



HAL
open science

Le cas des semences de ferme : indice d'une dérive du droit des obtentions végétales

Carine Bernault

► **To cite this version:**

Carine Bernault. Le cas des semences de ferme : indice d'une dérive du droit des obtentions végétales. Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec, LexisNexis, pp.573, 2014, 978-2-7110-1857-4. <halshs-01004385>

HAL Id: halshs-01004385

<https://shs.hal.science/halshs-01004385v1>

Submitted on 11 Jun 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

LE CAS DES SEMENCES DE FERME : INDICE D'UNE DÉRIVE DU DROIT DES OBTENTIONS VÉGÉTALES

Carine BERNAULT

La consécration d'un droit propre aux obtentions végétales ne s'impose pas. L'article 27, 3° *b*) de l'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), conclu dans le cadre de l'OMC, offre en effet une alternative aux États s'agissant de la protection des variétés végétales. Il est possible d'opter pour le droit des brevets, pour « un système *sui generis* efficace » ou pour une combinaison de ces deux moyens. De nombreux États hésitent encore à adopter un régime propre aux obtentions végétales et en janvier 2013, soixante et onze pays étaient membres de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), seize autres ayant entamé une procédure d'adhésion. La France a opté pour ce régime pour des raisons très convaincantes. Il s'agit essentiellement de tenir compte de la spécificité de l'objet protégé (une variété végétale donc un organisme vivant) et d'écarter le régime du droit des brevets jugé trop favorable à l'inventeur. Dès les premières lignes de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, dite Convention UPOV, dans la version adoptée le 2 décembre 1961, on peut ainsi lire que « la reconnaissance et la protection du droit du créateur dans ce domaine » soulèvent des « problèmes particuliers » et notamment « des limitations que peuvent imposer au libre exercice d'un tel droit les exigences de l'intérêt public ».

Le droit des obtentions n'a donc de sens et d'intérêt que s'il présente des spécificités par rapport aux autres droits de propriété intellectuelle et spécialement au droit des brevets. Pourtant, les évolutions législatives récentes font craindre un affadissement et un alignement du droit des obtentions végétales sur les logiques des autres droits de propriété intellectuelle. Le cas des semences de ferme, également appelé « privilège de l'agriculteur », apparaît comme un excellent révélateur de ce glissement. Ces semences de ferme ont fait leur entrée dans le Code de la propriété intellectuelle avec la loi du 8 décembre 2011. Auparavant, seul un accord interprofessionnel relatif au blé tendre autorisait cette pratique¹. L'article L. 623-24-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose désormais :

1. Accord du 26 juin 2001 rendu obligatoire par arrêté ministériel du 13 juillet 2001 : *JO* 28 juill. 2001, p. 12224. Cet accord a fait l'objet de reconductions qui ont elles-mêmes été

« Les agriculteurs ont le droit d'utiliser sur leur propre exploitation, sans l'autorisation de l'obteneur, à des fins de reproduction ou de multiplication, le produit de la récolte qu'ils ont obtenu par la mise en culture d'une variété protégée ».

En contrepartie, on exige d'eux, dans certains cas, le paiement à l'obteneur d'une « indemnité ». On peut voir cette évolution comme un progrès dans la mesure où la pratique des semences de ferme constituait jusqu'alors, en droit français, un acte de contrefaçon². On peut aussi considérer, notamment dans une perspective internationale et historique sur laquelle on reviendra, qu'il s'agit d'une régression qui limite considérablement la possibilité de recourir à ces semences et impose aux agriculteurs le paiement d'une rémunération trop souvent perçue, certes à tort, comme une nouvelle « taxe ». Dans ce contexte, on comprend que les débats parlementaires précédant le vote de la loi du 8 novembre 2011 aient été quelque peu houleux³.

Cette loi illustre, nous semble-t-il, une perte de la spécificité précédemment évoquée du droit des obtentions végétales. D'ailleurs, lors des travaux parlementaires, des rapprochements avec d'autres droits de propriété intellectuelle, et singulièrement le droit d'auteur, ont été opérés à l'occasion des discussions portant sur les semences de ferme. Alors que certains évoquaient une « HADOPI paysanne »⁴, d'autres plaidaient plutôt pour une forme de « licence globale »⁵ et certains ont justifié le versement d'une rémunération aux obteneurs « au même titre qu'une association ou une commune diffusant de la musique paie une petite redevance à la SACEM »⁶.

Il est légitime que le cas des semences de ferme conduise à opérer des rapprochements entre le droit des obtentions végétales et d'autres droits de propriété intellectuelle, spécialement le droit des brevets et le droit d'auteur. En effet, une semence, comme une œuvre ou une invention, peut être reproduite à l'identique. Si cette « duplication » est réalisée à des fins commerciales, elle doit être autorisée par le titulaire des droits de propriété intellectuelle. En dehors de la sphère commerciale, certains actes peuvent être autorisés pour la recherche ou à des fins d'usage personnel. Ainsi, l'exception pédagogique permet d'utiliser des extraits d'œuvres pour l'enseignement ou la recherche⁷ et « les droits conférés par le bre-

rendues obligatoires. V. ainsi le dernier arrêté du 4 août 2010 pour les campagnes de commercialisation 2010-2011 à 2012-2013 (*JO* 12 août 2010, p. 14852).

2. V. ainsi : TGI Nancy, 15 mai 1987 : *PIBD* 1987, 420, III, 378. – Confirmé par CA Nancy, 13 sept. 1988 : *PIBD* 1988, 446, III, 572. – TGI Paris, 22 juin 1989 : *PIBD* 1989, 463, III, 489. – TGI Paris, 26 oct. 1989 : *PIBD* 1990, 472, III, 91. – TGI Paris, 10 févr. 2006 : *RTD com.* 2077, p. 526, obs. J.-C. GALLOUX.
3. Le 11 décembre 1996, un projet de loi n° 145 relatif aux obtentions végétales était déjà déposé au Sénat pour faire évoluer le droit français, notamment sur la question des semences de ferme. Il ne sera finalement pas adopté.
4. T. LAZARO, Rapp. AN n° 3940, 15 nov. 2011, intervention F. BROTTES, p. 36.
5. *Ibid.*, intervention A. SUGUENOT, p. 46.
6. M. RAISON, débats AN, 9 nov. 2011.
7. CPI, art. L. 122-5, 3° *e*).

vet ne s'étendent pas aux actes accomplis à titre expérimental »⁸. De même, l'auteur ne peut interdire « les copies strictement réservées à l'usage privé du copiste »⁹ et les « actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales »¹⁰ peuvent être effectués sans l'autorisation du breveté. La possibilité pour un agriculteur d'utiliser des semences de ferme pourrait donc s'apparenter à ces exceptions à des fins d'usage privé. Le rapprochement avec l'exception de copie privée prévue en droit d'auteur semble *a priori* particulièrement pertinent dans la mesure où celle-ci s'accompagne d'une rémunération versée aux ayants droit. Par ailleurs, s'agissant de l'exception de copie privée comme du privilège de l'agriculteur, nous sommes en présence d'exceptions considérées comme facultatives par l'article 15-2° de la Convention UPOV et l'article 5-2 *b*) de la directive n° 2001/29/CE.

Pourtant, aussi logiques que puissent apparaître ces rapprochements, ils révèlent une profonde évolution du droit des obtentions végétales. Il convient donc de s'interroger sur la nature de ce privilège de l'agriculteur (I) ainsi que sur ses conditions de mise en œuvre (II) pour mesurer l'ampleur de cette dérive.

I. – LA NATURE DU PRIVILÈGE DE L'AGRICULTEUR

La nature de ce privilège a évolué au fil des années (A), mais il ne fait aujourd'hui plus de doute qu'il s'agit d'une exception au droit exclusif de l'obteneur, cette qualification entraînant un certain nombre de conséquences (B).

A. – Une nature évolutive

Si le privilège de l'agriculteur est facultatif dans la Convention UPOV, il ne l'est pas dans le règlement n° 2100/94¹¹, mais cela ne nous dit rien sur sa nature. Il faut alors s'arrêter sur le vocabulaire utilisé. S'agissant de ce privilège, on ne retrouve pas les formules de l'article 5 de la directive n° 2001/29/CE (« les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit... ») ou même de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle (« lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire... ») qui font de la copie privée

8. CPI, art. L. 613-5, *b*).

9. CPI, art. L. 122-5, 2°.

10. CPI, art. L. 613-5, *a*).

11. L'article 14 indique clairement que « les agriculteurs sont autorisés à utiliser (...) le produit de la récolte obtenu par la mise en culture, dans leur propre exploitation, de matériel de multiplication d'une variété bénéficiant d'une protection communautaire des obtentions végétales autre qu'une variété végétale hybride ou synthétique » et l'un des considérants dispose que « l'agriculteur doit être autorisé à utiliser, selon certaines modalités, le produit de sa récolte à des fins de propagation ».

une exception au droit exclusif. Au contraire même, on affirme que l'agriculteur est « autorisé à utiliser » les semences de ferme¹², voire même qu'il a « le droit d'utiliser » ces semences¹³. Et si l'article 14 du règlement a pour titre « Dérogation à la protection communautaire des obtentions végétales », il n'est pas expressément question ici d'« exceptions ou limitations » comme dans la directive n° 2001/94. Par ailleurs, le terme dérogation n'apparaît pas exempt d'ambiguïté. Un texte déroge à un autre lorsqu'il s'en écarte, s'y oppose. Le privilège de l'agriculteur s'oppose donc au droit exclusif de l'obtenteur, mais quelle est sa nature : exception ou limite ?

Le droit français n'est pas plus clair sur le sujet. La section 2 *bis* est sobrement intitulée « Semences de ferme » et l'article L. 623-24-1 du Code de la propriété intellectuelle débute par les mots : « Par dérogation à l'article L. 623-4 ». L'examen des travaux parlementaires révèle que cette sobriété n'est pas le fruit du hasard. En effet, dans la version initiale du texte, cette section 2 *bis* portait expressément le titre « Dérogation ». Le rapporteur au Sénat a obtenu la disparition de ce mot au motif que « les agriculteurs considèrent la possibilité de semer leur récolte année après année comme un droit ancestral. Même si ce droit s'analyse juridiquement comme une dérogation au droit de propriété intellectuelle offert par le COV à l'obtenteur, leur position paraît juste »¹⁴. Donc, pour résumer, on est en présence d'une dérogation au droit exclusif, mais il est juste de dire que les agriculteurs ont un droit au réensemencement ! Les propos tenus au Parlement n'ont donc pas été des plus cohérents, le privilège de l'agriculteur étant tantôt une « simple faculté »¹⁵, tantôt un droit¹⁶. Ces approximations ne sont pas totalement surprenantes et il ne faut sans doute pas leur donner trop d'importance. En effet, à titre de comparaison, en matière de copie privée d'une œuvre, il ne fait aucun doute que l'on est présence d'une exception et non d'un droit¹⁷. Or, il faut constater que la rigueur n'est pas toujours de mise. Ainsi, le rapporteur à l'Assemblée nationale du texte de la future loi du 1^{er} août 2006 a parfois évoqué

12. Règl. n° 2100/94, art. 14.

13. CPI, art. L. 623-24-3.

14. R. POINTEREAU, *Rapport fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire*, Sénat, 15 juin 2011, n° 618, p. 53. V. aussi, lors des débats au Sénat : « Vous préférez reconnaître explicitement la pratique des semences de ferme plutôt que de parler de dérogation en faveur des agriculteurs », intervention D. RAOUL, 8 juill. 2011.

15. Intervention R. POINTEREAU, Sénat, 8 juill. 2011 : « L'utilisation de semences de ferme doit demeurer une simple faculté pour l'agriculteur, qui ne doit pas avoir à se justifier ».

16. V. ainsi l'intervention du ministre M. OLLIER, évoquant « le droit à l'utilisation des semences de ferme pour l'agriculture » (débat Sénat, 8 juill. 2011). – V. aussi les propos de M^{me} BLANDIN : « Les écologistes considèrent que le droit des agriculteurs à ressemer une partie de leurs récoltes est un droit immémorial et fondamental » (*ibid.*). À l'Assemblée nationale, V. par ex. l'intervention de M. PEIRO (« Le droit à ressemer, que réclament les agriculteurs, doit être inaliénable »), débats AN, 9 nov. 2011.

17. En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 102, obs. C. CARON ; *RTD com.* 2008, p. 531, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2009, pan. p. 1992, obs. J. LARRIEU.

un « droit à la copie privée »¹⁸. Le droit étant d'abord un langage, on peut regretter ces circonvolutions, mais cela ne peut pour autant nous permettre de fixer avec précision la nature de ce privilège de l'agriculteur.

Alors, puisque le terme dérogation ne nous éclaire pas, il reste à savoir si ce privilège est une exception, une limite ou un droit. Généralement, l'exception désigne l'hypothèse dans laquelle le droit exclusif « cède par dérogation aux principes gouvernant la matière »¹⁹. En revanche, une limite vise à « borner le droit »²⁰ en ce sens qu'ici, le droit exclusif ne peut être appliqué. La limite peut alors être interne lorsqu'elle résulte des règles propres à la discipline (la non-protection des idées en droit d'auteur par exemple) ou externe si elle est issue d'autres règles, comme par exemple le droit de la concurrence.

Précisément, s'agissant du privilège de l'agriculteur, il semble que la réponse a varié dans le temps. Puisque ce privilège est né dans la Convention UPOV, c'est de ce texte qu'il faut partir, non sans rappeler que la France est à l'origine de la création de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales. Or, dans la version initiale du texte, qui date du 2 décembre 1961, on ne trouve aucune disposition relative aux semences de ferme. Cela s'explique par la définition qui est donnée des droits de l'obteneur. En effet, l'article 5 (1) dispose alors que :

« Le droit accordé à l'obteneur d'une variété nouvelle ou à son ayant cause a pour effet de soumettre à son autorisation préalable la production, à des fins d'écoulement commercial, du matériel de reproduction ou de multiplication végétative, en tant que tel, de cette variété nouvelle, ainsi que la mise en vente et la commercialisation de ce matériel ».

La pratique des semences de ferme se réalisant hors de la sphère commerciale échappait donc au champ d'application du droit de l'obteneur. L'agriculteur bénéficiait alors d'une limite interne au droit des obtentions végétales. La situation lui était extrêmement favorable puisqu'aucune condition particulière ne lui était imposée et surtout, aucune compensation financière ne pouvait être exigée par l'obteneur. Cette approche historique permet d'établir clairement la logique qui était celle du droit des obtentions végétales dans les années 1960, à l'échelle internationale tout au moins. Mais le législateur français, dès cette époque, s'est révélé être peu favorable aux agriculteurs. La loi n° 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales ne dit rien des semences de ferme mais elle définit les droits de l'obteneur sans les limiter à la sphère commerciale²¹

18. Rapp. C. VANNESTE, n° 2349, p. 90.

19. A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd. 2012, n° 342.

20. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2013, n° 564. – V. aussi A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, *supra*, note 19, n° 342.

21. L. 11 juin 1970, art. 3 : « (...) un droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire où la présente loi est applicable, à vendre ou à offrir en vente tout ou partie de la plante, ou tous les éléments de reproduction ou de multiplication végétative de la variété considérée (...) ».

et elle sanctionne la contrefaçon par reproduction sans distinguer selon la finalité commerciale poursuivie ou non par le « reproducteur »²². Cela revient à dire que la reproduction par l'agriculteur qui réensemence ses champs est un acte de contrefaçon. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence²³.

Malheureusement pour les agriculteurs, c'est cette option qui s'est finalement imposée, même au niveau international. À l'occasion de la réforme de la Convention UPOV en 1991, le droit des obtentions végétales est en effet profondément bouleversé. Désormais, l'autorisation de l'obtenteur est nécessaire dès lors que le « matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée » est notamment produit, reproduit, importé, exporté²⁴... La référence à la finalité commerciale poursuivie est donc purement et simplement supprimée. Cela conduit à prévoir une exception facultative aux droits de l'obtenteur afin de préserver, sous condition, la pratique des semences de ferme²⁵. Loin d'être anecdotique, ce glissement de la limite à l'exception implique une évolution profonde de la conception des semences de fermes. Outre l'application du principe d'interprétation stricte qui découle de la qualification d'exception et sur lequel nous reviendrons, la voie était ouverte pour la mise en place d'une compensation financière qui n'était pas envisageable dans le cadre de la convention de 1961. Dès lors, compte tenu du dispositif de la Convention UPOV, il fait peu de doute que le privilège de l'agriculteur doit aujourd'hui être considéré comme une exception au droit exclusif de l'obtenteur.

Une telle qualification ne s'impose pourtant pas dans la logique qui est celle du droit des obtentions végétales. En effet, ce droit a pour but de permettre à l'obtenteur de contrôler l'exploitation commerciale de sa création. On a vu que cela apparaissait clairement dans la Convention UPOV de 1961. Le privilège de l'obtenteur (ou du sélectionneur) traduit aujourd'hui encore cette « philosophie ». L'article L. 623-4-1, I, 3° du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que « le droit du titulaire ne s'étend pas aux actes accomplis aux fins de la création d'une nouvelle variété ». La variété protégée peut donc être modifiée pour en créer une nouvelle sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord du titulaire des droits. Même si la portée ce privilège a été fortement réduite, la disposition reste remarquable car la variété « dérivée » peut faire l'objet d'une exploitation commerciale. Le monopole apparaît donc limité afin de ne pas entraver la recherche et la création. On parvient à un équilibre assez bien pensé : « la vente de semences de la variété concernée est ainsi protégée, rémunération logique de l'effort de recherche, mais cette variété demeure libre pour d'autres utilisations, notamment afin de produire d'autres variétés »²⁶. Le COV est donc d'une certaine façon *open*

22. L. 11 juin 1970, art. 23.

23. V. jurisprudence, *op. cit.*, *supra*, note 2.

24. Conv. UPOV 1991, art. 14.

25. Conv. UPOV 1991, art. 15-2°.

26. Intervention G. KASTLER, délégué général du Réseau semences paysannes, à l'Assemblée nationale, 15 nov. 2011.

*source*²⁷. Pourquoi alors ne pas admettre, sur le même modèle, un privilège de l'agriculteur sans aucune contrepartie financière ? Pourquoi aligner le droit des obtentions végétales sur la logique du droit d'auteur ou du droit des brevets alors que tout l'intérêt de ce régime est précisément de se distinguer de celui des autres droits de propriété intellectuelle afin de tenir compte de la spécificité de son objet²⁸ ? Cette évolution « transforme le COV en brevet, en interdisant *de facto* les semences de ferme »²⁹. Cette idée de limiter le droit exclusif au seul périmètre de l'exploitation commerciale n'est d'ailleurs pas propre aux obtentions végétales. En droit d'auteur, M. Lessig plaide ainsi pour une « culture libre » et souhaite voir la culture « non commerciale » échapper au *copyright*³⁰. Mais, si en droit d'auteur une telle approche implique une évolution profonde du droit des créateurs tel qu'il a été conçu initialement, en droit des obtentions végétales en revanche, cela constituerait un simple retour aux origines.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui le privilège de l'agriculteur est donc conçu comme une exception au droit de l'obtenteur et cela n'est pas sans conséquences.

B. – Les conséquences liées à la qualification d'exception

Ces conséquences déplairont aux partisans d'une mise en œuvre plus large de la pratique des semences de ferme. Tout d'abord, les exceptions sont par principe d'interprétation stricte et c'est en ce sens que s'est prononcée l'UPOV. Ainsi, la conférence diplomatique qui s'est tenue pour préparer la révision de 1991 a clairement fait part de son intention d'interpréter strictement cette exception facultative en recommandant que :

« les dispositions figurant à l'article 15.2) de la Convention (...) ne soient pas interprétées comme ayant pour objet d'ouvrir la possibilité d'étendre la pratique

27. *Ibid.*

28. V. ainsi, lors des débats à l'Assemblée nationale (15 nov. 2011), la déclaration de M. POIGNANT : « Chacun admet qu'il importe de privilégier le principe du certificat d'obtention végétale (COV) par rapport à celui du brevet, car il est plus souple que le système du brevet, qui rend impossible, quels qu'en soient la forme ou l'objet, l'utilisation d'une variété brevetée ou de ses fruits sans l'accord du propriétaire et sans versement de droits ; il existe alors un risque de placer l'utilisateur dans une situation de dépendance totale », et celle de M. BOURNIGAL, directeur de cabinet du ministre de l'Agriculture : « C'est là que s'éclaire la différence entre le certificat d'obtention végétale et le brevet. Le premier limite la protection aux usages commerciaux de la variété et de ses fruits, tandis que l'utilisation à des fins de recherche, y compris pour la création de nouvelles variétés, reste possible. Le brevet, au contraire, rend impossible, quels qu'en soient la forme ou l'objet, l'utilisation d'une variété brevetée ou de ses fruits sans accord du propriétaire et versement de droits, y compris pour la recherche. Le COV donne donc beaucoup plus de liberté et permet des avancées en matière de sélection végétale. C'est le choix qu'avait fait la France en 1961 lors de la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales ».

29. G. KASTLER, intervention précitée *supra*, note 26.

30. L. LESSIG, *Culture libre*, 2009, <http://fr.slideshare.net/AkimELSIKAMEYA/pdf-ressources-culture-libre-lawrencelessig>.

communément appelée “privilège de l’agriculteur” à des secteurs de la production agricole ou horticole dans lesquels ce privilège ne correspond pas à une pratique courante sur le territoire de la Partie contractante en cause »³¹.

Cette approche est reprise dans une note explicative « sur les exceptions au droit de l’obteneur selon l’acte de 1991 de la Convention UPOV » adopté par le Conseil de l’UPOV le 22 octobre 2009³². Elle précise également le sens à donner aux « limites raisonnables » et à la « sauvegarde des intérêts légitimes de l’obteneur » dans le cadre de l’article 15.2)³³. Ainsi, l’État qui décide de prévoir une exception au bénéfice de l’agriculteur peut la limiter à un type de variété, prendre en compte la taille de l’exploitation agricole pour moduler l’exception et la rémunération de l’obteneur, ou encore n’appliquer l’exception qu’à une proportion de la récolte de l’agriculteur³⁴. Par ailleurs, l’obligation de verser une rémunération aux obtenteurs est « considérée comme un moyen de sauvegarder les intérêts légitimes des obtenteurs »³⁵. Enfin, on souligne que « l’exception facultative concerne l’utilisation par l’agriculteur du produit de la récolte sur sa propre exploitation », ce qui interdit par exemple tout échange de semences, sujet sur lequel nous reviendrons.

Ensuite, nous avons vu que le privilège de l’agriculteur est considéré comme une exception facultative par l’article 15-2° de la Convention UPOV et il a déjà été démontré que cela peut constituer une menace pour la sécurité alimentaire³⁶.

Enfin, on doit logiquement considérer que le privilège de l’agriculteur n’est pas un droit reconnu à ce dernier, mais seulement une exception imposée au droit exclusif de l’obteneur. S’inspirant de la jurisprudence *Mulbolland Drive*³⁷, il faut alors en déduire que l’agriculteur ne peut saisir un juge pour faire condamner l’obteneur qui l’empêcherait d’utiliser une partie de sa récolte pour réensemencer ses champs.

31. Actes de la conférence diplomatique de révision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, 346 (F), p. 63.

32. UPOV/EXN/EXC/1.

33. *Ibid.*, p. 8 et s.

34. « Un membre de l’Union pourrait par exemple décider de spécifier le pourcentage maximum du produit de la récolte que l’agriculteur est autorisé à utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication. Le pourcentage spécifié pourrait varier selon la taille de l’exploitation (ou la superficie cultivée) ou le niveau de rémunération, exprimé en pourcentage de la redevance standard, déterminé en fonction de la proportion de semences de ferme utilisée par l’agriculteur ». *Ibid.*, p. 9.

35. *Ibid.*, p. 9.

36. V. en ce sens, S. YAMTHIEU WÉTOMDIÉ, *Accès aux aliments et droit de la propriété industrielle, Contribution à l’orientation du brevet et du certificat d’obtention végétale sur les ressources agricoles vers la sécurité alimentaire dans les pays en développement*, thèse Nantes, 2013, n° 237 et les références citées en notes 679 et 680. – V. aussi, établissant ce lien entre les semences de ferme et la sécurité alimentaire, le « résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées » à l’occasion du « réexamen des dispositions de l’article 23 :3 B) » de l’accord ADPIC par l’OMC en 2006, IP/C/W/369/Rev.1, spéc. n°s 47 et 65.

37. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 102, obs. C. CARON ; *RTD com.* 2008, p. 531, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2009, pan. p. 1992, obs. J. LARRIEU.

Cet empêchement pourrait résulter de modifications de la semence afin de la rendre stérile³⁸ ou plus simplement encore de dispositions contractuelles³⁹. Se pose alors, comme en droit d'auteur, la question de la contractualisation des exceptions et celle du rapport entre les mesures techniques et les exceptions. Si, en droit d'auteur, la directive n° 2001/29/CE et la loi du 1^{er} août 2006 obligent à préserver certaines des exceptions prévues par la loi, qui ne peuvent donc disparaître en raison des mesures techniques mises en place par les ayants droit⁴⁰, rien de tel n'existe pour le privilège de l'agriculteur qui apparaît alors bien précaire.

La nature actuelle de ce privilège de l'agriculteur implique donc une évolution profonde du droit des obtentions végétales dans un sens défavorable aux intérêts des agriculteurs. Ce droit conçu à l'origine dans une recherche d'équilibre entre tous les intérêts en présence paraît aujourd'hui privilégier nettement ceux des obtenteurs. Ce constat se vérifie lorsque l'on envisage la mise en œuvre du privilège de l'agriculteur.

II. – LA MISE EN ŒUVRE DU PRIVILÈGE DE L'AGRICULTEUR

Deux questions peuvent ici retenir l'attention. Tout d'abord, le périmètre de l'exception (A) consacrée par le législateur français apparaît à certains égards incertain, cette incertitude pouvant profiter aux obtenteurs. Ensuite, la légitimité de la rémunération mise en place au profit de l'obtenteur (B) peut prêter à discussion.

A. – Le périmètre de l'exception

Avant tout, il faut constater que le privilège de l'agriculteur ne concerne pas toutes les variétés végétales, mais seulement celles figurant sur la liste limitative de l'article 14-2° du règlement n° 2100/94 auquel renvoie l'article L. 623-24-1 du Code de la propriété intellectuelle. Un décret en Conseil d'État pourrait éventuellement allonger cette liste sur laquelle on trouve pour l'instant des semences de plantes fourragères, de pommes de terre, de plantes oléagineuses et à fibres. Au total, ce sont vingt et une variétés qui sont ainsi concernées, à savoir celles qui se reproduisent à l'identique⁴¹. On retrouve ici la logique de la Convention

38. Sur les semences stériles dites « terminator », V. S. YAMTHIEU WÉTOMDIÉ, *op. cit.*, *supra*, note 36, n° 179.

39. V. l'exemple donné par S. YAMTHIEU WÉTOMDIÉ, *op. cit.*, *supra*, note 36, n° 172.

40. L'article L. 331-31-2° du Code de la propriété intellectuelle confie à l'HADOPI la mission de veiller « à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires » de certaines exceptions définies par la loi.

41. En ce sens, D. SEGONDS, président du Groupement interprofessionnel des semences et des plants (GNIS), débats AN, 15 nov. 2011.

UPOV, précédemment évoquée, qui veut que le privilège de l'agriculteur soit limité à des hypothèses qui relèvent d'une « pratique courante sur le territoire »⁴² de l'État concerné. On comprend alors, à la lecture de la liste des vingt et une variétés, que sont essentiellement visées celles qui sont nécessaires à la production des aliments de base. Cela peut conduire à s'interroger sur la pertinence de la rémunération prévue par la loi en contrepartie de cette dérogation.

Par ailleurs, un doute a pu naître sur les conditions de mise en œuvre de l'exception en droit français. En effet, l'article L. 623-24-1 du Code de la propriété intellectuelle n'exige pas formellement que la mise en culture de la variété protégée ait eu lieu sur les terres de l'agriculteur qui utilise ensuite les semences. Pourtant, au regard de l'article 15-2° de la Convention UPOV comme du règlement n° 2100/94, la semence ne devrait être utilisée que par l'agriculteur qui a cultivé la variété protégée et uniquement sur sa propre exploitation. Cette lecture s'impose, mais elle apparaît excessivement restrictive. En matière de copie privée, la jurisprudence a su assouplir la loi pour admettre que la copie réalisée dans le cercle de famille reste une copie à usage privé⁴³. De la même façon, la mise en culture pourrait avoir lieu sur une terre n'appartenant pas à l'agriculteur qui utilise la semence, dès lors que l'on reste dans ce « cercle de famille ». Mais même cette interprétation ne permettrait pas d'étendre la pratique des semences de ferme à l'ensemble de la communauté à laquelle appartient l'agriculteur, la notion de cercle de famille étant trop restrictive. Lors de la révision de la Convention UPOV en 1991, les pays en voie de développement souhaitaient pourtant autoriser l'usage des semences de ferme dans les communautés locales au nom, notamment, de la sécurité alimentaire. C'est la question de l'entraide agricole qui était ainsi posée⁴⁴. L'enjeu est évidemment particulièrement important dans les pays du Sud où il est souvent crucial de pouvoir échanger des semences⁴⁵.

Enfin, il faut évoquer ici la question essentielle de l'« autoconsommation ». Lorsqu'un agriculteur réensemence son champ et utilise le produit de cette récolte pour ses propres besoins, on peut admettre qu'il se livre effectivement à un usage privé de la semence en question et du produit qui en résulte. Si maintenant l'agriculteur réensemence ses terres pour produire des plantes qui seront récoltées puis commercialisées, l'usage de la semence est certes un acte privé, mais la finalité poursuivie est commerciale. Faut-il alors distinguer l'usage des semences à des fins d'autoconsom-

42. UPOV/EXN/EXC/1, p. 7.

43. V. par ex. CA Paris, 4^e ch., 22 avr. 2005 : *Propr. intell.* 2005, n° 16, p. 340, obs. A. LUCAS et P. SIRINELLI ; *Légipresse* 2005, n° 227, III, p. 233, note M. VIVANT et G. VERCKEN ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 98, note C. CARON ; *JCP G* 2005, 10126, note C. GEIGER ; *D.* 2005, jurispr. p. 1573, note C. CASTETS-RENARD.

44. Sur toutes ces questions, V. P. REIS, *Les exceptions au monopole dans le traité UPOV : le cas des semences de ferme ou le prétendu « privilège de l'agriculteur »*, in *Les aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires*, Actes du colloque international réalisé à San José, Costa Rica, 29-30 nov. 2010, ss dir. F. COLLART DUTILLEUL et R. GONZALEZ BALLAR, Universidad de Costa Rica (éd.), 2011, p. 114.

45. Sur ce point, V. S. YAMTHIEU WÉTOMDIÉ, *op. cit.*, *supra*, note 36, n° 244 et s.

mation de la pratique de semences de ferme au sens strict qui conduit à une exploitation commerciale de tout ou partie du produit récolté ? La Convention UPOV impose clairement une telle distinction. Ainsi, selon l'article 15-1° *i*), « le droit de l'obteneur ne s'étend pas aux actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales ». Il s'agit là d'une exception obligatoire au droit de l'obteneur parfois appelée « privilège du jardinier ». Dans ce cas, aucune disposition de la Convention UPOV ou de la note explicative ne prévoit alors le versement d'une rémunération à l'obteneur. En revanche, la note explicative précitée indique à ce propos qu'« un agriculteur qui conserve les semences d'une variété qu'il a obtenues lui-même sur sa propre exploitation pourrait être considéré comme accomplissant un acte privé, mais non couvert par l'exception si la conservation des semences en question est réalisée à des fins commerciales »⁴⁶. En effet, si la semence récoltée par l'agriculteur est utilisée « à des fins de reproduction ou de multiplication » sur sa « propre exploitation » et si le produit de ces semences est ensuite commercialisé, on entre dans le champ d'application de l'exception facultative prévue par l'article 15-2° de la Convention UPOV pour les semences de ferme. Dans ce cas, la convention impose la « sauvegarde des intérêts légitimes de l'obteneur » et, selon la note explicative, cela peut justifier le versement d'une rémunération aux obtenteurs⁴⁷. On retrouve la même distinction dans le règlement n° 2100/94, puisque l'article 15 indique que la « protection communautaire des obtentions végétales ne s'étend pas aux actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales » et l'article 14 s'applique aux semences de ferme. Le premier texte ne prévoit aucune compensation financière, à la différence du second.

Deux remarques s'imposent ici. Tout d'abord, le parallèle avec la copie privée révèle clairement ses limites. La copie d'une œuvre réalisée pour un usage privé et non commercial donne lieu au versement d'une rémunération aux ayants droit, alors que le privilège du jardinier doit s'exercer gratuitement. Mais surtout, cette distinction entre le privilège du jardinier et celui de l'agriculteur devrait se retrouver dans la loi française du 8 décembre 2011. Or, là encore, la situation est loin d'être claire. L'article L. 623-4-1, I, 1° du Code de la propriété intellectuelle indique expressément que « le droit du titulaire ne s'étend pas aux actes accomplis à titre privé à des fins non professionnelles ou non commerciales ». L'autoconsommation devrait relever de cette disposition. Pourtant, le rapport présenté au Sénat à l'occasion des débats précédant le vote de la loi du 8 décembre 2011 indique que « cette obligation de verser une indemnité vaut également pour les productions effectuées dans un but d'autoconsommation »⁴⁸. On peut même lire dans le rapport présenté à l'Assemblée nationale qu'« il n'y a aucune raison pour que l'autoconsommation soit exemptée »⁴⁹. Néanmoins, lors des débats, un

46. *Op. cit.*, *supra*, note 32, p. 4, § 6.

47. *Ibid.*, p. 10, § 23.

48. R. POINTEREAU, rapp., *op. cit.*, *supra*, note 14, p. 52.

49. T. LAZARO, rapp., *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 48.

amendement avait été déposé afin d'indiquer clairement dans la loi qu'aucune rémunération n'est due à l'obtenteur lorsque les semences sont utilisées par l'agriculteur à des fins d'autoconsommation⁵⁰. Il a été rejeté notamment au motif quelque peu surprenant que « ni la Convention UPOV de 1991 ni le droit européen ne permettent une telle exonération du paiement »⁵¹. Certes, les hypothèses d'autoconsommation ne donneront pas lieu à paiement d'une rémunération dès lors qu'elles seront le fait de « petits agriculteurs », ceux-ci étant exemptés de tout paiement par les textes européens et français⁵². Reste que le droit français est incohérent sur ce point et l'on peut se demander s'il est de nature à « sauvegarder les intérêts légitimes de l'obtenteur et de l'agriculteur » (souligné par nous) comme le prévoit l'article 14, 3^o du règlement n^o 2100/94⁵³.

B. – La rémunération de l'obtenteur

Reste encore à aborder la question de la rémunération de l'obtenteur. Celle-ci est justifiée par le fait que la création d'une nouvelle variété suppose en moyenne une dizaine d'années de travail et de lourds investissements des obtenteurs⁵⁴. Ceux-ci pourraient donc se détourner des semences soumises au privilège de l'agriculteur s'ils ne percevaient aucune rémunération complémentaire.

Il faut s'interroger sur la nature de cette rémunération. En matière de copie privée, ce sujet prête à discussion. S'il semble, dans la logique du droit français, que l'on soit en présence d'une redevance telle qu'on la connaît habituellement en droit d'auteur⁵⁵, le droit de l'Union européenne s'inscrit davantage dans une logique de responsabilité civile en imposant une « compensation équitable »⁵⁶ dans le but

50. Amendement n^o 10 rectifié déposé au Sénat. L'amendement proposait même d'étendre cette exonération de paiement aux hypothèses dans lesquelles les semences sont utilisées « pour des cultures réalisées en application des obligations agroenvironnementales » et lorsque l'agriculteur « est confronté à des difficultés d'approvisionnement sur le marché des semences ».

51. Intervention R. POINTEREAU, Sénat, 8 juill. 2011.

52. Règl. n^o 2100/94, art. 14 et CPI, art. L. 623-24-2. Un petit agriculteur est celui qui ne cultive « pas d'espèce végétale sur une surface supérieure à celle qui serait nécessaire pour produire 92 tonnes de céréales ».

53. V. aussi Règl. n^o 1765/95, art. 2,1^o, qui souligne la nécessité de « sauvegarder leurs intérêts légitimes réciproques ».

54. V. notamment le rapport déposé au Sénat le 15 juin 2011, *op. cit.*, *supra*, note 14, p. 9.

55. V. A., H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, *supra*, note 19, n^o 407, qui soulignent que la codification opérée en 1992 a consacré cette approche. – V. aussi, considérant que cette rémunération participe de la nature du droit d'auteur, TGI Paris, 15 mai 2012, n^o 10/00185 : *LEPI (L'Essentiel de la propriété intellectuelle)* sept. 2012, n^o 8, n^o 125, obs. A. LEBOS.

56. Dir. n^o 2001/29/CE, art. 5-2 b). Par ailleurs, le 35^e considérant de cette directive précise bien que cette compensation équitable a pour but « d'indemniser [les ayants droit] de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés » et le 38^e considérant souligne qu'il s'agit ainsi de « dédommager les titulaires de droit du préjudice subi ».

d'indemniser les auteurs⁵⁷. S'agissant des obtentions végétales, l'article 14-3° du règlement n° 2100/94 indique que la « rémunération équitable » doit être « sensiblement inférieure au montant perçu pour la production sous licence de matériel de multiplication de la même variété dans la même région ». L'article 1^{er} du règlement n° 2605/98 du 3 décembre 1998 est même venu préciser qu'en l'absence d'accord entre les parties, « la rémunération à verser est de 50 % des montants dus pour la production sous licence de matériel de multiplication ». Le droit français emploie le terme « indemnité » et non compensation équitable dans les articles L. 623-24-2 et L. 623-24-3 du Code de la propriété intellectuelle, mais le second de ces deux textes reprend ensuite la précision fournie par le règlement n° 2100/94 pour le calcul de la somme à payer.

En matière d'obtention végétale, il semble que la logique indemnitaires soit exclue implicitement par le règlement du 27 juillet 1994. En effet, prendre comme référence une somme inférieure au montant qui aurait été payé dans le cadre d'une licence revient à dire que le préjudice est indifférent. Il s'agit donc bien de verser une « rémunération » et non une « compensation ». La comparaison avec le dispositif issu de la directive n° 2004/48/CE relative aux respects des droits de propriété intellectuelle confirme cette analyse. L'article 13 de cette directive, repris dans l'article L. 623-28 du Code de la propriété intellectuelle pour les obtentions végétales, après avoir précisé que le montant des dommages et intérêts versé à l'ayant droit victime d'une contrefaçon doit être « adapté au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de cette atteinte » envisage deux méthodes alternatives pour parvenir à cette fin. Le juge peut notamment « fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ». Dans ce cas, on remet en cause le caractère compensatoire de l'indemnité, mais la finalité reste bien celle de l'indemnisation. Autrement dit, dans une logique d'indemnisation, le montant versé à l'ayant droit ne peut être inférieur à la redevance qui aurait été payée en application d'un contrat de cession ou licence. Dès lors, puisque la somme versée à l'obteneur par l'agriculteur qui utilise des semences de ferme doit être « sensiblement inférieure » au montant de cette redevance fixée par voie contractuelle, on exclut bien ici toute logique d'indemnisation. Cette analyse paraît encore confirmée par le fait que les « petits agriculteurs » ne sont pas tenus de payer cette rémunération. En effet, dans ces hypothèses, on pourrait considérer que l'obteneur subit tout de même un préjudice : il ne va pas vendre de nouvelles semences à l'agriculteur qui a recours aux semences de ferme. Le manque à gagner est donc réel, même

57. En ce sens : CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan*, § 39 : *Propr. intell.* 2011, p. 93, obs. A. LUCAS et p. 108, obs. V.-L. BÉNABOU ; *RIDA* 1/2011, p. 353 et 299, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 2, note C. CARON et chron. 9, n° 11, obs. P. TAFFOREAU ; *JCP G* 2010, 1256, note L. MARINO ; *RLDI* 2010/66, obs. E. BOUCHET-LE MAPPIAN.

s'il est limité du fait de la faible surface de l'exploitation du « petit agriculteur ». Le fait qu'une dispense de paiement soit néanmoins prévue montre que la finalité n'est donc pas de réparer le préjudice. Ici, il s'agit bien de payer une redevance telle qu'on la connaît habituellement en propriété intellectuelle. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs pris position en ce sens dans un arrêt du 5 juillet 2012⁵⁸. La Cour y précise le sens à donner à la notion de « rémunération équitable » selon que celle-ci est versée dans le cadre de l'article 14 du règlement relatif aux semences de ferme ou de l'article 94 du même texte, qui concerne la sanction de la contrefaçon. Il en ressort que si la version française du règlement emploie la même expression dans ces deux articles, ces « rémunérations » doivent être distinguées. En effet, la « rémunération équitable » versée en cas de contrefaçon a pour but de « réparer le préjudice subi par le titulaire de l'obtention végétale victime d'une contrefaçon »⁵⁹. En revanche, celle versée pour les semences de ferme « a pour objectif d'établir un équilibre entre les intérêts légitimes réciproques des agriculteurs et des titulaires des obtentions végétales »⁶⁰.

On est donc en présence d'une exception payante pour certains utilisateurs et pas pour les autres. La technique semble inédite en propriété intellectuelle, mais s'inscrit dans une logique de « balance des intérêts ». En deçà d'un certain seuil, l'exception peut s'exercer gratuitement, comme par exemple l'exception de citation en droit d'auteur, car la nécessité de « sauvegarder la production agricole »⁶¹ l'emporte sur l'exercice du droit exclusif. En revanche, au-delà de ce seuil, l'exception devient une licence légale par laquelle on autorise l'exploitation, mais en préservant les intérêts économiques des ayants droit.

Au-delà des aspects techniques, c'est l'existence même de cette rémunération qui interroge. En effet, il est acquis que la pratique des semences de ferme présente un intérêt limité. Les semences, au fil des générations, subissent une perte de rendement qui oblige rapidement l'agriculteur à contracter à nouveau avec l'obteneur⁶². De plus, l'évolution constante de la qualité des semences protégées par un certificat d'obtention végétale peut conduire l'agriculteur à renoncer plus rapidement aux semences de ferme afin d'acquérir la dernière variété aux qualités inédites. Par ailleurs, on peut se demander si l'obteneur, lorsqu'il vend des semences, n'intègre pas déjà dans le prix de vente le « coût » des semences de

58. Aff. C-509/10. À ce propos, V. N. BOUCHÉ, *Privilège de l'agriculteur, rémunération équitable et réparation du préjudice* : *Propriété industrielle* oct. 2012, comm. 76 et J.-P. CLAVIER, *Sanction de la contrefaçon de variétés végétales* : *LEPI* oct. 2012, n° 9, n° 140.

59. § 36.

60. § 30.

61. Règl. n° 2100/94, art. 14-1°.

62. V. en ce sens, Rapport déposé à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2011, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 32.

ferme⁶³. Enfin, ici encore, le parallèle avec la copie privée montre ses limites. Le support vierge d'enregistrement qui permet l'enregistrement des œuvres bénéficie, avec le numérique, d'une « durée de vie » extrêmement longue. La perception d'une compensation au bénéfice des auteurs dont les œuvres peuvent ainsi être copiées sans réelle limite peut alors se concevoir. La légitimité de la rémunération de l'obteneur apparaît plus douteuse.

Même si l'on peut donner l'impression de se battre contre des moulins à vent compte tenu de l'évolution du droit des obtentions végétales sur la scène nationale comme internationale, il apparaît plus que jamais nécessaire de rappeler la spécificité de ce droit de propriété intellectuelle.

63. V. ainsi, affirmant que « la grande majorité des agriculteurs achetant la semence de tête et la reproduisant une seule fois, compte tenu d'une perte de rendement de l'ordre de 5 % par an – j'ai vérifié ce point auprès de mon beau-frère céréalier –, il est inutile de mettre en place un système aussi lourd. La seule solution est que les semenciers fassent payer le prix réel de leurs produits » : J. GAUBERT, débats AN, 9 nov. 2011.

