proposé un amendement à la Loi biodiversité stipulant que « *la protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique ne s'étend pas aux matières biologiques exclusivement obtenues par des procédés essentiellement biologiques* ».

Mais cette proposition s'est heurté à ce que certains ont appelé « l'amendement Limagrain » qui a conduit le Parlement à rejeter cette limitation de la portée des brevets sur une « *information génétique* ». Le vote de cette proposition aurait pourtant rendu inapplicable en France les droits des titulaires de brevets européens portant sur des « *informations génétiques* » caractérisant des traits natifs, brevets clairement rejetés par le même Parlement lorsqu'il a voté l'article 9.

L'Union Française des Semenciers (UFS) milite de son côté pour que ces brevets soient interdits aussi au niveau européen, suivant en cela les lois nationales allemande, néerlandaise et maintenant française qui rendent non brevetables les produits issus de « *procédés essentiellement biologiques* » d'obtention de végétaux et d'animaux. La société Limagrain a déposé avec Syngenta plusieurs oppositions contre le brevet sur le brocoli, alors que ces deux sociétés détiennent plusieurs brevets du même type : brevets détenus à contre-cœur pour « survivre dans un monde concurrentiel » ou volonté d'obtenir une jurisprudence favorable à leurs brevets et non à ceux de leur concurrents ? On ne peut pas comprendre les raisons de cette apparente incohérence sans se pencher sur les « OGM cachés » et les « nouvelles techniques de modification génétique ».

II. 4) Les OGM cachés brevetés

Les premières plantes cultivées brevetées ont tenté de rentrer massivement en Europe avec les OGM transgéniques. Mais dès la fin des années 1990, la population européenne s'est fortement opposée à ces OGM rejetés par les consommateurs dès lors qu'ils sont étiquetés comme tels et qui, sauf en Espagne, n'ont jamais pu y être cultivées largement. Cultivées sur le continent américain, ils ne rentrent en Europe que pour nourrir des animaux dont les produits (lait, viande, œufs...) sont commercialisés sans être étiquetés. En France, les fortes mobilisations paysannes et citoyennes ont en quelques années amené les firmes à renoncer à leurs essais, puis abouti à partir de 2008 à

plusieurs moratoires, une loi OGM interdisant toute dissémination d'OGM ne respectant pas les cultures et filières « *sans OGM* » et une ouverture des instances d'évaluation des OGM (Haut Conseil des Biotechnologies) aux organisations paysannes, environnementales et de la société civile. En 2014 une loi interdisant toute culture de maïs OGM (les seuls OGM autorisés à la culture en Europe) a été votée suivie quelques mois plus tard d'une loi annulant la protection du brevet en cas de contamination de végétaux par une « *information génétique brevetée* »⁷.

Dès la rédaction des premières directives européennes concernant les OGM (1990) puis les brevets sur les biotechnologies (1998), l'industrie a cherché à se préserver d'autres voies que la transgénèse pour vendre des semences et des animaux brevetés. Depuis 1990, les OGM végétaux et animaux issus de fusion cellulaire et de mutagenèse sont exclus du champ d'application de la réglementation OGM. En 1998, la directive 98/44 établit que les procédés techniques non « *essentiellement biologiques* » et « *microbiologiques* » sont brevetables, tout comme les produits qui en sont issus. La mutagenèse sur plante entière ou partie de plante (graines, feuilles...) est un procédé technique non « *essentiellement biologique* », la mutagenèse sur cellule végétale ou animale multipliées *in vitro* est un « *procédé microbiologique* » tout comme la fusion cellulaire. Une fenêtre réglementaire permettant de commercialiser des plantes et des animaux brevetés mais non étiquetés OGM a ainsi été ouverte. Elle sera exploitée en toute discrétion par l'industrie pendant de nombreuses années alors que le débat médiatique braquait ses projecteurs sur les seuls OGM transgéniques.

Exemple

1) En 2003, la société américaine Arcadia Biosciences a déposé une demande de brevet pour un gène « non transgénique » objet de diverses mutations permettant d'obtenir un blé à faible teneur en amylose et riche en amylopectine (blé waxy). Ces blés sont utilisés dans l'industrie alimentaire pour améliorer la texture et la sensation en bouche de la mie de pain et des pâtes ainsi que la stabilité à la congélation/décongélation, épaissir les sauces... Le brevet est accordé par l'OEB en 2013 (EP1708559 B1). Ce blé a été obtenu par mutagenèse assistée par marqueurs (tilling), il peut donc être commercialisé sans être soumis à la réglementation OGM et le brevet ne serait pas annulé si la non-brevetabilité des produits issus exclusivement de « *procédés essentiellement biologique* » était adoptée au niveau européen. Il couvre cependant toute utilisation de graines ou de plantes de blé comprenant l'une des « *informations génétiques* » responsables de cette richesse en amylopectine, quel que soit le mode d'obtention de ce blé.

Les promoteurs de la mutagenèse défendent tous la thèse voulant que cette technique ne fait qu'accélérer les mutations naturelles afin d'augmenter la diversité disponible. Des blés contenant des « *informations génétiques* » semblables à celles obtenues par mutagenèse peuvent donc être obtenus aussi par sélection de mutants spontanés au champ, qui est un « *procédé essentiellement biologique* ». Mais la description faite dans le brevet des diverses recombinaisons génétiques obtenues par mutagenèse codant pour le caractère revendiqué ne permet pas de les distinguer de séquences ou « *d'informations génétiques* » résultant de mutations naturelles. Ce n'est pas le cas

⁷ « en cas de présence fortuite ou accidentelle d'une information génétique brevetée dans des semences, des matériels de multiplication des végétaux, des plants et plantes ou parties de plantes »

de la plante entière qui a subi de nombreuses autres modifications dites non intentionnelles qui permettrait de la distinguer d'une plante issue exclusivement de « *procédés essentiellement biologiques* »

Mais le brevet de Monsanto repose sur la description des séquences génétiques et de la qualité de l'amidon qui en découle et non de la plante de blé entière. Cette similitude suffit pour établir une présomption de contrefaçon contre l'obteneur qui aura sélectionné un mutant spontané. S'il est poursuivi, il devra prouver qu'il n'a pas utilisé l'invention brevetée... ce qu'il ne pourra pas faire vu l'impossibilité de distinguer son « *information génétique* » de celle qui est brevetée. Même si rien ne permet non plus de prouver qu'il a effectivement utilisé l'invention brevetée, la jurisprudence de la protection absolue du brevet⁸ suffit en effet pour le condamner.

2) En 2001, le semencier étasunien Pioneer dépose une demande de brevet pour tout tournesol contenant un trait de tolérance aux herbicides de type sulfonylurée identique à celui contenu dans trois lignées déposées obtenues par mutagenèse. Ce brevet sera accordé par l'OEB en 2013 (EP1261252 B1). L'Union européenne a toujours refusé la culture des OGM tolérant un herbicide. Obtenir le même produit génétiquement modifié par mutagenèse au lieu de transgenèse permet de le commercialiser pour la culture. Les tournesols tolérant à ces herbicides obtenus par mutagenèse couvrent aujourd'hui 2,85 millions d'hectares dans l'Europe élargie (y compris Turquie et Russie qui achètent les semences produites en Europe). Obtenu par transgenèse, il n'aurait pas obtenu d'autorisation européenne pour la culture.

BASF commercialise des tournesols tolérant le même herbicide obtenu par sélection d'un mutant « spontané »⁹ au champ. Ces tournesols sont brevetés aux États-Unis où Pioneer et BASF se sont mutuellement accusés de contrefaçon de leurs brevets respectifs vu que rien ne permet, dans les descriptions faites des produits obtenus par chacun des deux brevets, de les distinguer l'un de l'autre. Il semble qu'ils aient trouvé une solution négociée avant qu'un tribunal ne vienne mettre son nez dans cet abus flagrant du droit des brevets. Il est en effet pour le moins illégitime de revendiquer un titre de propriété sans décrire avec suffisamment de précision l'objet concerné afin de pouvoir étendre ce titre de propriété aux biens d'autrui qui ont le malheur de ressembler à cette description incomplète.

Sauf quelques rares exceptions, les brevets sur des plantes obtenues par mutagenèse revendiquent tous une « *information génétique* » et non une « *matière biologique* ». On trouve là une première explication à « l'amendement Limagrain » ainsi qu'aux manœuvres du Ministère de l'Agriculture destinées à empêcher le Parlement de légiférer sur les variétés rendues tolérantes aux herbicides par mutagenèse. En première lecture de la Loi, la Ministre de l'Écologie avait en effet obtenu le report

⁸ Décision de la Chambre de recours technique 3.3.04, en date du 8 juillet 2013 - [T 83/05](#) : « La chambre n'ignore pas qu'en vertu de la jurisprudence constante, une revendication de produit caractérisé par son procédé d'obtention englobe non seulement les produits effectivement obtenus par le procédé concerné, mais également ceux qui, en termes de structure, sont identiques à ces produits et qui sont obtenus par un procédé différent (cf. décisions [G 1/98](#), point 4 des motifs ; [T 219/83](#), JO OEB 1986, 211, point 10 des motifs)

⁹ Cette mutation qualifiée de « spontanée » résulte quand même de l'usage intensif et répété d'herbicides qui n'a rien de spontané ni de naturel.

du débat sur ce sujet à la seconde lecture en promettant que les conclusions de l'ANSES, qu'elle avait saisie sur ce sujet, seraient alors disponibles. L'ANSES a, dans la foulée, demandé diverses informations statistiques détenues par le Ministère de l'Agriculture qui ne les a fournies... qu'après la deuxième lecture de la loi qui a ainsi été finalisée sans aborder ce sujet ! En attendant, les surfaces cultivées avec ces OGM cachés tolérant les herbicides ne cessent de progresser.

II. 5) les nouveaux OGM en embuscade

Les pressions de l'industrie ont conduit au rejet d'un amendement visant à réglementer les nouveaux OGM issus des techniques récentes de génie génétique et de bio-informatique baptisées « nouvelles techniques de sélection » (New Breeding Techniques), alors qu'il s'agit bien de techniques de modifications génétiques et non de simple sélection. L'objectif affiché de l'industrie est d'éviter le rejet des consommateurs que provoquerait un étiquetage OGM. Mais elle a un autre objectif non avoué : la réglementation OGM rend obligatoire la traçabilité, par un identifiant génétique, chimique, physique et/ou documentaire permettant de distinguer le produit OGM de tout produit non OGM. En l'absence de réglementation OGM, rien n'oblige l'industrie d'indiquer ce qui permet de distinguer les plantes et les animaux dont elle a modifié et breveté les gènes, de plantes et d'animaux obtenus exclusivement par des « *procédés essentiellement biologiques* » et porteurs « *d'informations génétiques* » semblables. **Ces OGM cachés mais brevetés permettent à une poignée de multinationales de s'appuyer sur les articles 8 et 9 de la directive 98/44/CE pour étendre la protection de ses brevets à l'ensemble des « *informations génétiques* » natives essentielles de la biodiversité agricole et de s'emparer ainsi du contrôle de l'ensemble de la chaîne alimentaire.**

Exemples

L'OEB a publié en juin 2014 une demande de brevet déposé par la société néerlandaise Inova Fruit portant sur un gène de résistance à la tavelure qu'elle a identifié dans une pomme ornementale puis introduit par cisgénèse dans des variétés de pommes de consommation. La cisgénèse est une forme de transgénèse utilisée pour introduire dans un organisme une nouvelle construction génétique issue d'organismes sexuellement compatibles. La même séquence génétique pourrait donc être introduite par des procédés « *essentiellement biologiques* » non brevetables. La cisgénèse est présentée comme plus rapide, mais a surtout « l'avantage » d'être brevetable, tout comme les produits qui en sont issus. Des pommes de terre résistantes au mildiou obtenues aussi par cisgénèse ont été mises au point par les mêmes équipes de chercheurs de l'Université de Wageningen. Le gouvernement néerlandais qui a financé ces recherches organise une puissante campagne de pression auprès de l'Union européenne pour que la cisgénèse et l'ensemble des nouvelles techniques de modification génétique échappent à la réglementation européenne.

Si ces produits issus de cisgénèse sont réglementés comme des OGM, leurs obtenteurs seront obligés d'assurer la traçabilité des produits qui en sont issus et de les étiqueter lors de leur mise en marché. Cette obligation permettrait de distinguer une pomme ou une pomme de terre brevetées

obtenues par cisgénèse de pommes ou de pomme de terre présentant les mêmes caractères que ceux protégés par les brevets mais obtenus exclusivement par des « *procédés essentiellement biologiques* ». Si par contre ces produits ne sont pas réglementés, rien n'obligera le titulaire du brevet à assurer cette distinction. Cela lui permettra de poursuivre en contrefaçon les semenciers qui commercialisent et les paysans qui cultivent des plantes contenant la même information génétique, y compris si elles ont été obtenues exclusivement par des « *procédés essentiellement biologiques* » et indépendamment de toute utilisation de l'invention brevetée. Il en sera de même de tous les produits issus des nouvelles techniques de modification génétique s'ils venaient à être déréglementés alors qu'ils sont toutes brevetables.

II. 6) Les brevets sur des « *informations génétiques* » issues de procédés multiples

Depuis plusieurs années, la Commission européenne annonce la publication d'un avis sur le statut juridique des « New Breeding Techniques ». En attendant, elle a recommandé aux États de ne pas autoriser la dissémination des produits qui en sont issus sans leur appliquer la réglementation OGM. Cette recommandation n'a pas de valeur contraignante. Mais la Commission a rappelé dans une note aux gouvernements que toute commercialisation ne respectant pas la réglementation OGM devra faire l'objet d'une régularisation dans le cas où elle concernerait un produit finalement classé comme OGM. Depuis, la Commission ne parle plus d'une prochaine publication d'un avis juridique.

En France, le gouvernement, l'INRA et l'Union Française des Semenciers appuient la campagne menée par le gouvernement néerlandais pour déréglementer les nouveaux OGM. Le Ministère français de l'Agriculture a fait siennes les conclusions d'un rapport provisoire et tronqué du Comité scientifique du Haut Conseil des Biotechnologies demandant cette déréglementation. Selon ce rapport, certaines de ces techniques produiraient des plantes non distinguables d'une plante d'une même espèce obtenue par croisement conventionnel. Une telle imprécision de vocabulaire est difficilement compréhensible venant d'une autorité scientifique. En effet, si la description faite par les chercheurs des « *informations génétiques* » obtenues par ces techniques n'est pas distinguable « *d'informations génétiques* » semblables obtenues par croisements conventionnels, il n'en est pas de même de la plante entière qui a subi, au cours des diverses manipulations de son patrimoine génétique, bien d'autres réarrangements génétiques ou épigénétiques non intentionnels qui permettent de la distinguer de toute plante obtenue par croisement conventionnel. De plus, la traçabilité obligatoire résultant de la réglementation OGM garantit elle aussi cette distinction. Cela n'a pas empêché le gouvernement de s'appuyer sur ce vrai faux avis scientifique pour commencer à mettre en place les dispositifs destinés à enregistrer directement au catalogue les variétés issues de ces techniques de modification génétique afin d'en commercialiser les semences sans se soucier de la réglementation OGM.

De son côté, l'OEB accorde de plus en plus de brevets sur des plantes contenant des « *informations génétiques* » pouvant être obtenues tout autant par mutagenèse, par transgénèse ou par des

nouvelles techniques de modification génétique que par des « *procédés essentiellement biologiques* ». Les revendications de ces brevets portent sur le produit (la plante contenant l'information génétique) indépendamment des divers procédés pouvant être mis en œuvre pour l'obtenir. Quelle que soit la réglementation concernant les nouvelles techniques de modification génétique, les produits ainsi brevetés pourront donc toujours être commercialisés comme non-OGM.

Exemple

En 2001, la société Limagrain a déposé avec un centre de recherche australien, une demande de brevet portant sur les blés et les farines caractérisés par diverses variantes du niveau d'expression de deux ensembles de gènes (SBEIIb et SBEIIa)¹⁰ liées à une augmentation du taux d'amylose de l'amidon et sur les procédés d'identification de ces diverses informations génétiques. Le brevet est accordé par l'OEB en 2013 (EP1263961B1). Il couvre toute graine, plante et farine de blé comprenant l'une des « *informations génétiques* » revendiquées, quel que soit le mode d'obtention de ce blé. Aucun procédé d'obtention n'est revendiqué. La description du brevet indique qu'un des ancêtres sauvages du blé est porteur de telles « *informations génétiques* » et que la transgénèse est une technique connue des sélectionneurs qui peut être utilisée pour les introduire dans le blé cultivé.

En 2003, la société Limagrain a déposé avec le même centre de recherche australien une nouvelle demande de brevet pour un blé à l'amidon riche en amylose apportant un bénéfice pour la santé. Le brevet est accordé par l'OEB en 2011 (EP1649022 B1). Il couvre toute graine, plante ou amidon de blé et leur utilisation, comprenant « *l'information génétique* » responsable de ce taux d'amylose, quel que soit le mode d'obtention de ce blé. Les variations génétiques revendiquées concernent soit les gènes SBEIIa, soit les gènes SBEIIa et SBEIIb. Ce sont les mêmes gènes que le précédent brevet déposé en 2001, avec le même objectif d'augmentation du taux d'amylose. Ce brevet revendique ensuite deux procédés de modification génétique permettant de modifier ces gènes afin d'augmenter le taux d'amylose, soit par transgénèse, soit par mutagenèse. Mais il ne limite pas la portée des revendications sur les diverses « *informations génétiques* » à l'utilisation d'un de ces deux procédés. La description du brevet n'exclue pas la possibilité d'obtenir de tels blés par d'autres nouvelles techniques de modification génétique ou par des procédés essentiellement biologique. Elle indique seulement que l'obtenteur a cherché, mais n'a pas trouvé de mutant de blé cultivé existant. Rien ne dit cependant que des blés contenant une « *information génétique* » semblable ne peuvent pas être aussi obtenus par sélection de mutants spontanés au champ qui est un « *procédé essentiellement biologique* ». Le fait que Limagrain n'ait pas trouvé de mutant « naturel » ne veut pas dire qu'ils ne peuvent pas exister.

S'ils ne sont pas issus de transgénèse, ces blés peuvent être commercialisés et cultivés en Europe

¹⁰ Le blé est constitué de trois génomes (portant les gènes) constitués chacun de deux chromosomes (portant chacun un allèle pour chaque gène). C'est pourquoi on dit que le blé est hexaploïdes (six chromosomes). Pour qu'un caractère s'exprime suffisamment, il faut qu'un nombre suffisant d'allèles qui codent pour ce caractère soient présents. Le brevet de Limagrain porte sur diverses variantes de nombre d'allèles de ces deux gènes codant pour diverses augmentations du taux d'amylose.

sans tenir compte de la réglementation OGM. Par ailleurs, aucun des deux brevets ne sera annulé si la réglementation européenne refuse la brevetabilité des produits issus de « *procédés essentiellement biologiques* » comme le demande l'UFS. Enfin, l'extension de la portée de leur protection à des gènes natifs n'est pas entravée par l'article 10 de la Loi biodiversité. La description faite dans les deux brevets des diverses « *informations génétiques* » revendiquées ne permet en effet pas de les distinguer de séquences génétiques résultant de mutations naturelles. Comme vu précédemment avec les « *informations génétiques* » brevetées issues de mutagenèse, cette similitude suffit pour établir une présomption de contrefaçon et condamner l'obteneur qui commercialise et l'agriculteur qui cultive un mutant spontané contenant une des « *informations génétiques* » brevetées. Ceci explique sans doute le vote de « l'amendement Limagrain » à la Loi biodiversité visant à ne pas interdire l'extension de la portée des brevets portant sur une « *information génétique* » aux produits issus exclusivement de « *procédés essentiellement biologiques* » contenant cette « *information génétique* » et exprimant sa fonction.

Depuis quelques années, l'OEB délivre de nombreux brevets du même type. Quelques autres exemples : le maïs gélatineux à haute teneur en amylose de Bayer (EP2158320) ; le maïs à taux de phytose réduit de Dow/Pionner (EP1786901B1) ; le maïs résistant à l'anthracnose de DuPont/Pionner (EP 1874935) ; la laitue résistante au Brémia d'Enza Zaden (EP2115147 B1) ; le blé ayant une tolérance accrue aux herbicides imidazolinone de Northwest Plant Breeding Company/Pionner (EP1420629 B1) ; le sorgho tolérant un herbicide de la Kansas State University Research Foundation (EP2114125 B1) ; tomates de longue conservation de la société espagnole Semillas Fito (EP2255006 B1) ; blé à dormance modifiée de Syngenta (EP1947925 B1) ; ...

Cette nouvelle manière d'écrire les demandes de brevet est apparue immédiatement après le vote des directives 98/44 sur les brevets et 2001/18 sur les OGM. Depuis, elle n'a cessé de se développer et de se perfectionner. La recette est toujours la même : ne revendiquer la protection que du produit caractérisé par une « *information génétique* » et non une « *matière biologique* » ; les procédés d'obtention non « *essentiellement biologiques* » évoqués dans la description du brevet, ou parfois revendiqués uniquement comme une des possibilités parmi d'autres d'obtenir le produit breveté, visent à démontrer que ce produit n'est pas issu exclusivement de « *procédés essentiellement biologiques* », alors même que le discours scientifique dominant qui vise à l'exclure de la réglementation OGM affirme par ailleurs qu'il pourrait très bien être obtenu par de tels « *procédés essentiellement biologiques* ».

Tant que le titulaire d'un brevet ne sera pas contraint d'indiquer ce qui permet de distinguer l'objet de son invention d'objets semblables existant ou pouvant exister naturellement, il sera impossible d'empêcher l'extension de la protection d'un brevet à des traits natifs et, par là, la privatisation de l'ensemble des ressources génétiques existantes. C'est pourquoi des Parlementaires ont repris une proposition du collectif « Semons La Biodiversité » visant à supprimer de tels brevets en interdisant la brevetabilité « *des végétaux et des animaux, y compris les éléments qui les constituent et les informations génétiques qu'ils contiennent, exclusivement obtenus par des procédés essentiellement*

biologiques ou pouvant être obtenus par de tels procédés ». Malheureusement, les lobbys veillent et le Parlement n'a pas voté cette actualisation indispensable du code de la propriété intellectuelle.

Les brevets sur des traits natifs n'existent en effet que suite aux progrès fulgurants du séquençage génétique et de la sélection assistée par marqueurs (SAM) qui ont suivi les votes de la dernière directive européenne sur la « *brevetabilité des inventions biotechnologiques* » (98/44). Les firmes semencières ont déjà identifié les séquences génétiques concernées. L'introduction de ces caractères génétiques par les nouvelles techniques de modification génétique plutôt que par croisements ou par mutagenèse devient une routine pour les entreprises disposant de moyens de génie génétique et de bio-informatique. De plus, elle est souvent plus rapide. La généralisation de ces nouveaux OGM n'est plus qu'une question de temps qui doit permettre, pour les firmes semencières, l'inscription effective dans la loi de leur déréglementation, éventuellement accompagnée, pour satisfaire l'opinion, d'une exclusion de la brevetabilité des produits issus de « *procédés essentiellement biologiques* » dont elles n'ont plus besoin ... sauf si les mobilisations citoyennes arrêtent ces nouveaux OGM brevetés comme elles ont su arrêter les OGM transgéniques.

Avec la Loi biodiversité, la reconnaissance des droits des agriculteurs a franchi une nouvelle étape. Il ne reste qu'à préparer les prochaines en arrêtant d'agiter les épouvantails d'un passé disparu pour viser les nouveaux obstacles actuellement dressés par l'industrie semencière.