

La protection des obtentions végétales au Canada

Serge Lapointe et Nicholas Torti*

RÉSUMÉ	555
1. CONTEXTE ET PROTECTION JURIDIQUE DE L'AMÉLIORATION DES PLANTES.....	556
1.1 Historique de l'amélioration des plantes	556
1.2 Contexte juridique	558
2. MODIFICATIONS APPORTÉES À LA <i>LOI SUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES EN CONFORMITÉ AVEC LA CONVENTION UPOV 1991</i>	560
2.1 Modifications ayant pour effet d'étendre la portée des droits des obtenteurs.	561
2.1.1 Portée et durée du monopole du titulaire	561
2.1.2 Produit de la récolte	562
2.1.3 Variétés essentiellement dérivées	563
2.2 Élargissement de la portée des droits des utilisateurs. . .	564
2.2.1 Actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales, ou à des fins expérimentales. .	564

© Serge Lapointe et Nicholas Torti, 2017.

* Respectivement agent de brevets et stagiaire au Barreau du Québec chez Fasken Martineau DuMoulin.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.2.2	Droit des agriculteurs de conserver les semences	565
3.	COMPARAISON DE LA LÉGISLATION DU CANADA ET DES ÉTATS-UNIS	566
3.1	Disposition sur le traitement national.	566
3.1.1	Vue d'ensemble	566
3.1.2	Comparaison avec les États-Unis	568
3.2	Double protection	570
	CONCLUSION.....	574

SUMMARY

Plant breeders' rights ("PBRs") entitle owners to an exclusive legal right over certain acts pertaining to new plant varieties during a fixed period of time. In Canada, these intellectual property rights are delineated in the *Plant Breeders' Rights Act*, which Canada amended in February 2015. The amendments form the basis of Canada's accession to the 1991 revision of the Convention of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants, which Canada signed in July 2015. In light of this signature, additional, international protections now apply to expand further the rights of owners of PBRs that reside in Canada.

This article begins with a history of plant breeding methods and the legal protections offered to developers of new plant varieties, followed by an examination of several of the recent changes to the owner and user rights in the Act and by a comparison of the protections available in Canada and the United States.

RÉSUMÉ

Les obtentions végétales accordent aux titulaires un droit légal exclusif sur certains actes relatifs aux nouvelles variétés de plantes sur une durée déterminée. Au Canada, ces droits de propriété intellectuelle sont définis dans la *Loi sur la protection des obtentions végétales* (LPOV) que le Canada a modifiée en février 2015. Ces modifications constituent la base de l'accèsion du Canada à la révision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales de 1991 que le Canada a signée en juillet 2015. Conséquent à cette signature, les titulaires canadiens d'obtentions végétales bénéficient désormais de protections supplémentaires plus étendues à l'échelle internationale.

Cet article commence par un historique sur les méthodes de l'amélioration des plantes et les protections légales offertes aux développeurs de nouvelles variétés de plantes. Ensuite, nous examinons

certains des changements récents à la LPOV concernant les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur et faisons une comparaison des protections disponibles au Canada et aux États-Unis.

1. CONTEXTE ET PROTECTION JURIDIQUE DE L'AMÉLIORATION DES PLANTES

1.1 Historique de l'amélioration des plantes

L'amélioration des plantes est la « mise en application des techniques visant à exploiter le potentiel génétique des plantes » [La traduction est nôtre]¹. Plus précisément, ces techniques englobent les approches traditionnelles et modernes de la sélection végétale dont l'objectif est la mise au point de nouvelles variétés végétales (appelées « cultivars », une contraction de « variété cultivée », dans le milieu scientifique) dotées de caractéristiques spécifiques et souhaitables², notamment une valeur nutritionnelle accrue ou une plus grande résistance aux organismes nuisibles et aux maladies, qui favorisent une agriculture efficiente et durable³.

L'amélioration des plantes, qu'il convient d'appréhender en la replaçant dans le contexte plus large du désir de l'être humain d'exploiter la nature pour son propre bénéfice et celui de la société, faisait déjà partie des premières pratiques agricoles de nos ancêtres chasseurs-cueilleurs de la période du Néolithique⁴. À l'origine, ces pratiques comprenaient le brûlage (pour faciliter la croissance d'autres végétaux qui n'étaient pas brûlés, c'est-à-dire les plantes herbacées) et les soins cultureux protecteurs⁵. Plus tard, la première domestication des cultures, un processus qui consistait à cueillir et à replanter le matériel de multiplication, semble avoir eu lieu indépendamment (par ordre chronologique) en Chine, au Moyen-Orient et en Amérique centrale⁶. À la différence des végétaux qui poussent à l'état sauvage, ces plantes domestiquées n'avaient pas à lutter contre des conditions environnementales incontrôlables pour survivre et se multiplier⁷. Par conséquent, l'homme a commencé à exercer une pression évolutive sur

1. Neal C. Stoskopf, *Plant Breeding: Theory and Practice* (Boulder, CO, Westview Press, 1993) à la p 1 [Stoskopf].

2. *Ibid.*

3. George Acquaah, *Principles of Plant Genetics and Breeding* (Malden, MA, Blackwell Publishing, 2007) aux pp 9-10 [Acquaah].

4. Noel Kingsbury, *Hybrid: The History and Science of Plant Breeding* (Chicago, University of Chicago Press, 2009) à la p 16 [Kingsbury].

5. *Ibid* à la p 17.

6. *Ibid* à la p 19 ; Stoskopf, *supra* note 1 à la p 2.

7. Kingsbury, *supra* note 4 à la p 3.

ces plantes en les sélectionnant en fonction de qualités ou d'attributs spécifiques, et en gardant les semences et les tubercules des plantes sélectionnées pour les replanter, afin que leur descendance, avec le temps, présente ces caractéristiques sélectionnées⁸. Ce processus de sélection est la pierre angulaire de l'amélioration des plantes et joue un rôle clé dans les décisions prises par les obtenteurs modernes, quelle que soit la méthode d'amélioration utilisée.

En 1694, les méthodes d'amélioration des plantes ont connu une nouvelle avancée lorsque Rudolph Camerarius a décrit pour la première fois (en termes scientifiques) le sexe des plantes et l'hybridation des végétaux⁹. Cette découverte a permis le développement conscient de pratiques consistant à créer des variétés de plantes en « croisant » deux variétés existantes – c'est-à-dire, dans le cas des plantes à reproduction sexuée¹⁰, de déposer le pollen d'une plante dans la fleur d'une autre pour créer une descendance hybride¹¹.

Plus récemment, la technologie d'amélioration des végétaux a connu une montée spectaculaire avec la découverte en 1865 du principe de transmission génétique des caractères par Gregor Mendel, après avoir observé que lors du croisement de cultivars différents, les caractères distincts de chaque cultivar se séparent et se recombinent d'une manière prévisible et ne se fusionnent pas¹². Alors que ce principe avait d'abord été pratiquement ignoré, sa redécouverte peu après 1900 a posé les jalons des techniques de sélection végétale mises au point au vingtième siècle.

Parallèlement aux techniques classiques susmentionnées, les approches modernes qui s'appuient sur celles qui les précèdent, comme la technique de l'ADN recombinant et le génie génétique, permettent au sélectionneur de créer de nouvelles variétés de plantes en identifiant et en séparant certains gènes en particulier¹³. Ces techniques modernes sont des outils beaucoup plus précis que les méthodes antérieures de sélection de végétaux et permettent aux scientifiques de créer de nouvelles variétés avec plus de souplesse et d'exactitude. Comme nous le verrons plus loin, la méthode spéci-

8. *Ibid* à la p 20.

9. Stoskopf, *supra* note 1 à la p 10 ; Acquaah, *supra* note 3 à la p 7.

10. Les plantes à reproduction sexuée se reproduisent par pollinisation et dispersion des semences, tandis que les plantes à reproduction asexuée se reproduisent plutôt par bouture, par greffe ou par écussonnage.

11. Stoskopf, *supra* note 1 à la p 10 ; Natalie Derzko, « Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad: What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them? », (1994) 39 *McGill Law Journal* 144 à la p 148 [Derzko].

12. Stoskopf, *supra* note 1 à la p 19.

13. Kingsbury, *supra* note 4 à la p 409 ; Derzko, *supra* note 11 à la p 148.

fique de sélection employée pour l'élaboration d'une nouvelle variété végétale peut aussi déterminer la gamme des droits de propriété intellectuelle dont le sélectionneur pourra bénéficier¹⁴.

1.2 Contexte juridique

La protection des droits de propriété intellectuelle sur une variété végétale peut prendre la forme d'un brevet ou d'un certificat d'obtention. Dans certains pays, la protection des variétés végétales est assujettie à un double régime offrant la possibilité de se prévaloir des deux droits susmentionnés. Ainsi, aux États-Unis, pour une même variété végétale, l'obteneur peut demander¹⁵, d'une part, un brevet d'invention (*utility patent*)¹⁶ et, d'autre part, soit un certificat d'obtention (*plant variety right*)¹⁷, soit un brevet d'obtention végétale (*plant patent*)¹⁸. Au Canada, cette double protection n'existe pas et les obtenteurs ne peuvent demander qu'un certificat d'obtention, car la loi canadienne ne prévoit pas la possibilité de breveter les formes de

-
14. Plus précisément, au Canada, les nouvelles variétés végétales créées à l'aide d'une méthode traditionnelle d'amélioration des plantes (par exemple, sélection, croisement) sont *seulement* admissibles à une protection par un certificat d'obtention. Inversement, les plantes transgéniques ou génétiquement modifiées peuvent bénéficier non seulement de la protection directe par un certificat d'obtention, mais aussi d'une protection indirecte par la délivrance d'un brevet : *infra* titre 3.2 du présent article.
 15. Aux États-Unis, les obtenteurs ont le choix entre le premier et le deuxième volet de ce double régime de protection. En ce qui concerne le deuxième volet, le choix entre un certificat d'obtention et un brevet de plante dépend du type de végétal pour lequel une protection est recherchée. Les plantes à reproduction asexuée sont protégées par un brevet d'obtention végétale, tandis que les végétaux à reproduction sexuée ou à reproduction par tubercule sont protégés par un certificat d'obtention. Au Canada, les droits couvrant ces deux catégories sont regroupés dans la LPOV. Par conséquent, le régime de protection américain est « double », non pas parce qu'il crée une distinction juridique entre, d'une part, les plantes à reproduction asexuée et, d'autre part, les plantes à reproduction sexuée ou à reproduction par tubercule, mais parce qu'il offre deux voies simultanées de protection de la même variété végétale dans une situation donnée : 1) brevet d'invention ; ou 2) brevet d'obtention végétale ou certificat d'obtention : *infra* titre 3.1.2 du présent article.
 16. *Patent Act*, 35 USC § 101.
 17. *Plant Variety Protection Act*, 7 USC §§ 2321-2582. Soulignons que le concept terminologique de « plant variety right » aux États-Unis est à peu près équivalent à celui de « plant breeders' right » (certificat d'obtention) au Canada, à ceci près que la gamme des végétaux auxquels s'applique cette protection est plus restreinte aux États-Unis qu'au Canada : *supra* note 15.
 18. *Plant Patent Act*, 35 USC § 161-164. La principale distinction entre le brevet d'obtention végétale et le brevet d'invention aux États-Unis est que, dans le premier cas, c'est le caractère distinct qui doit être démontré, et non pas l'utilité (35 USC § 161). De plus, il n'est pas possible de déclarer un brevet d'obtention végétale invalide si la description est aussi complète que raisonnablement possible (35 USC § 164).

vie supérieures¹⁹. Il est toutefois possible de breveter des lignées de cellules transformées et des cultures de cellules végétales, ainsi que des méthodes de production de formes supérieures de vie²⁰.

La protection juridique des variétés végétales au Canada a commencé avec la promulgation de la *Loi sur les semences*²¹ (qui visait à l'origine à prévenir la vente de variétés de mauvaise qualité par les vendeurs de semences), même si ce texte n'a semble-t-il eu qu'un effet indirect sur cet objectif²². La première loi promulguée dans le but spécifique de protéger les variétés végétales, la LPOV²³, a été adoptée en 1990 et a constitué le fondement de l'accession du Canada à la révision de 1978 de la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV).

La mission de l'UPOV est de « [m]ettre en place et promouvoir un système efficace de protection des variétés végétales afin d'encourager l'obtention de variétés dans l'intérêt de tous »²⁴. Son premier traité a été signé à Paris en 1961 (« Convention UPOV 1961 ») et a fait l'objet de trois révisions (en 1971, 1978 et 1991), chacune d'entre elles ayant remplacé la version qui la précédait. Les dispositions de chaque traité établissent certains seuils de protection des obtentions végétales que doivent respecter les pays qui sont autorisés à se joindre à l'Union, une accession conditionnelle à ce que chacun de ces pays : i) adopte une loi prévoyant le respect des modalités de la Convention

-
19. *Harvard College c Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76 [*Harvard College*]. Il convient de souligner que, sans égard à cet arrêt, le Canada était empêché d'étendre aux plantes la protection par brevet par sa législation antérieure à sa signature de la Convention UPOV 1991, puisque le texte de l'accord précédent (Convention UPOV 1978) dont ce pays était signataire proscrivait la double protection des variétés végétales. Aux termes de l'article 2 de la Convention UPOV 1978, les États membres n'étaient autorisés à offrir qu'une catégorie de droits de propriété intellectuelle à l'égard d'une variété végétale donnée. Depuis son accession à la Convention UPOV 1991, il est loisible au Canada, s'il le juge utile, de légiférer pour créer un double régime de protection similaire à celui en vigueur aux États-Unis, ce qui rendrait caduc l'arrêt *Harvard College* en ce qui concerne les variétés végétales : *infra* titre 3.2 du présent article.
 20. *Monsanto Canada Inc c Schmeiser*, 2004 CSC 34 [*Monsanto*]. Soulignons que ce moyen peut être utilisé pour protéger indirectement la variété végétale : *infra* titre 3.2 du présent article.
 21. LRC 1985, c S-8.
 22. Voir par exemple Viktoriya Galushko, « Intellectual Property Rights and the Future of Plant Breeding in Canada », thèse de doctorat présentée à l'Université de la Saskatchewan, Department of Bioresource Policy, Business and Economics (2008) à la p 39, en ligne : <<https://ecommons.usask.ca/handle/10388/etd-08282008-162514>>.
 23. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, LC 1990, c 20 (sanction royale le 19 juin 1990) [LPOV].
 24. UPOV, Énoncé de la mission de l'UPOV (2001), en ligne : <<http://www.upov.int/about/fr/mission.html>> [UPOV].

UPOV en vigueur au moment de l'accession ; ou ii) incorpore à son droit national l'intégralité de la Convention UPOV en vigueur au moment de son accession²⁵.

La version de 1990 de la LPOV canadienne constituait le fondement de l'accession du Canada à la Convention UPOV 1978 ; toutefois, après la révision de la convention effectuée l'année suivante (c'est-à-dire la Convention UPOV 1991), le Canada s'est retrouvé en déphasage par rapport à tous les autres pays qui avaient choisi de signer la nouvelle entente. Si l'accession du Canada à la Convention UPOV 1978 est demeurée en vigueur après 1991, ce pays s'est cependant vu empêché de profiter des protections internationales additionnelles offertes aux États membres de la version la plus récente de l'entente.

2. MODIFICATIONS APPORTÉES À LA LOI SUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES EN CONFORMITÉ AVEC LA CONVENTION UPOV 1991

Aux termes de la LPOV, les créateurs ou inventeurs obtiennent un monopole légal d'une durée limitée relativement à certaines activités se rapportant aux nouvelles variétés végétales. L'octroi d'un tel monopole se justifie en partie par le fait qu'il incite les créateurs ou inventeurs à mettre au point de nouvelles variétés végétales qui profiteront à la société, tout en les dédommageant pour leur investissement en temps et en efforts. De fait, l'UPOV a justement pour mission de « [m]ettre en place et promouvoir un système efficace de protection des variétés végétales afin d'encourager l'obtention de variétés dans l'intérêt de tous »²⁶.

Toutefois, pour faciliter la création de nouvelles variétés végétales, il convient de faire en sorte que les droits des obtenteurs n'empêchent pas indûment les utilisateurs d'y avoir accès. Par conséquent, à l'instar des autres textes législatifs en matière de droits de propriété intellectuelle, la LPOV crée des exceptions à la violation en accordant certains droits à ces utilisateurs.

Les modifications apportées à la LPOV en février 2015 introduisent des dispositions explicites qui viennent élargir les droits tant des titulaires (en particulier) que des utilisateurs. Ces modifications, qui seront analysées ci-après du point de vue de chacune de ces

25. Laurence R. Helfer, « Intellectual Property Rights in Plant Varieties: International Legal Regimes and Policy Options for National Governments » (Rome, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2004) à la p 4, en ligne : <<http://www.fao.org/3/a-y5714e.pdf>> [Helfer].

26. UPOV, *supra* note 24.

catégories d'intervenants²⁷, s'inspirent directement de la Convention UPOV 1991, que le Canada a été autorisé à signer en juillet 2015.

2.1 Modifications ayant pour effet d'étendre la portée des droits des obtenteurs

Les modifications de février 2015 de la LPOV viennent étendre la portée des droits des obtenteurs de deux manières importantes. Premièrement, elles élargissent la gamme des actes que le propriétaire est autorisé à poser à titre exclusif, tout en prolongeant la durée du monopole du titulaire à l'égard de la commission de ces actes (voir la description au titre 3.1.1 ci-dessous). Deuxièmement, ces modifications diversifient la classe des objets auxquels s'appliquent les droits du titulaire, venant ainsi élargir la gamme des contextes dans lesquels celui-ci est en droit d'accomplir les actes énumérés à l'exclusion de toute autre personne (voir la description au titre 3.1.2 ci-dessous).

2.1.1 Portée et durée du monopole du titulaire

La LPOV prévoit que, pour se voir délivrer un certificat d'obtention, un requérant doit démontrer : i) que sa variété végétale est une obtention végétale, ii) se distingue de toutes les autres variétés ; iii) est stable dans ses caractères essentiels et iv) est suffisamment homogène d'une génération de plantes à la suivante²⁸. Si le directeur approuve la demande, le requérant se voit accorder le droit exclusif d'accomplir tous les actes énumérés dans la LPOV pendant une période d'une durée déterminée.

L'article 5 de la LPOV énonce les actes que le titulaire d'un certificat d'obtention a le droit exclusif d'accomplir, et s'applique spécifiquement au matériel de multiplication d'une variété végétale (c'est-à-dire les semences, les bourgeons et les boutures). Avant les modifications de février 2015, la LPOV ne conférait au propriétaire que le droit exclusif de vendre ou de produire le matériel de multiplication de la variété végétale ou d'en faire un emploi répété, en plus de celui d'autoriser d'autres personnes à accomplir les actes susmentionnés. Aux termes de la LPOV modifiée, cet éventail d'actes a été élargi pour inclure le conditionnement, l'exportation, l'importation et le stockage du matériel de multiplication.

27. Les modifications de 2015 introduisent par ailleurs plusieurs autres changements qui ne seront pas évoqués dans le présent article, car ils n'ont pas d'incidence directe sur l'équilibre entre les droits des titulaires et ceux des utilisateurs aux termes de la LPOV (par exemple, les dispositions portant sur les changements apportés au processus de dépôt d'une demande de certificat d'obtention).

28. LPOV, *supra* note 23 para 4(2).

La période de validité des droits exclusifs accordés au titulaire a également été prolongée. Alors que la LPOV stipulait précédemment que la période de validité d'un certificat d'obtention était de 18 ans à compter du jour de la délivrance du certificat, elle prévoit à présent que cette période est de 25 ans dans le cas des arbres, des vignes et de toute catégorie de plante précisée par règlement (qui n'en prévoit aucune actuellement) et de 20 ans dans tout autre cas²⁹.

2.1.2 *Produit de la récolte*

Tel que mentionné plus haut, l'article 5 ne porte que sur les actes accomplis à l'égard du matériel de multiplication de la variété végétale protégée. Avant les modifications récentes, la Loi ne faisait aucune mention du produit de la récolte (c'est-à-dire les semences, les bourgeons ou les boutures produits par des plants cultivés à partir du matériel de multiplication initial vendu à l'acheteur), de sorte que l'obtenteur ne pouvait contrôler que l'utilisation du matériel de multiplication faisant spécifiquement l'objet de la transaction entre l'acheteur et le vendeur. Dès que l'acheteur avait planté le matériel de multiplication, il lui était loisible de recueillir le matériel de multiplication subséquent produit par toute plante cultivée à partir du matériel de multiplication initial et d'en faire ce qu'il voulait sans porter atteinte aux droits exclusifs du propriétaire.

L'article 5.1 de la nouvelle version de la LPOV élargit la portée du monopole du titulaire au contrôle sur le produit de la récolte, limitant ainsi les droits des utilisateurs. Toutefois, ce droit de contrôle est actuellement tempéré par le droit des utilisateurs de conserver les semences dans certaines circonstances. Ce droit des utilisateurs ne s'étend pas à l'échange de matériel de multiplication avec d'autres personnes, même si l'acheteur ne souhaite procéder à un tel échange qu'à des fins de rotation des cultures et des variétés³⁰.

Il ressort d'une lecture conjointe de cette disposition et de celles évoquées plus bas concernant les droits des utilisateurs que ce droit sur le produit de la récolte a pour objet de souligner que nul ne peut posséder en toute légalité le matériel de multiplication d'une obtention végétale si chaque prédécesseur en titre (c'est-à-dire chacun de ceux qui ont été propriétaires du matériel de multiplication par le passé et qui l'ont vendu, à travers une chaîne de titres de propriété, à l'acheteur) n'a pas été autorisé à effectuer chaque vente. Dans tous les cas de vice de titre, l'article 5.1 donne au titulaire du

29. *Ibid* art 6.

30. Helfer, *supra* note 25 à la p 29.

certificat d'obtention droit aux mesures de réparation prévues par la Loi à l'égard du produit de la récolte, c'est-à-dire notamment une injonction ordonnant de cesser la récolte des plantes, le recouvrement de dommages-intérêts ou l'enlèvement ou la livraison du produit de la récolte en question³¹.

2.1.3 Variétés essentiellement dérivées

L'alinéa 5.2(1)a de la nouvelle version de la LPOV élargit le monopole du propriétaire au contrôle à l'égard des variétés végétales qui sont « essentiellement dérivées » de la variété végétale initiale faisant l'objet du certificat d'obtention. Avant les modifications récentes, cette disposition n'apparaissait pas dans la LPOV.

L'expression « essentiellement dérivée » s'appliquant à une variété végétale est définie dans la LPOV par opposition à la « variété initiale », et renvoie à la variété végétale qui est principalement dérivée de la variété initiale en conservant les expressions des caractères essentiels résultant du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale, qui se distingue nettement de la variété initiale, et qui exprime les caractères essentiels qui résultent du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale³².

Tout comme la disposition évoquée plus haut sur le contrôle du produit de la récolte, l'alinéa 5.2(1)a offre une protection accrue à l'obteneur de la première génération, en lui conférant un droit qui est hiérarchiquement supérieur à celui de tous les autres obtenteurs qui créent par la suite des variétés végétales à partir de cette variété initiale, par exemple si la variété subséquente ne diffère de la variété initiale que sur le plan esthétique³³.

Il s'agit d'une modification pertinente, compte tenu du cadre plus large dans lequel s'inscrit la LPOV et de ses autres dispositions sur l'octroi de droits et sur la violation desdits droits. Contrairement à d'autres textes législatifs en matière de propriété intellectuelle, par exemple sur les brevets, le seuil d'admissibilité aux droits conférés par la LPOV est relativement peu élevé³⁴. Pour cette raison, il est facile pour un obteneur de remplir les conditions requises pour se voir délivrer un certificat d'obtention et, partant, bénéficier des droits décrits plus haut. Sans la nouvelle disposition sur les variétés essentiellement dérivées de la variété initiale, tout obteneur pourrait

31. LPOV, *supra* note 23 art 41.

32. *Ibid* para 5.2(2).

33. Helfer, *supra* note 25 à la p 28.

34. Derzko, *supra* note 11 à la p 159.

voir la portée de ses droits considérablement réduite si un obtenteur subséquent apportait des modifications même mineures à sa variété. Cet obtenteur subséquent pourrait demander et obtenir un droit de même nature et de même portée que celui de l'obteneur d'origine, ce qui aurait pour effet de priver le premier obtenteur du monopole dont il jouissait antérieurement. De fait, l'inclusion d'une telle disposition est en accord tant avec l'objet de la LPOV et de la Convention UPOV 1991 (c'est-à-dire encourager la mise au point de nouvelles variétés végétales dans l'intérêt de tous) qu'avec la règle de la primauté du titre érigée par la LPOV selon laquelle la priorité va au premier obtenteur qui dépose une demande de certificat d'obtention³⁵.

2.2 Élargissement de la portée des droits des utilisateurs

Si l'effet cumulatif des modifications apportées en février 2015 à la LPOV peut être de renforcer les droits du propriétaire³⁶, ces améliorations sont cependant tempérées par un élargissement corrélatif des droits des utilisateurs. En premier lieu, les utilisateurs se voient autorisés à utiliser le matériel multiplicateur s'ils le font dans un cadre privé à des fins non commerciales, ou à des fins expérimentales. Deuxièmement, les agriculteurs sont autorisés à conserver le matériel de multiplication et à le replanter en vue de récoltes futures.

2.2.1 Actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales, ou à des fins expérimentales

Le paragraphe 5.3(1) de la LPOV correspond au paragraphe 15(1) de la Convention UPOV 1991, aux termes duquel les utilisateurs peuvent utiliser le matériel de multiplication d'une variété végétale s'ils le font : i) dans un cadre privé à des fins non commerciales ; ii) à des fins expérimentales ; ou iii) pour obtenir d'autres variétés végétales. Ces actes constituent des exceptions à la violation des droits aux termes de la LPOV. Aucune des trois exceptions susmentionnées n'apparaissait explicitement dans le texte législatif avant les modifications récentes ; toutefois, la dernière d'entre elles existait implicitement, puisque le droit d'utiliser le matériel de multiplication pour produire de nouvelles variétés végétales était prévu au paragraphe 5(3) de la Convention UPOV 1978 et, par conséquent, faisait partie du droit canadien, malgré le silence à ce sujet dans la LPOV³⁷.

35. LPOV, *supra* note 23 art 10.1.

36. Derzko, *supra* note 11 à la p 167.

37. Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972 et le 23 octobre 1978

À l'inverse, les deux premières exceptions à la violation (utilisation du matériel de propagation dans un cadre privé à des fins non commerciales ou à des fins expérimentales) constituent bel et bien de nouveaux droits des utilisateurs qui n'existaient pas sous le régime de la Convention UPOV 1978. Cependant, l'effet de leur application est négligeable, car les violations revêtant de l'importance pour le titulaire du certificat d'obtention sont, le plus souvent, celles commises par des entités de plus grande importance ou à vocation commerciale. Ces exceptions ne servent qu'à écarter les cas où la commission de la violation n'a que peu de conséquences et ne sera probablement pas dommageable pour le titulaire, car elle ne se traduira pas par une exploitation commerciale (dans le cas des fins expérimentales) ou parce que son impact sera limité (dans le cas des fins non commerciales dans un cadre privé).

2.2.2 Droit des agriculteurs de conserver les semences

Le paragraphe 5.3(2) de la LPOV modifiée confère explicitement aux agriculteurs le droit de conserver les semences, un droit qui n'était qu'implicite dans la version antérieure de ce texte et dans la version antérieure de la Convention UPOV. Il permet aux agriculteurs de conserver le matériel de multiplication d'une variété végétale protégée d'une année à l'autre sans violer les droits exclusifs du titulaire.

Cette disposition correspond au paragraphe 15(2) de la Convention UPOV 1991, dans lequel elle est décrite comme une « exception facultative » pour les États membres. Autrement dit, contrairement aux autres modifications apportées par la Convention UPOV 1991 à la LPOV décrites plus haut, le Canada peut abroger cette disposition en tout temps sans violer la Convention. En ce sens, la protection offerte par la LPOV aux titulaires est beaucoup plus solide, car plus permanente que celle qu'elle accorde aux agriculteurs par cette disposition. Soulignons cependant que cela vaut également pour tous les autres États membres de la Convention UPOV 1991. Une étude de la législation en vigueur dans les autres États membres au moment

[Convention UPOV 1978], para 5(3) ; voir aussi Helfer, *supra* note 25 aux pp 25 et 28. Le texte de la Convention étant le « principal outil d'interprétation de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* » [La traduction est nôtre] (Derzko, *supra* note 11 à la p 166), cette dernière ayant été promulguée dans le seul but de permettre la ratification de la Convention UPOV 1978 par le Canada (*ibid* p 162), on peut en déduire qu'avant les modifications récentes apportées à cette loi, les Canadiens jouissaient déjà implicitement des droits accordés par la Convention UPOV 1978 au sujet desquels le texte législatif canadien était silencieux, y compris celui de créer de nouvelles variétés végétales à partir d'un matériel de multiplication protégé par un certificat d'obtention.

de la rédaction du présent article révèle qu'ils ont tous adopté (et pas encore abrogé) la disposition sur les droits des agriculteurs, malgré son caractère facultatif.

3. COMPARAISON DE LA LÉGISLATION DU CANADA ET DES ÉTATS-UNIS

La Convention UPOV 1991 est le principal outil d'interprétation de la législation nationale sur la protection des droits des obtenteurs³⁸. En plus d'encadrer le contenu de la législation de chaque État membre, elle supplée également à ce contenu. Dans la présente section, nous analysons les différences entre la loi canadienne et celle des États-Unis en ce qui concerne les dispositions de la Convention UPOV 1991 qui viennent compléter à ces textes législatifs.

3.1 Disposition sur le traitement national

3.1.1 Vue d'ensemble

Comme sa version antérieure, la Convention UPOV 1991 contient une disposition sur le traitement national qui élargit les droits des titulaires à une échelle internationale, dont le libellé est le suivant :

Les nationaux d'une Partie contractante ainsi que les personnes physiques ayant leur domicile sur le territoire de cette Partie contractante et les personnes morales ayant leur siège sur ledit territoire jouissent, sur le territoire de chacune des autres Parties contractantes, en ce qui concerne l'octroi et la protection des droits d'obteneur, du traitement que les lois de cette autre Partie contractante accordent ou accorderont par la suite à ses nationaux, le tout sans préjudice des droits prévus par la présente Convention et sous réserve de l'accomplissement par lesdits nationaux et lesdites personnes physiques ou morales des conditions et formalités imposées aux nationaux de ladite autre Partie contractante.³⁹

Ainsi, lorsqu'un État membre de la Convention UPOV 1991 accorde à ses propres résidents tout droit du titulaire qui excède les exigences minimales prévues aux termes de l'accord, cet État doit offrir les mêmes protections aux titulaires résidents de tout autre État

38. Voir par exemple Derzko, *supra* note 11 aux pp 165-66.

39. Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 [Convention UPOV 1991], art 4.

membre lorsqu'ils exercent leurs activités à l'intérieur des frontières de l'État offrant ces protections additionnelles. Avant juillet 2015, comme le Canada n'était pas encore signataire de la Convention UPOV 1991, ses résidents ne pouvaient pas se prévaloir de cette disposition et jouissaient donc de moins de droits que les résidents de tous les autres États membres de cette convention lorsqu'ils exerçaient leurs activités dans des pays où les protections offertes excédaient les exigences minimales de la Convention UPOV 1991.

Un autre changement apporté par la Convention UPOV 1991 est que celle-ci vient éliminer l'exception de réciprocité à la règle du traitement national que prévoyait la Convention UPOV 1978. Aux termes de cette exception, un État membre accordant des droits excédant les exigences minimales de la Convention UPOV 1978 était autorisé à restreindre le bénéfice de ces protections additionnelles aux seuls pays qui accordaient un droit identique⁴⁰. Le Canada ayant accédé à la Convention UPOV 1991, dans laquelle l'exception de réciprocité est absente, les résidents canadiens peuvent bénéficier des droits additionnels accordés par d'autres pays, que le Canada offre ou non ces mêmes protections aux résidents de ces autres États membres.

Parmi les quelque 70 pays dont l'accession à la Convention UPOV 1991 précède celle du Canada⁴¹, les États-Unis occupent une place particulièrement importante, en grande partie en raison du volume élevé des échanges commerciaux entre ces deux pays⁴². Dans cette perspective, une comparaison de la législation nationale du Canada et de celle des États-Unis est présentée ci-après dans le but de clarifier la portée des nouvelles protections accordées aux résidents canadiens à la lumière de la nouvelle disposition sur le traitement national. Soulignons toutefois que, comme les États membres ne sont tenus que d'accorder dans leur loi un niveau minimal de protection pour se conformer à la Convention UPOV 1991, il leur est loisible d'abroger toute protection additionnelle qu'ils accordent sans violer

40. Convention UPOV 1978, *supra* note 37 art 3 et para 5(4).

41. UPOV. « Membres de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales : Situation le 15 avril 2016 », en ligne : <<http://www.upov.int/export/sites/upov/members/fr/pdf/pub423.pdf>>.

42. Statistique Canada, « Importations et exportations de biens sur la base de la balance des paiements, selon le pays ou le groupe de pays » (2005), gouvernement du Canada, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/102/cst01/gblec02a-fra.htm>>. Les États-Unis sont aussi le marché d'exportation le plus important du Canada, « Vue d'ensemble du système agricole et agroalimentaire canadien 2016 », gouvernement du Canada, en ligne : <<http://www.agr.gc.ca/fra/a-propos-de-nous/publications/publications-economiques/vue-d-ensemble-du-systeme-agricole-et-agroalimentaire-canadien-2016/?id=1462288050282>>.

la Convention ; dans la mesure où ils continuent d'accorder les protections minimales prévues par l'accord, leur loi demeure conforme.

3.1.2 Comparaison avec les États-Unis

Si la LPOV canadienne vise globalement tant, d'une part, les plantes à reproduction asexuée que, d'autre part, les plantes à reproduction sexuée et les plantes à multiplication par tubercule⁴³, la législation américaine pertinente protège ces deux catégories de végétaux par l'intermédiaire de deux instruments législatifs distincts : la *Plant Variety Protection Act* pour les plantes à reproduction sexuée et les plantes à multiplication par tubercule⁴⁴, et la *Plant Patent Act* pour les plantes à reproduction asexuée. Les brevets d'invention délivrés en application de la *Patent Act* s'appliquent à ces deux catégories de végétaux.

Tout comme celui de la LPOV canadienne, le contenu de la *Plant Variety Protection Act* reflète pour l'essentiel celui de la Convention UPOV 1991, la révision la plus récente de l'accord, dont les États-Unis sont devenus partie. Toutefois, en ce qui concerne plus précisément les droits des titulaires, les textes canadien et américain présentent des divergences importantes. La LPOV canadienne ne prévoit que les droits exclusifs minimums garantis aux termes de la Convention UPOV 1991⁴⁵, à l'exception d'un droit additionnel, celui de « faire de son matériel de multiplication l'emploi répété nécessaire à la production commerciale d'une autre variété végétale »⁴⁶. Au contraire, la *Plant Variety Protection Act* des États-Unis énonce une gamme de droits dont bénéficient les titulaires et qui est beaucoup plus large que celle prévue par la Convention UPOV 1991, ce qui signifie qu'en application de la disposition sur le traitement national, les obtenteurs qui sont des résidents du Canada ou d'autres États membres bénéficient de ces protections accrues lorsqu'ils exercent leurs activités aux États-Unis.

43. Tel que mentionné ci-haut à la note 10, les plantes à reproduction sexuée se reproduisent par pollinisation et dispersion des semences, tandis que les plantes à reproduction asexuée se reproduisent plutôt par bouture, par greffe ou par écussonnage.

44. Même si les plantes à multiplication par tubercule sont couvertes par la même loi américaine que les plantes à reproduction sexuée, elles appartiennent à la catégorie des plantes à reproduction asexuée.

45. Les droits exclusifs minimums accordés par la Convention UPOV 1991, *supra* note 39 art 14, sont prévus par la LPOV, *supra* note 23 art 5 et au para 5(4) ; voir aussi Helfer, *supra* note 25 à la p 31.

46. Ce droit est un vestige de la Convention UPOV 1978, *supra* note 37 au para 5(3), qui tempère le droit des utilisateurs d'utiliser le matériel de multiplication pour créer de nouvelles variétés végétales.

La *Plant Variety Protection Act* confère aux titulaires le droit exclusif d'accomplir aux États-Unis, en plus des exigences minimales prévues par la Convention UPOV 1991, l'un ou l'autre des actes énumérés ci-après à l'égard du matériel de multiplication :

- sollicitation d'une offre d'achat ;
- livraison ;
- expédition ;
- consignation ;
- échange ;
- multiplication sexuée ou autre multiplication de la variété par un tubercule ou une partie d'un tubercule en vue d'une commercialisation ;
- utilisation pour produire un hybride ou une variété différente de la variété d'origine ;
- utilisation de semences visées par une mention « reproduction interdite sans autorisation » ou « multiplication des semences interdite sans autorisation » ou de la descendance de telles semences pour la multiplication de cette variété ;
- distribution à un tiers, sous une forme permettant la multiplication, sans donner avis du fait qu'il s'agit d'une variété protégée qui a été reçue sous cette forme ;
- et l'un ou l'autre des actes prohibés, même dans les cas de multiplication asexuée de la variété, sauf si l'acte est accompli aux termes d'un brevet d'obtention végétale valide délivré aux États-Unis⁴⁷.

Par conséquent, l'accession du Canada à la Convention UPOV 1991 vient renforcer non seulement les droits des titulaires canadiens de certificats d'obtention par le biais du libellé explicite de la LPOV, mais aussi, par extension, ceux de ces titulaires aux États-Unis, car l'accession a pour effet d'étendre automatiquement aux Canadiens la portée plus large des droits accordés aux résidents des États-Unis aux termes de la *Plant Variety Protection Act*. Toutefois, il convient de souligner à nouveau que la *Plant Variety Protection Act* ne s'applique qu'aux plantes à reproduction sexuée et aux plantes à multiplication par tubercule. Vu qu'aux États-Unis, les plantes à reproduction asexuée sont protégées par une loi distincte (la *Plant Patent Act*), qui

47. *Plant Variety Protection Act*, 7 USC § 2541.

n'est pas visée par la disposition sur le traitement national, il s'ensuit que les droits aux États-Unis des titulaires de certificats d'obtention canadiens sur les plantes à reproduction asexuée demeurent inchangés⁴⁸.

3.2 Double protection

En matière de droits de propriété intellectuelle sur les nouvelles variétés végétales, le terme « double protection » renvoie à deux droits statutaires distincts qui se superposent et s'appliquent simultanément à la même variété. Les États-Unis accordent une double protection aux obtenteurs en ce sens que ces derniers peuvent choisir de protéger leur variété végétale par deux mécanismes différents : i) un brevet d'obtention végétale ou un certificat d'obtention ; et ii) un brevet d'invention (qui protège les plantes couvertes par les deux autres lois). Une telle double protection n'est pas rare : de nombreux pays, y compris la plupart des États européens, accordent une protection par voie de brevet d'invention qui vient compléter celle offerte sous le régime des certificats d'obtention⁴⁹.

Au Canada, le certificat d'obtention est actuellement la seule méthode de protection directe des variétés végétales autorisée par la LPOV. En pratique, le Canada disposerait d'un double régime de protection s'il pouvait octroyer à la fois un brevet d'obtention et un certificat d'obtention relativement à la même variété végétale. Toutefois, avant d'accéder à la Convention UPOV 1991, le Canada n'était pas autorisé à offrir une telle protection à la lumière de ses obligations aux termes de la Convention UPOV 1978, dont le paragraphe 2(1) prévoit ce qui suit :

Chaque État de l'Union peut reconnaître le droit de l'obteneur prévu par la présente Convention par l'octroi d'un titre de protection particulier ou d'un brevet. Toutefois, un État de l'Union dont la législation nationale admet la protection sous

48. Plus précisément, l'article 4 de la Convention UPOV 1991, *supra* note 39, prévoit que le traitement national s'applique à « l'octroi et la protection des droits d'obteneur [...] » [Le soulignement est nôtre]. L'article premier de la Convention UPOV 1991, *ibid*, définit les droits d'obteneur comme étant « le droit de l'obteneur prévu dans la présente Convention ». Les exigences légales et la portée du monopole étant différentes dans le cas des brevets (y compris les brevets d'obtentions végétales) et dans celui des droits d'obteneurs, la protection offerte dans le premier cas ne relève pas du champ d'application de la disposition sur le traitement national.

49. Toutefois, les États-Unis se distinguent de ces autres pays en ce qu'ils ne regroupent pas au sein d'un même texte législatif les droits qui s'appliquent à la fois aux plantes à reproduction asexuée d'une part, et aux plantes à reproduction sexuée ou à multiplication par tubercule d'autre part.

ces deux formes ne doit prévoir que l'une d'elles pour un même genre ou une même espèce botanique.⁵⁰

Cette disposition avait pour effet d'empêcher le Canada d'adopter des dispositions législatives instaurant une double protection tant qu'il demeurerait partie à la Convention UPOV 1978⁵¹. Toutefois, lorsque la Convention a été révisée en 1991, cette interdiction d'une double protection a été levée⁵². Comme le faisait remarquer Barry Greengrass, secrétaire général adjoint de l'UPOV au moment de la révision de 1991, la levée de cette interdiction a donné aux États signataires de la Convention 1991 la possibilité, s'ils le souhaitaient, d'octroyer simultanément un brevet d'invention et un certificat d'obtention à l'égard d'une variété végétale d'un même genre ou d'une même espèce botanique⁵³.

Ainsi, il était impossible pour le Canada de reconnaître les variétés végétales comme un objet brevetable aux termes de la *Loi sur les brevets* canadienne avant son accession à la Convention UPOV 1991, accession qui n'était pas autorisée avant la promulgation par ce pays d'une législation conforme à cette Convention. Les modifications apportées récemment à la LPOV (qui ont permis l'accession du

50. UPOV 1978, *supra* note 37 art 2.

51. Pour de plus amples renseignements, voir par exemple Mark D. Janis & Jay P. Kesan, « U.S. Plant Variety Protection » dans David Vaver (réd) *Intellectual Property Rights – Critical Concepts in Law* (New York, Routledge, 2006) 274 à la p 305 n 69, où les auteurs expliquent ce qui suit : « Apparemment, les délégués aux conventions de l'UPOV de 1957 et de 1961 UPOV étaient disposés à laisser la question de la double protection aux États membres. Néanmoins, des négociations parallèles portant sur l'harmonisation avec le droit des brevets d'invention avaient abouti à un accord sur une solution différente consistant à *exclure les variétés végétales du régime des brevets d'invention et à établir une forme de protection sui generis unique des obtentions végétales*. En conséquence, peut-être à cause de la *realpolitik* de l'harmonisation internationale du droit des brevets, le texte de 1961 de la Convention de l'UPOV prévoyait la prohibition de la double protection ». [La traduction et les italiques sont nôtres, références omises]

52. Voir par exemple Helfer, *supra* note 25 à la p 26.

53. « De même, la version de 1991 ne contient aucune disposition correspondant à la deuxième phrase du paragraphe 2(1) de l'Acte de 1978 (ce qu'on appelle la « prohibition de la double protection ») ; par conséquent, toute Partie contractante est, à l'égard de l'Acte de 1991, libre de protéger les variétés végétales en délivrant d'autres titres en plus du certificat d'obtention, en particulier des brevets » [La traduction est nôtre] : Barry Greengrass, « The 1991 Act of the UPOV Convention » (1991) 13 *European Intellectual Property Review* 466 à la p 467. Voir également Mark D Janis, « Interfaces in Plant Intellectual Property » dans Neil Wilkof et Shamnad Basheer (réd) *Overlapping Intellectual Property Rights* (Oxford University Press : Oxford, 2012) 83 à la p 87 n 23, soulignant que « en conséquence de la suppression du paragraphe 2(1), les États membres pourraient décider d'autoriser la délivrance de brevets d'invention couvrant les variétés végétales [...] ». [La traduction est nôtre]

Canada à la Convention UPOV 1991) conjuguées à la levée de l'interdiction du double régime de protection dans la révision de 1991 de la Convention de l'UPOV ouvrent à présent la possibilité pour le Canada d'étendre la protection par brevet aux variétés végétales et de créer ainsi un double cadre similaire à celui en vigueur aux États-Unis.

Toutefois, dans l'intervalle, les variétés végétales demeurent exclues du champ de la protection directe par brevet au Canada, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Harvard College*⁵⁴, et ne sont admissibles qu'à une protection indirecte par brevet, conformément à l'arrêt *Monsanto*⁵⁵. Ici, l'expression « protection indirecte par brevet » signifie que les titulaires peuvent toujours faire breveter des lignées de cellules transformées, des cultures de cellules végétales et des méthodes d'utilisation ou de production de la plante en question, et utiliser ces brevets comme mesures de protection contre les actes dirigés contre la plante entière qui constitueraient normalement une contrefaçon de brevet si la variété végétale elle-même était protégée par un brevet.

Dans l'arrêt *Monsanto*, la Cour suprême a statué que pour qu'il y ait contrefaçon, il n'était pas nécessaire que la lignée cellulaire brevetée soit exploitée isolément du reste de la plante à laquelle elle est rattachée⁵⁶. Par conséquent, si un inventeur demande une protection par brevet d'une lignée cellulaire présente dans une nouvelle variété végétale, ce brevet peut servir de protection indirecte de la variété végétale elle-même, puisque le même acte de réensemencement qui constituerait normalement une contrefaçon d'un brevet d'invention visant la plante en question (si un tel droit existait au Canada, comme c'est le cas aux États-Unis) constitue également une contrefaçon d'un brevet d'invention couvrant le gène et les cellules (actuellement autorisé dans les deux pays).

Cependant, au Canada, toutes les variétés végétales ne sont pas admissibles à une protection indirecte par brevet selon la règle établie dans *Monsanto* : seules celles qui contiennent des éléments susceptibles d'être brevetés peuvent en bénéficier. Plus précisément, à la différence des plantes transgéniques ou génétiquement modifiées, qui peuvent contenir des lignées cellulaires ou des cultures de cellules végétales admissibles à une protection par brevet, ce qui signifie que ces variétés végétales sont par extension indirectement brevetables, les méthodes traditionnelles d'amélioration des plantes (telles que la sélection ou le croisement) ne prévoient pas la création

54. *Harvard College*, *supra* note 19.

55. *Monsanto*, *supra* note 20.

56. *Ibid.*

de telles lignées ou cultures cellulaires brevetables, ce qui signifie que les variétés mises au point par de telles méthodes sont exclues du bénéfice de la protection indirecte par brevet :

[À la lumière de la décision Monsanto], les variétés transgéniques (ou génétiquement modifiées), parce qu'on leur a ajouté un gène ou une séquence de gène breveté, disposeraient de la protection d'un brevet. Le privilège de l'agriculteur et l'exception de l'obtenteur ne pourraient alors s'appliquer. Par conséquent, les sélectionneurs qui utilisent le génie génétique bénéficieraient d'un avantage sur ceux qui utilisent les méthodes traditionnelles de sélection végétale, car ces derniers n'ont accès qu'à la LPOV pour protéger leurs variétés.⁵⁷ [La traduction est nôtre]

À cet égard, la situation est différente aux États-Unis, où a été reconnue la brevetabilité tant des variétés végétales⁵⁸ que des autres formes de vie supérieures⁵⁹, ce qui confère aux sélectionneurs un monopole de portée plus large, qui n'est pas assujéti aux mêmes exceptions dont bénéficient les utilisateurs que celles applicables aux certificats d'obtention. Par ailleurs, il convient de souligner que les formes de vie supérieures demeurent brevetables aux États-Unis, malgré les modifications récentes apportées à la procédure d'examen des demandes de brevet à la suite de la publication de directives intérimaires de l'USPTO en matière de brevetabilité qui concernent notamment les revendications portant sur des lois de la nature, des phénomènes naturels et des produits de la nature⁶⁰.

Selon ces directives de l'USPTO (qui sont venues resserrer les critères de brevetabilité pour les rendre conformes à la jurisprudence américaine récente), un produit de la nature tel qu'une variété végétale demeure admissible à une protection par brevet d'invention s'il diffère de façon marquée de son équivalent d'origine naturelle, en prenant en considération sa structure, sa fonction ou d'autres pro-

57. Frédéric Forge, « Les droits de propriété intellectuelle sur les plantes et le privilège de l'agriculteur » (Parlement du Canada, Bibliothèque du Parlement : Service d'information et de recherche parlementaires, 2005) en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/prb0533-f.pdf>>.

58. *JEM Ag Supply Inc v Pioneer Hi-Bred International Inc*, 534 US 124 (2001).

59. Voir généralement *Diamond v Chakrabarty*, 447 US 303 (1980).

60. « 2014 Interim Guidance on Patent Subject Matter Eligibility » 79 Fed Reg 74618 (16 décembre 2014) [2014 Interim Guidance], remplaçant le memorandum of Andrew H. Hirschfeld, Deputy Commissioner for Patent Examination Policy, United States Patent and Trademark Office, « 2014 Procedure for Subject Matter Eligibility Analysis of Claims Reciting or Involving Laws of Nature/Natural Principles, Natural Phenomena, and/or Natural Products » (4 mars 2014).

priétés⁶¹. En pratique, il faut procéder à une analyse au cas par cas de la revendication en question⁶². Même si cet exercice peut entraîner l'exclusion de certaines variétés végétales antérieurement considérées comme brevetables, la gamme des variétés brevetables n'en demeure pas moins plus large sous le régime législatif américain que sous la loi canadienne, où elles sont d'emblée exclues de la brevetabilité depuis l'arrêt *Harvard College*⁶³.

Tant que le Canada n'aura pas explicitement inclus les variétés végétales dans le champ de la brevetabilité, les inventeurs de nouvelles variétés qui souhaitent bénéficier d'un monopole statutaire plus large que celui accordé par la LPOV devront se contenter des protections indirectes par brevet autorisées à la lumière de l'arrêt *Monsanto*. Reste à voir si le Canada a l'intention d'apporter de tels changements ; compte tenu de l'accession du Canada à la Convention UPOV 1991, une telle réforme législative demeure à tout le moins une possibilité.

CONCLUSION

Le Canada a apporté des modifications à sa législation sur la protection des obtentions végétales et est à présent signataire de la révision de 1991 de la Convention de l'Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales. Son accession à la Convention UPOV 1991 a permis d'offrir aux résidents canadiens des protections accrues par l'octroi de droits d'obtenteurs dans d'autres États membres et d'élargir les droits accordés aux résidents d'autres pays qui présentent une demande de certificat d'obtention au Canada.

61. 2014 Interim Guidance, *supra* note 60 aux pp 74622-74624. Dans les cas où la demande de brevet est rejetée au motif qu'elle n'a pas satisfait à ce critère, il est encore possible de conclure que son objet est brevetable s'il représente « significativement plus » qu'un produit de la nature. Ce second critère a été qualifié de recherche du « concept inventif », c'est-à-dire une analyse visant à évaluer la présence d'un ou de plusieurs éléments « suffisants pour s'assurer qu'en pratique, le brevet représente significativement plus qu'un brevet portant sur le [concept non brevetable] » [La traduction est nôtre] : *Mayo Collaborative Services v Prometheus Laboratories Inc*, 132 S Ct 1289 (2012) p 1294, cité dans *Alice Corporation Pty Ltd v CLS Bank International*, 134 S Ct 2347 (2014) p 2357. Toutefois, un brevet portant sur une variété végétale seulement ne serait pas assujéti à ce second critère, car ses revendications ne couvrent que la composition de matières, et non pas l'utilisation de celle-ci ou un processus connexe.

62. « Les caractéristiques qui diffèrent de façon marquée [...] seront évaluées au cas par cas en fonction de ce qui est indiqué dans la revendication » [La traduction est nôtre] : 2014 Interim Guidance, *supra* note 60 à la p 74623.

63. *Harvard College*, *supra* note 19.

En ce qui concerne la protection des nouvelles variétés végétales sur son territoire, étant à présent membre de la Convention UPOV 1991, le Canada est en droit de légiférer pour permettre la délivrance de brevets à cet égard ; toutefois, reste à voir s'il choisira de s'engager dans cette voie.