

L'évolution des instruments de protection des animaux génétiquement modifiés

Exclusion de la race animale des inventions brevetables

La maîtrise des biotechnologies a conduit, à partir des années 80, à la création d'animaux génétiquement modifiés. Les chercheurs, en maîtrisant le vivant, ont pu créer des modèles animaux avec des spécificités liées à la manipulation génétique opérée. S'est alors rapidement posé la question de savoir comment protéger cette « création » ?

Plusieurs hypothèses étaient envisageables : le droit d'auteur, le droit des brevets ou encore la création d'un droit *sui generis*. Le droit des brevets a été retenu pour constituer le droit conférant une protection aux modèles animaux génétiquement modifiés.

Mais qu'est-ce qu'un brevet? Il s'agit d'un titre de propriété industrielle accordé au titulaire d'une invention, lui conférant dessus un droit exclusif et temporaire. Le brevet permet d'interdire aux tiers d'exploiter à titre professionnel, et donc à des fins commerciales ou industrielles, l'invention brevetée. Cette protection est limitée dans le temps (vingt ans au maximum depuis le dépôt de la demande), et n'est valable que dans les pays où elle a été demandée.

Le système du brevet a été mis en place bien avant qu'il ne soit possible de créer des animaux génétiquement modifiés. La question de la brevetabilité du vivant relevait dès lors de « l'impensable et de l'impensé »¹. Les textes applicables en droit des brevets devaient conférer une protection à des inventions portant sur des choses inertes, inanimées. Accepter que le droit des brevets s'applique au vivant suppose qu'il faut se conformer à ses règles, non prévues initialement pour le vivant.

Pour breveter un animal génétiquement modifié, il faut réunir les conditions habituelles de brevetabilité² :

- il faut une invention nouvelle
- il faut une invention présentant une activité inventive
- il faut une invention ayant une application industrielle
- il faut une description suffisante de l'invention

De plus, des inventions sont exclues du domaine brevetable. Sont notamment exclues, les inventions :

- contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public³
- portant sur une race animale⁴ ou une variété végétale

¹ S. DESMOULIN, L'animal, entre science et droit, préf. C. LABRUSSE-RIOU, PUAM, 2006, n°93.

² Article L611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Le premier paragraphe prévoit : « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ».

³ Article L611-17 du Code de la propriété intellectuelle : « Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire ».

⁴ Article L611-19 du Code de la propriété intellectuelle : « I. - Ne sont pas brevetables :

- ayant provoquées ou provoquant des souffrances à l'animal génétiquement modifié sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal⁵.

Lors de demandes de brevet portant sur un animal génétiquement modifié, des difficultés sont apparues au sujet de l'appréciation des différentes conditions et exclusions.

Sera étudié ici l'une des difficultés soulevées, et qui concerne l'exclusion de la race animale des inventions brevetables.

S'intéresser à cette exclusion conduit à déterminer ce qu'il faut entendre par race animale (I) et à analyser l'évolution de l'exclusion (II).

I. Difficultés liées à la notion de race animale

La race animale est exclue du domaine brevetable par les différentes normes applicables en droit des brevets. *De facto*, il est nécessaire de savoir ce que recouvre la notion de race animale.

La convention de Strasbourg⁶, la convention sur le brevet européen (CBE)⁷, la directive de 1998⁸, ou encore le code de la propriété intellectuelle⁹, tous évoquent la race animale. En revanche, aucun de ces textes ne la définit. **Aucune définition juridique de la race animale n'est proposée.** Il faut alors se tourner vers une définition scientifique de la notion.

Toutefois, il n'existe « *pas une définition scientifique univoque de la race animale* »¹⁰. Les classifications scientifiques traditionnelles retiennent pour rang taxinomique l'espèce, parfois la sous-espèce et estime que la race animale serait placée en dessous de l'espèce ou la sous-espèce. De plus, il est précisé que **la race animale se distingue par des caractéristiques mineures mais permanentes ou héréditaires de l'espèce ou la sous-espèce.**

Sans définition textuelle, sans définition unique et indiscutable de la race animale, on peut se demander comment comprendre la portée de l'exclusion.

Outre l'absence de définition, une difficulté supplémentaire s'attachait à la notion même de race animale. Il s'agissait des **problèmes posés par la traduction** du terme dans les autres langues. La convention sur le brevet européen est un texte traduit en trois langues : anglais, allemand et français. La langue anglaise utilise le terme de « variety » qui fait référence aux variétés, tandis que la version allemande à l'origine utilisait le terme de « Tierarten » qui renvoie aux espèces animales. La version allemande était plus large que les versions

¹ Les races animales ;

² Les variétés végétales telles que définies à l'article 5 du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales [...] ».

⁵ Article L611-19 du Code de la propriété intellectuelle : « [...] 4° Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés. [...] ».

⁶ Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention de Strasbourg, 27 novembre 1963

⁷ Convention sur la délivrance de brevets européens de Munich du 5 octobre 1973

⁸ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques

⁹ Article L611-19 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁰ Rapport de l'OPECST N° 160, A.CLAEYS, « La brevetabilité du vivant »

françaises et anglaises. Dans la directive de 1998, la traduction du terme de race animale en allemand a été revue. La directive parle de « Tierrassen » qui correspond à la race animale. Afin d'aligner la terminologie sur celle de la directive, le texte allemand de la CBE a été modifié pour remplacer le terme « Tierarten » par celui de « Tierrassen ». Aujourd'hui, il y a une uniformisation dans les trois langues. Une difficulté est résolue.

Cependant, subsiste la difficulté liée à l'absence de définition textuelle de la « race animale ». Une interprétation de cette exclusion s'est avérée nécessaire.

II. L'évolution de l'exclusion de la race animale des inventions brevetables

A titre préalable, il convient de distinguer **la brevetabilité des procédés de la brevetabilité du résultat**. Ce sont les deux hypothèses de brevetabilité concernant les modifications génétiques opérées sur un animal. S'agissant de la brevetabilité du procédé, l'exclusion de la race animale n'a pas d'impact, il est possible de breveter le procédé permettant l'obtention d'un animal génétiquement modifié. En revanche, concernant la brevetabilité du résultat, les choses se compliquent.

Breveter le résultat revient à demander un brevet pour un animal « per se ». Dans ce cas, dans quelle mesure l'exclusion de la race animale se heurte à une demande de brevet portant sur un animal génétiquement modifié. L'exclusion concerne-t-elle tous les animaux génétiquement modifiés ou simplement les modifications génétiques applicables uniquement à une race animale ?

L'exclusion de la race animale peut être interprétée de plusieurs façons.

Dans un premier temps, l'exclusion est interprétée largement comme signifiant une exclusion de tous les animaux génétiquement modifiés du domaine brevetable.

Pour comprendre cette première interprétation de l'exclusion, il faut reprendre les textes applicables à cette époque.

La convention de Strasbourg de 1963 avait pour objet d'unifier des éléments de droit des brevets dans les réglementations des états signataires. Cette convention prévoit en son article 2 : « *Les **Etats contractants ne sont pas tenus de prévoir l'octroi de brevets pour : les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition légale ou réglementaire ; les variétés végétales ou les **races animales** ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés*** ».

A cette époque, il n'était pas encore imaginable de créer des animaux génétiquement modifiés. La convention laissait libre les états d'écarter les races animales du domaine brevetable le jour où la question se présenterait.

La convention de Munich de 1973 (CBE) reprend pour partie la convention de Strasbourg.

Elle stipule à l'article 53-b) : « *Les brevets européens ne sont pas délivrés pour :*
b) les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés ».

Il faut constater que la convention de Munich se fait plus dure que la convention de Strasbourg et écarte clairement la brevetabilité des races animales.

En France, l'article 7 c) de la loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention, modifié par une loi du 13 juillet 1978 dispose que : « *Ne sont pas brevetables : c) Les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés* ».

Les termes de la loi de 1968 sont similaires à ceux de la convention sur le Brevet Européen.

A partir de la fin des années 1980, les premières demandes de brevet portant sur des animaux génétiquement modifiés se présentent. Il devient nécessaire d'appliquer les textes alors en vigueur, textes qui ont été rédigés à une époque où les animaux génétiquement modifiés n'avaient pas encore vu le jour.

Pour appliquer les textes en vigueur à cette époque, la difficulté liée à l'absence de définition de la race animale posait problème. Il était, dès lors, nécessaire d'interpréter l'exclusion.

L'affaire de la souris de Harvard va permettre à l'Office Européen des Brevets (OEB) d'interpréter des dispositions de la convention de Munich (CBE). Cette affaire concernait une demande de brevet portant sur une souris génétiquement modifiée pour présenter une prédisposition au cancer.

L'affaire de la souris de Harvard illustre l'évolution, voire la modification de jurisprudence de l'OEB au sujet de l'interprétation de l'exclusion de la race animale.

Plusieurs étapes sont observées :

- la division d'examen de l'OEB par une décision du 14 juillet 1989 considère d'abord que tous les animaux sont exclus de la possibilité d'accorder un brevet eu égard à l'exclusion des races animales du domaine brevetable. Autrement dit, l'OEB assimile la race animale à l'ensemble des animaux. Le demandeur fait appel de cette décision devant la chambre de recours.
- Le 3 octobre 1990¹¹, l'OEB modifie sa jurisprudence en faisant une interprétation stricte de la race animale. La chambre de recours technique pose le principe général en vertu duquel « *l'exception à la brevetabilité prévue à l'art. 53 b) CBE vise certaines catégories d'animaux, mais non les animaux en tant que tels* ». « *Pour la chambre de recours technique, le silence des rédacteurs de la CBE sur la définition de races animales doit être interprété non comme une volonté d'exclure tous les animaux de la brevetabilité mais comme un appel au juge interprète* »¹².

¹¹ Affaire T 0019/90

¹² S. DESMOULIN, « l'animal, objet d'invention brevetable » in l'être humain, l'animal et la technique, les presses de l'université de Laval, 2007, p.156

- La division d'opposition est ensuite saisie de l'affaire. Le 7 novembre 2001, elle confirme la position de la chambre des recours en admettant la possibilité de breveter un animal génétiquement modifié avec la réserve, interprétée strictement, de la race animale.
- La dernière étape du long chemin vers la brevetabilité de la souris de Harvard est la décision de la chambre de recours technique, à nouveau saisie de l'affaire, du 6 juillet 2004¹³. La chambre conserve sa position et pose qu'une revendication portant sur une catégorie taxinomique plus élevée que la race peut être accueillie¹⁴.

Parallèlement à l'évolution de la jurisprudence sur l'appréciation de l'exclusion de la race animale, une **directive européenne est adoptée**. Il s'agit de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

L'article 4 de la directive prévoit :

« 1. *Ne sont pas brevetables :*

a) *les variétés végétales et les races animales ;* »

Cet élément n'est qu'une reprise des textes passés.

L'article 4 ajoute :

« 2. *Les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée. [...].* »

Dans ce deuxième point, l'article 4 de la directive s'inspire de la jurisprudence de l'OEB. Il est désormais prévu textuellement que la brevetabilité des animaux génétiquement modifiés est possible.

La CBE est modifiée à son tour pour se conformer à la directive de 1998. La règle 27 b) du règlement d'exécution de la CBE dispose : « *Les inventions biotechnologiques sont également brevetables lorsqu'elles ont pour objet : [...] b) des végétaux ou des animaux si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée* ».

Le droit français¹⁵ transpose la directive. L'article L 611-19 du Code de la propriété intellectuelle est modifié. Il est désormais prévu que « *Ne sont pas brevetables : Les races animales* », et un tempérament est ajouté en vertu duquel « *les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminées* ».

Ces trois textes reprennent la même idée selon laquelle une revendication qui porte sur un animal génétiquement modifié est brevetable lorsque la modification génétique est « *faisable techniquement* » pour un ensemble taxinomique supérieur à la race.

Autrement dit **l'invention résultant d'une expérience faite sur une race d'animal en particulier est brevetable si cette invention est transposable (« faisable techniquement »)**

¹³ Affaire T 0315/03

¹⁴ Point 11.4 des motifs de la décision : « *un brevet ne devrait pas être délivré pour une race animale individuelle (ou une espèce ou une variété, selon la version linguistique de la CBE utilisée), mais peut l'être lorsque ses revendications sont susceptibles de couvrir des races animales* ». <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t030315fp1.html> consulté le 15/09/2014

¹⁵ Transposition de la directive par la loi n°2004-1338 relative à la protection des inventions biotechnologiques du 8 décembre 2004

à toute une espèce ou sous-espèce d'animaux.

Finalement, aujourd'hui se pose la question du bien-fondé de cette exclusion.

Il apparaît que l'exclusion de la race animale soit devenue une contrainte purement théorique, artificielle. Tout est question de formulation de la revendication. Bien formulée, la revendication portant sur un animal génétiquement modifié ne se heurtera pas à l'obstacle de l'exclusion de la race animale.

D'une absence de définition de la race animale problématique, nous sommes arrivés à une exclusion de la race animale à la portée illusoire.

Pour autant, l'exclusion est à ce jour conservée dans les textes.