



Disclaimer: unless otherwise agreed by the Council of UPOV, only documents that have been adopted by the Council of UPOV and that have not been superseded can represent UPOV policies or guidance.

This document has been scanned from a paper copy and may have some discrepancies from the original document.

---

Avertissement: sauf si le Conseil de l'UPOV en décide autrement, seuls les documents adoptés par le Conseil de l'UPOV n'ayant pas été remplacés peuvent représenter les principes ou les orientations de l'UPOV.

Ce document a été numérisé à partir d'une copie papier et peut contenir des différences avec le document original.

---

Allgemeiner Haftungsausschluß: Sofern nicht anders vom Rat der UPOV vereinbart, geben nur Dokumente, die vom Rat der UPOV angenommen und nicht ersetzt wurden, Grundsätze oder eine Anleitung der UPOV wieder.

Dieses Dokument wurde von einer Papierkopie gescannt und könnte Abweichungen vom Originaldokument aufweisen.

---

Descargo de responsabilidad: salvo que el Consejo de la UPOV decida de otro modo, solo se considerarán documentos de políticas u orientaciones de la UPOV los que hayan sido aprobados por el Consejo de la UPOV y no hayan sido reemplazados.

Este documento ha sido escaneado a partir de una copia en papel y puede que existan divergencias en relación con el documento original.

## UNION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES

GENÈVE

## COMITE TECHNIQUE

**Dix-huitième session  
Genève, 18 et 19 novembre 1982**

ECARTS MINIMAUX ENTRE LES VARIETES

Document établi par le Bureau de l'UnionRappels

1. A sa vingt-cinquième session, le Comité consultatif de l'UPOV a approuvé la procédure envisagée pour la préparation de l'audition prévue pour 1983 des organisations internationales non gouvernementales au sujet des écarts minimaux entre les variétés, ainsi qu'au sujet des dénominations variétales. Cette procédure (voir document CC/XXV/8, paragraphe 3) sera la suivante :

i) Le Bureau de l'Union établira un projet destiné à servir, par la suite, de base à l'audition des organisations internationales non gouvernementales.

ii) Ce projet sera soumis au Comité administratif et juridique et au Comité technique, lorsqu'ils se réuniront en novembre 1982, et, si une recommandation est faite dans ce sens par un des Comités, ou par les deux, il sera soumis également au Comité consultatif, lors de sa réunion du premier semestre de 1983.

iii) L'audition des organisations internationales non gouvernementales aura lieu au cours du second semestre de 1983. Des invitations seront adressées aux quatre organisations qui s'occupent d'amélioration des plantes et de commerce des semences, à savoir l'AIPH (Association internationale des producteurs de l'horticulture), l'ASSINSEL (Association internationale des sélectionneurs pour la protection des obtentions végétales), la CIOFORA (Communauté internationale des obtenteurs de plantes ornementales et fruitières de reproduction asexuée) et la FIS (Fédération internationale du commerce des semences), ainsi qu'à l'AIPPI (Association internationale pour la protection de la propriété industrielle) et à la CCI (Chambre de commerce internationale). Chaque invitation sera accompagnée d'un document comprenant le texte mentionné au point i) ci-dessus, mais tenant compte aussi des résultats des débats des deux comités de l'UPOV et éventuellement du Comité consultatif.

iv) Les résultats de l'audition seront examinés au cours du premier semestre de 1984 au sein du Comité technique et du Comité administratif et juridique et les décisions nécessaires en la matière, par exemple relatives à une résolution ou à une recommandation, seront prises par le Comité consultatif et le Conseil au cours du second semestre de 1984.

2. Le projet susmentionné est joint en annexe au présent document.

[L'annexe suit]

Projet

## ECARTS MINIMAUX ENTRE LES VARIETES

Document établi par le Bureau de l'Union pour l'audition des  
organisations internationales non gouvernementales

## INTRODUCTION

1. L'expression "écart minimal entre variétés" a été forgée pour désigner la différence qui doit exister entre une variété nouvelle et toute variété existante - en particulier une variété protégée - pour que des droits (conférés par un titre de protection des obtentions végétales ou par un brevet de plante) puissent être concédés. Bien que cette question ait toujours été importante depuis que l'UPOV existe, en particulier en relation avec l'établissement des principes directeurs d'examen et la détermination des différents niveaux d'expression des caractères inclus dans ces documents, elle a encore gagné en importance ces dernières années en raison notamment des faits nouveaux suivants :

i) Des difficultés sont apparues dans le cas des variétés chez lesquelles les mutations spontanées sont fréquentes ou chez lesquelles on peut facilement induire des mutations;

ii) On s'est demandé si des caractères obtenus à l'aide de l'électrophorèse ou d'autres méthodes perfectionnées d'examen devraient être utilisés pour la constatation de la distinction, de l'homogénéité et de la stabilité;

iii) Au Comité technique, on a soulevé la question générale de savoir si l'éventail des caractères figurant dans les principes directeurs d'examen ne devrait pas être élargi.

En outre, le fait que les obtenteurs utilisent de plus en plus du matériel de base identique ou similaire dans leurs travaux de sélection - avec à la clé, inévitablement, des variétés de plus en plus proches les unes des autres et donc de plus en plus difficiles à distinguer - a aussi eu une incidence sur la question des écarts minimaux entre les variétés. Enfin, de nouvelles techniques autorisent le transfert relativement facile et rapide d'un caractère d'une variété à une autre, et donc de modifier légèrement une variété protégée pour créer une variété nouvelle dans le seul but d'éviter le paiement de redevances pour l'utilisation de la variété protégée, ou même de demander la protection de cette nouvelle variété.

2. Ainsi qu'il sera expliqué plus en détail ci-après, la question des écarts minimaux est aussi étroitement liée à l'étendue de la protection conférée par le titre délivré.

3. Le présent document a pour objet de constituer une base pour la discussion de l'ensemble de la question des écarts minimaux. Il explique comment les dispositions de la Convention régissent les écarts minimaux entre les variétés et l'étendue de la protection, rappelle les résolutions adoptées par l'UPOV pour l'application de ces dispositions et énonce quelques questions qui peuvent surgir dans l'application de la Convention et des législations nationales fondées sur elle, afin d'orienter les discussions vers les questions de détail cruciales. Le document contient ensuite une courte explication de l'importance, pour la politique juridique, de la décision sur les écarts minimaux et sur l'étendue de la protection et, enfin, il fait état de la façon dont on pourrait agir sur les écarts minimaux et l'étendue de la protection.

4. Lorsque les paragraphes suivants contiennent des observations détaillées sur les dispositions de la Convention et sur les termes utilisés dans celles-ci, il ne s'agira que d'opinions personnelles des auteurs de ce document, qui ne doivent en aucun cas être prises pour des interprétations obligatoires de la Convention.

ECART MINIMAL COMME CONDITION DE LA PROTECTION

5. La Convention elle-même contient des dispositions détaillées assurant que la protection n'est accordée que pour des variétés qui s'écartent dans une certaine mesure des autres variétés. Ces dispositions figurent principalement à l'article 6.1)a), qui prévoit que la distinction est une condition préalable à la protection. Conformément aux usages du droit des brevets, on utilise parfois le mot "nouveau" pour désigner cette condition. Toutefois, l'expression "distinction" - ou "possession de caractères distinctifs" - est devenue d'usage courant au sein de l'UPOV pour désigner les rapports entre la variété pour laquelle la protection est demandée et les autres variétés existantes, le mot "nouveau" étant alors réservé pour la condition énoncée à l'article 6.1)b); selon cette dernière, d'une part, la protection ne peut être accordée que si la variété elle-même n'a pas été offerte à la vente ou commercialisée avec l'accord de l'obtenteur ou de son ayant cause dans certains délais et, d'autre part, la mise en culture de la variété elle-même à des fins d'expérimentation, le dépôt d'une demande d'inscription dans un registre officiel ou cette inscription, ainsi que toute autre action rendant la variété elle-même notoirement connue, ne constituent pas un obstacle à la protection.

6. Conformément à l'article 6.1)a) susmentionné, une variété peut se distinguer si les conditions suivantes sont remplies : elle doit pouvoir être nettement distinguée par un ou plusieurs caractères importants de toute autre variété dont l'existence, au moment où la protection est demandée, est notoirement connue. Ces conditions sont expliquées plus en détail ci-après afin de faciliter la discussion.

Distinction de toute autre variété

7. Pour établir la distinction, les services d'examen effectuent une comparaison avec chacune des autres variétés existantes. Contrairement à ce qui se passe en droit des brevets, que le système de protection des obtentions végétales a pris pour modèle, on ne dégage pas de l'ensemble des autres variétés un état fictif des connaissances notoires (constitué à la façon d'une mosaïque par l'examineur) comparable à l'état de la technique en droit des brevets. Si une variété faisant l'objet d'une demande est très proche de plusieurs autres variétés, elle doit être comparée avec chacune d'elles individuellement - et non avec une combinaison de celles-ci - et la protection ne peut être refusée que si la variété faisant l'objet de la demande ne se distingue pas nettement de l'une (au moins) des variétés existantes.

8. Il convient de noter que la variété elle-même ("la variété" au sens de l'article 6.1)b)) ne fait pas partie des connaissances notoires. Elle peut être notoirement connue elle-même. L'obtenteur ne se porte par conséquent aucun préjudice si, avant la date de la demande de protection, il fait connaître sa variété, la décrit dans une publication ou lors d'une conférence, la montre publiquement ou l'expose, la met en culture à des fins d'expérimentation ou demande la protection dans un autre Etat ou l'inscription dans un registre; ce n'est que la commercialisation (y compris l'offre à la vente) de la variété avant certaines dates par lui-même ou son ayant cause qui constitue un obstacle à la protection. Il est donc nécessaire de préciser à quelle variété on a affaire : "une autre variété" ou "la variété" elle-même. Avec "la variété" s'agit-il, au sens de l'article 6.1)b), uniquement du matériel végétal constituant la variété (mis au point par le demandeur) et du matériel qui en est dérivé, à l'exclusion du matériel mis au point indépendamment par un autre obtenteur? Quelle est la situation juridique lorsqu'un autre obtenteur a mis au point et rendu notoire avant la date clé une variété qui est identique ou presque identique à la variété pour laquelle la protection est demandée (ce qui pourrait être le cas, par exemple, lorsque les deux obtenteurs ont utilisé le même matériel de base et les mêmes procédures de sélection et ont obtenu les mêmes résultats ou presque)? Cette variété constitue-t-elle, malgré son identité ou sa quasi-identité morphologique, physiologique ou même génétique, une "autre" variété par rapport à la variété objet de la demande, ou la même variété? Par conséquent, lorsque l'on examine si la variété objet de la demande peut être protégée, doit-on appliquer l'article 6.1)a) (distinction) ou b) (nouveau) de la Convention UPOV? D'un point de vue historique, on a sans aucun doute voulu permettre à l'obtenteur de faire certaines opérations avec sa propre variété avant le dépôt de la demande de protection, notamment de demander l'inscription de la variété au catalogue

national, alors que ces opérations auraient motivé le refus de la protection sous l'empire des conditions strictes du droit des brevets sur la nouveauté. L'obtenteur de variétés végétales s'est donc vu accorder une plus grande liberté d'action que l'inventeur dans le domaine de la technique.

#### Notoriété

9. L'autre variété, avec laquelle la variété objet de la demande doit être comparée, doit déjà être notoirement connue à la date de la demande de protection, autrement dit, son existence doit être un fait "notoire". La Convention énumère des exemples de faits établissant la notoriété (culture ou commercialisation déjà en cours, inscription sur un registre officiel de variétés effectuée ou en cours, présence dans une collection de référence, description précise dans une publication). On n'a toutefois pas voulu donner à cette énumération un caractère exhaustif. Elle donne manifestement à penser que la notion de "notoriété" doit être interprétée au sens le plus large. Dès qu'un événement permet d'établir que la variété existe déjà, la "notoriété" doit, semble-t-il, être présumée - d'après l'intention des auteurs de la Convention -, même si le concurrent était dans l'impossibilité de connaître l'existence de la variété. Ce cas se présente par exemple dans le délai qui sépare le dépôt de la demande de protection d'une variété - pour laquelle le titre est délivré ultérieurement - et la publication de cette demande par le service compétent, ce qui est un cas dans lequel un certain nombre d'Etats membres au moins considèrent que la notoriété s'établit. S'agissant de la question de savoir si la simple publication de la description d'une variété par l'obtenteur, par exemple d'un mutant qui est très proche d'une variété objet d'une demande de protection, est suffisante pour établir la notoriété, aucune décision unanime n'a encore été prise au sein de l'UPOV.

#### Caractères

10. La Convention exige que les caractères permettant d'établir la distinction doivent pouvoir être reconnus et décrits avec précision. L'éventail de ces caractères est resserré encore davantage par l'adjonction de l'adjectif "important", qui sera examiné plus en détail dans le chapitre suivant. Donc, par définition, tous les types de caractères peuvent être pris en compte (à condition d'être importants) s'ils peuvent être reconnus et décrits. A ce point se pose la question de savoir comment les termes "reconnus" et "décrits" doivent être interprétés. Un caractère peut-il être décrit s'il n'existe que sous la forme d'une réaction à un traitement? Un caractère peut-il être reconnu si on ne peut le faire qu'avec des moyens techniques compliqués qui ne sont pas à la disposition de chaque obtenteur ou de chacun de ses concurrents? Faut-il, au contraire, que le caractère soit reconnaissable avec les organes des sens humains ou, au moins, avec des moyens techniques simples largement répandus?

11. Les caractères établis à l'aide de l'électrophorèse constituent un exemple de caractères qui ne peuvent être reconnus et décrits qu'après utilisation de moyens techniques. Par méthodes électrophorétiques, on entend un ensemble de méthodes ayant en commun le fait qu'une solution de matériel végétal d'une variété est soumise à un champ électrique, lequel sépare les différents constituants organiques en solution en les faisant migrer, de sorte qu'ils se trouveront à un instant donné à certains endroits, ce qui permettra de les repérer. Les électrophorégrammes des variétés peuvent ainsi être comparés pour déterminer s'ils sont identiques ou différents; on estime qu'on obtient toujours le même électrophorégramme avec le matériel d'une variété donnée en recourant à des méthodes normalisées. Si tel est le cas, une comparaison des électrophorégrammes permet d'établir si deux échantillons proviennent d'une même variété ou de deux variétés différentes.

12. Il a été proposé à plusieurs reprises que ces méthodes - qui permettent de gagner du temps et d'économiser de l'argent, et semblent donner des résultats très clairs - pourraient être utilement mises en oeuvre dans l'examen de la distinction par les autorités nationales, en acceptant les résultats obtenus grâce à l'une d'elles comme caractère. Les discussions au sein des divers organes de l'UPOV ont montré toutefois que l'on craint que cela amènerait une différenciation trop fine. Les diagrammes électrophorétiques pourraient révéler des différences sur des plantes cultivées dans des lieux différents mais

qui ont jusqu'alors été considérées à juste titre comme appartenant à une même variété. Des objections plus précises à l'utilisation de l'électrophorèse semblent aussi résulter des exigences concernant l'homogénéité. Or, un grand nombre de variétés considérées comme homogènes ne le seraient plus si ce caractère était pris en compte. Il a été argué qu'une différenciation aussi fine mènerait à des résultats économiquement absurdes. Au surplus, on s'est demandé s'il est raisonnable de recourir à des méthodes d'examen des variétés qui ne sont pas accessibles - ou ne le sont pas facilement -, d'une façon générale à tous les demandeurs ou du moins à ceux qui sont constitués par de petites ou moyennes entreprises.

13. Pour résumer, on a fait preuve d'une grande réserve, du moins dans tous les organes de l'UPOV; il a été dit que l'électrophorèse ne devait pas être utilisée de façon générale pour le moment. On pourrait toutefois y recourir exceptionnellement pour une variété dont la valeur agronomique et technologique s'est avérée supérieure à celle des variétés témoins, mais dont la distinction n'a pas pu être constatée, ou du moins n'a pas pu être établie clairement, par les méthodes conventionnelles. Ce n'est que dans de tels cas, où le service est convaincu de l'existence d'une nouvelle variété et que l'on risque de ne pas mettre une variété valable à la disposition de la société, qu'il convient de faire une exception et de retenir, pour la distinction, un caractère qui ne peut être appréhendé que par électrophorèse. Dans les autres cas, chaque Etat membre devrait consulter les autres avant d'accepter des méthodes électrophorétiques pour la distinction.

14. Les caractères dérivés de l'électrophorèse ne sont cités ici qu'à titre d'exemples de caractères obtenus en recourant à des méthodes d'examen perfectionnées, parmi lesquelles on rangera aussi la colorimétrie et l'analyse colorimétrique, la microscopie à haut pouvoir de résolution ou électronique, la chromatographie en phase liquide à haute pression ou en phase gazeuse et diverses analyses chimiques. D'autres caractères de ce type peuvent aussi résulter de l'étude du comportement de la variété dans des situations particulières que l'on aura créées, par exemple leur réaction aux produits chimiques (tel le DDT) et les réactions d'immunité ou de résistance aux parasites et maladies. On peut aussi trouver d'autres possibilités dans le domaine des caractères technologiques et des autres propriétés, ainsi que dans les caractères qui sont rapidement et facilement transférables d'une variété à une autre (le transfert ayant souvent pour seul but de contourner la protection). Très peu des caractères obtenus par ces méthodes ont jusqu'à présent été acceptés pour la distinction, bien qu'ils se soient révélés très utiles à des fins d'identification (pour la différence entre la distinction et l'identification, voir le paragraphe 17 ci-dessous).

#### Caractères "importants"

15. Une variété objet d'une demande de protection doit pouvoir être distinguée par au moins un caractère "important" de toute autre variété dont l'existence est notoirement connue. La Convention UPOV ne précise pas ce qui doit être considéré comme un caractère important. Dans les premières années d'existence de l'UPOV, il y avait désaccord à propos des types de caractères qui devaient être considérés comme importants et le Conseil a décidé ultérieurement dans l'Introduction générale aux principes directeur d'examen que le mot "important" devait être interprété comme "important pour distinguer une variété d'une autre" (voir document TG/1/2, paragraphe 7).

16. Les principes directeurs d'examen de l'UPOV énumèrent pour les différentes espèces des caractères que tous les Etats membres estiment "importants" pour la distinction et qui le sont par conséquent aussi pour l'examen de l'homogénéité et de la stabilité. Pour beaucoup d'entre eux, il ne s'agit pas de qualités qui donnent l'impression d'une certaine valeur que la variété peut avoir. Les tableaux des caractères ne sont cependant pas exhaustifs et d'autres caractères peuvent leur être ajoutés si cela s'avère utile. Les Etats membres peuvent donc établir des listes nationales contenant des caractères supplémentaires, et la Convention ne leur interdit pas de prendre en compte encore d'autres caractères dans l'un ou l'autre cas d'espèce, lors de l'examen effectif. Si ceux-ci doivent être mentionnés dans la liste nationale des caractères avant qu'ils ne puissent être pris en compte dans l'examen d'une variété ou si les services nationaux sont libres d'examiner un caractère non mentionné dans un cas d'espèce est une question du ressort de la législation nationale, et à l'heure actuelle la réponse à cette question diffère d'un Etat membre à l'autre. La Convention UPOV et les principes directeurs d'examen de l'UPOV donnent toute liberté aux Etats en la matière.

17. L'interprétation du mot "important" dans le sens d'"important pour distinguer une variété" a été complétée récemment. La déclaration selon laquelle tous les caractères qui sont importants pour la distinction le sont également au sens de la Convention UPOV pourrait mener à une conclusion erronée, à savoir que tous les caractères qui permettent d'identifier une variété peuvent également être utilisés comme caractères importants pour la distinction. Le Comité technique a pour cette raison donné la précision suivante que le Conseil a notée, en l'approuvant (voir document C/XV/9, paragraphes 6 à 8) :

"6. Le Comité [technique] a conclu que plusieurs méthodes perfectionnées pourraient se révéler très adaptées pour vérifier l'identité d'un échantillon mais non pour faire la distinction entre les variétés aux fins de la délivrance d'une protection spécifique. Par conséquent, il a souligné la nécessité d'établir une distinction nette entre ces deux finalités.

"7. Pour être utilisée à des fins d'identification, une méthode doit répondre à plusieurs exigences techniques. Elle doit pouvoir être d'usage uniforme et conduire à la constatation de différences significatives, cohérentes et répétitives.

"8. Pour être acceptable comme méthode propre à définir des caractères pouvant servir à établir la distinction, en vue de l'octroi d'une protection, le seul fait de répondre à toutes ces exigences techniques peut ne pas suffire. La notion de caractère important peut se prêter à d'autres interprétations que celles qui sont de nature purement technique. Il importera de prendre les décisions régissant l'admission d'un caractère observé par une certaine méthode espèce par espèce, en fonction du degré de développement de la sélection ainsi que de plusieurs autres considérations qui dépassent la compétence du Comité technique."

18. Il est donc précisé qu'il existe des caractères qui sont tout à fait adaptés à l'identification ou à la confirmation qu'un échantillon appartient à une certaine variété, mais qui ne peuvent pas être considérés comme importants à des fins de distinction. Ce type de caractères se rencontre tout particulièrement lorsqu'on utilise les méthodes d'examen perfectionnées mentionnées au paragraphe 14 ci-dessus.

#### Raisons pour lesquelles il convient de rejeter des caractères obtenus à l'aide de méthodes perfectionnées

19. Les raisons principales pour lesquelles il convient de rejeter certains caractères qui sont obtenus à l'aide de méthodes perfectionnées sont les suivantes :

- a) manque de normalisation ou problèmes d'interprétation des résultats
- b) manque de différences nettes
- c) perturbation du système de la protection des obtentions végétales.

20. Manque de normalisation.- Beaucoup de méthodes perfectionnées exigent encore une normalisation ou une description détaillée, ainsi que la solution des problèmes découlant de l'interprétation de leurs résultats. En effet, il y a souvent de nombreuses méthodes qui, bien que similaires, diffèrent les unes des autres et donnent des résultats différents, ce qui rend les comparaisons et la normalisation difficiles. En outre, les résultats peuvent être diversement interprétés et donc mener à des conclusions différentes. Ainsi, dans le cas de l'électrophorèse, non seulement on peut utiliser des méthodes différentes, mais encore on peut interpréter différemment les résultats, notamment en ce qui concerne la présence ou l'absence de certaines bandes, leur position et leur intensité. Quelques uns de ces problèmes peuvent néanmoins être résolus au sein de l'UPOV. En restant dans l'exemple de l'électrophorèse, on pourrait s'accorder au sein de l'UPOV sur une seule méthode et un seul mode d'interprétation, par exemple en ne tenant compte que de l'absence ou de la présence de certaines bandes.

21. Manque de différences nettes dû à un défaut d'homogénéité.- Pour beaucoup de caractères obtenus à l'aide de méthodes perfectionnées, il y a un problème de défaut d'homogénéité. Beaucoup de variétés actuellement protégées ne sont pas homogènes pour ces caractères et, au surplus, il semble souvent difficile de faire mieux dans les nouvelles variétés, ce qui rend impossible l'observation d'une différence nette susceptible d'établir la distinction. Avant d'introduire un nouveau caractère, il est donc nécessaire de résoudre la question de l'homogénéité, et aussi celle de l'effet de l'admission de ce caractère sur les variétés déjà protégées.

22. Perturbation du système de protection des obtentions végétales.- L'UPOV et les services des Etats membres portent la responsabilité du système de protection des obtentions végétales et de son utilité pour la société. Comme il est indiqué dans le préambule de la Convention, ils doivent prêter attention à la fois à l'importance de la protection des obtentions végétales pour le développement de l'agriculture sur leur territoire et à la sauvegarde des intérêts des obtenteurs. En acceptant un caractère comme important ou une différence comme nette, ils doivent par conséquent se souvenir que, ce faisant, ils peuvent ouvrir la possibilité de délivrer des titres de protection supplémentaires susceptibles d'interférer de façon injustifiée avec des droits issus de titres de protection existants qu'il leur faut "assurer" d'après la Convention (voir l'article premier, paragraphe 1). Un équilibre doit être recherché entre la nécessité d'assurer les droits déjà concédés et la nécessité de permettre la concession de nouveaux droits pour les réelles nouveautés qui méritent d'être protégées. La décision sur l'importance d'un caractère ne peut donc pas être prise seulement en fonction de la possibilité qu'il offre d'identifier deux variétés, mais doit également tenir compte du fait que l'acceptation de ce caractère pourrait miner sans justification les droits existants ou même mettre en danger le système de la protection des obtentions végétales dans sa totalité.

#### Distinction "nette"

23. La variété doit pouvoir être "nettement" distinguée et l'examen doit donner des résultats clairs. La Convention ne précise pas davantage cette condition. C'est pourquoi, dès sa naissance, l'UPOV a discuté de cette question dans plusieurs de ses organes. Le résultat de ces discussions est consigné dans l'Introduction générale aux principes directeurs d'examen de l'UPOV (document TG/1/2) qui indique, pour des cas particuliers, quand une variété peut être nettement distinguée d'une autre variété notoirement connue.

24. Le critère de distinction commun à tous les groupes de caractères est que la différence entre deux variétés doit :

- être constatée dans au moins un lieu d'examen,
- être nette et
- rester cohérente.

25. Dans le cas d'un caractère qualitatif vrai, la différence entre deux variétés doit être considérée comme nette si, pour ce caractère, elles présentent des niveaux d'expression différents. Dans le cas des autres caractères traités de façon qualitative, il faut tenir compte d'une éventuelle fluctuation pour établir la distinction.

26. Lorsque la distinction dépend de caractères [quantitatifs] mesurés, la différence doit être considérée comme nette lorsqu'elle est établie avec une probabilité d'erreur de 1% pour le risque de première espèce, par exemple par la méthode de la plus petite différence significative. Les différences sont cohérentes si elles se répètent avec le même signe pendant deux cycles de végétation consécutifs ou dans deux cycles sur trois.

27. Si un caractère quantitatif qui est normalement observé visuellement constitue le seul caractère distinctif par rapport à une autre variété, il doit être mesuré, en cas de doute, si cela peut être effectué sans trop d'efforts. Il est recommandé, dans tous les cas, d'effectuer une comparaison directe entre deux variétés similaires, car les comparaisons directes par paires présentent le plus faible biais. Dans chaque comparaison, on peut

noter une différence entre deux variétés dès que cette différence est visible à l'oeil nu et qu'elle pourrait être mesurée, encore qu'une telle mesure puisse nécessiter des efforts injustifiés. Le critère le plus simple pour établir la distinction consiste à exiger des différences cohérentes dans les comparaisons par paires (différences significatives de même signe), pourvu qu'on puisse espérer les retrouver dans les essais ultérieurs. Le nombre des comparaisons doit être suffisant pour atteindre un degré de fiabilité comparable à celui retenu pour les caractères mesurés.

28. Il peut arriver que l'on observe pour deux variétés des différences concernant plusieurs caractères observés séparément; si l'on utilise une combinaison de ces données pour établir la distinction, il convient de s'assurer que le degré de fiabilité est comparable à celui qui est prévu pour les caractères quantitatifs mesurés et pour les caractères quantitatifs normalement observés visuellement.

29. L'interprétation figurant dans les paragraphes 25 à 28, qui ont été repris des paragraphes 21 à 26 du document TG/1/2, indique nettement qu'il n'est pas possible de donner une interprétation générale du mot "nettement", et que l'interprétation dépend du type de caractère. Selon l'interprétation figurant ci-dessus, il n'y a aucun problème en ce qui concerne les caractères qualitatifs vrais, du fait que les écarts minimaux entre deux variétés sont nettement fixés. Pour les caractères quantitatifs mesurés, les écarts sont aussi définis de façon relativement nette. L'utilisation de méthodes statistiques exige toutefois que la taille de la population statistique soit fixée si l'on souhaite obtenir des résultats comparables avec la même probabilité d'erreur. L'UPOV a par conséquent décidé que les principes directeurs d'examen ne donneront plus une taille minimale pour les échantillons mais fixeront la taille pour garantir que la même différence sera considérée comme nette, ou floue, dans tous les Etats membres et pour éviter que, grâce à une augmentation de la taille de l'échantillon, certains Etats considèrent des différences encore plus petites comme étant toujours nettes.

30. Comme le paragraphe 27 et les dispositions détaillées qui y sont reproduites auront permis de le constater, c'est dans le cas des caractères quantitatifs normalement observés visuellement que les plus grandes difficultés d'interprétation se sont posées et que le plus large éventail d'interprétations existe encore actuellement. Un caractère normalement observé visuellement doit être mesuré s'il est le seul caractère distinctif par rapport à une autre variété. Une autre procédure ne doit être suivie que si cela n'est pas possible ou exigerait trop d'efforts.

31. Malheureusement, la plupart des caractères utilisés à des fins de distinction sont soit des caractères quantitatifs normalement observés visuellement, soit des caractères qui, bien qu'exprimés qualitativement, ne sont pas des caractères qualitatifs vrais. Pour ce dernier cas, le paragraphe 25 ci-dessus exige aussi que l'on tienne compte d'une éventuelle fluctuation, ce qui autorise un large éventail d'interprétations, si bien que ces deux groupes de caractères nécessitent soit une discussion plus détaillée au sein de l'UPOV afin de resserrer l'éventail, soit la fixation par les groupes de travail techniques, dans les principes directeurs d'examen, de la différence nette pour chaque caractère. Une situation similaire existe pour les caractères mentionnés dans le paragraphe 28 ci-dessus, mais celle-ci ne s'est pas encore produite très souvent.

#### ECART MINIMAL ET ETENDUE DE LA PROTECTION

32. L'intérêt que manifestent les obtenteurs pour une reconsidération de la question des écarts minimaux ne semble pas, ou du moins pas seulement, tirer son origine de leur crainte qu'une autre personne puisse aussi obtenir la protection pour une variété qui est très proche de l'une des leurs. Il est important pour le titulaire d'un droit de protection - voire souvent primordial - qu'il soit en mesure d'empêcher un concurrent de mettre sur le marché du matériel de multiplication pratiquement identique au matériel de sa variété protégée. En d'autres termes, l'étendue de la protection de leurs propres variétés est souvent plus importante pour les obtenteurs que l'écart qui doit être respecté pour la délivrance de titres de protection pour d'autres variétés.

33. En vertu de la Convention UPOV, il y a une certaine interaction entre l'écart minimal et l'étendue de la protection, plus précisément ensuite de l'article 5.3): en effet, l'autorisation du titulaire de la protection d'une variété n'est pas nécessaire pour créer une nouvelle variété sur la base de la variété protégée et pour la commercialiser (sauf dans le cas de l'emploi répété de la variété protégée, par exemple comme variété parentale pour la production commerciale d'une variété hybride). Il s'agit là d'un écart important du droit des brevets, dans lequel il n'existe aucune interaction comparable et dans lequel il est tout à fait possible qu'un brevet soit accordé pour une invention qui entre dans l'étendue de la protection conférée à une invention plus générale. Un inventeur peut ainsi détenir un brevet pour une substance chimique et un autre inventeur un brevet pour l'utilisation de cette substance à des fins particulières, cette utilisation étant nouvelle et ayant un caractère inventif. Dans un tel cas, le titulaire du brevet d'application doit obtenir l'autorisation du titulaire du brevet de produit pour exploiter son propre brevet, et un tiers désirant utiliser la substance à ces fins particulières doit obtenir l'autorisation des deux titulaires, et par conséquent payer des redevances à ces deux titulaires. En raison de cette différence entre les deux systèmes, la jurisprudence et la littérature - très volumineuses - du droit des brevets ne peuvent pas être utilisées pour les questions de protection des obtentions végétales, ou du moins de façon très limitée seulement.

34. Il devrait donc logiquement résulter de l'article 5.3) que l'étendue de la protection d'une variété donnée ne peut en aucun cas couvrir le matériel végétal d'une variété nouvelle, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas aller au-delà de la limite à partir de laquelle la protection peut être accordée pour une nouvelle variété issue de cette variété donnée. Il s'agit toutefois d'une autre question de savoir si l'étendue de la protection atteint cette limite ou s'il peut y avoir un espace intermédiaire entre le domaine de la protection conférée à une variété et le domaine dans lequel un autre droit de protection peut être accordé, ce qui signifierait que du matériel pourrait être librement commercialisé s'il entre dans cet espace intermédiaire, c'est-à-dire sans l'autorisation du titulaire de la protection, bien qu'il ne soit pas susceptible d'une protection à titre d'obtention végétale, et ce même s'il remplissait les autres conditions pour la reconnaissance à titre de variété.

35. La Convention est brève sur l'étendue de la protection. L'article 5.1) prévoit simplement que le droit a pour effet de soumettre à l'autorisation préalable de l'obtenteur (en fait, du titulaire du droit) la production à des fins d'écoulement commercial, la mise en vente et la commercialisation du matériel de reproduction ou de multiplication végétative, en tant que tel, de la variété nouvelle. Il convient dès lors d'élucider ce que l'on entend par "matériel de reproduction ou de multiplication végétative, en tant que tel, de la variété" au sens de l'article 5.1) de la Convention UPOV et des législations nationales fondées sur elle. Cette expression doit assurément couvrir aussi le matériel de multiplication dérivé du matériel de la nouvelle variété de l'obtenteur. Il reste cependant à savoir si elle couvre aussi le matériel de multiplication d'une variété identique à la variété protégée, mais qui provient d'une autre source, plus précisément le matériel de la variété d'un "obtenteur parallèle". Il faut aussi se demander si elle couvre également le matériel de multiplication des variétés qui ne diffèrent que légèrement de la variété protégée. Enfin, il conviendra d'examiner si le titulaire d'un droit ne devrait pas recevoir une protection qui s'étende aussi au matériel des variétés identiques ou presque identiques. Il semblerait tout à fait logique d'aller jusqu'à la limite à partir de laquelle une protection pourrait être accordée pour d'autres variétés. Dans cette hypothèse, la protection couvrirait : le matériel de la variété elle-même, le matériel d'une variété identique, le matériel d'une autre variété qui diffère trop peu de la variété protégée pour que la protection puisse lui être accordée. On observera toutefois que l'étendue de la protection effective sera délimitée en dernier ressort par les tribunaux nationaux.

#### OBJECTIFS DE LA POLITIQUE JURIDIQUE

36. La fixation des écarts minimaux et de l'étendue de la protection a une importance considérable pour le titre de protection et par conséquent pour le système dans sa totalité. Trop peu d'attention a été accordée à ce problème dans les premières années, du fait que le nombre des variétés protégées était

petit et que la distance entre les variétés était plus grande. Mais avec l'augmentation du nombre de variétés protégées et de demandes de protection, cette question jouera un rôle plus important. La question de principe se pose de façon similaire pour les autres titres de protection comparables. Les conséquences des écarts minimaux effectifs sont brièvement décrites ci-dessus.

#### Effets des petits écarts minimaux

37. L'acceptation de petits écarts minimaux permettra de délivrer un plus grand nombre de titres de protection. Cela favorisera le demandeur de protection et se traduira par un grand nombre de variétés protégées et par une concurrence acharnée ainsi que, obligatoirement, par un haut niveau d'homogénéité pour chacune des variétés, qui sera parfois très difficile à atteindre pour l'obtenteur. La charge de travail des services nationaux augmentera considérablement, d'une part, du fait du plus grand nombre de variétés qui devront être examinées et, d'autre part, du fait que l'examen devra être plus minutieux et plus précis pour chaque variété, par exemple pour asseoir les petites différences sur plus de données statistiques.

38. Cela pose également la question de savoir si le surcroît d'efforts imposé aux services nationaux est souhaitable du point de vue de l'économie nationale. Le grand nombre de variétés presque identiques, qui exigent un surcroît de travail considérable dans le domaine de l'examen et du contrôle des variétés, apportera-t-il une contribution au développement de l'agriculture justifiant vraiment ces efforts? D'un autre côté, la valeur économique de la protection sera grandement érodée par la délivrance de titres de protection pour des variétés très voisines et par la diminution correspondante de l'étendue de la protection, en particulier du fait que les techniques modernes permettent le transfert rapide de certains caractères à une variété protégée (ce qui constituera un danger tout particulier lorsque celle-ci a un très grand succès). Les consommateurs et le commerce seront souvent dans l'impossibilité de faire la différence entre les nombreuses variétés, et ne la feront pas, lorsque la distinction devra faire appel à des méthodes perfectionnées et compliquées.

39. Cette politique peut rendre la protection inintéressante et, à long terme, peut détourner les obtenteurs de la protection. Le système de protection pourrait ainsi cesser de constituer un stimulant pour la création variétale, avec éventuellement comme conséquence un déclin de l'amélioration des plantes.

#### Effets des grands écarts minimaux

40. L'adoption de grands écarts minimaux et d'une grande étendue de la protection a l'effet inverse d'augmenter la valeur du titre de protection lorsqu'il aura été accordé, bien qu'il soit alors plus difficile à obtenir. Il en résultera une forte protection qui constituera une rémunération équitable des investissements. La production de variétés distinguables sera stimulée et par conséquent des variétés possédant des caractères nouveaux et réellement différents apparaîtront sur le marché, au lieu du grand nombre de variétés apparentées qui s'agglutinent fréquemment autour d'une variété réussie sans apporter vraiment d'avantages supplémentaires. Les exigences en matière d'homogénéité ne devront pas être fixées à un niveau extrêmement élevé. L'effet positif sur la valeur commerciale de la variété devrait en ce cas être positif. Il sera plus intéressant d'obtenir la protection et il y a tout lieu d'en attendre une stimulation de l'amélioration des plantes. L'identification des variétés au stade de la production, du commerce ou de l'utilisation sera plus facile et sera souvent possible sans recours à un équipement très compliqué ou à des méthodes perfectionnées.

#### Cas particulier des mutations

41. La question des écarts minimaux devient primordiale lorsque les mutations sont fréquentes ou peuvent être induites facilement. Si les exigences en matière d'écarts minimaux sont trop faibles, on pourra très rapidement s'acheminer vers une situation dans laquelle il ne sera plus rémunérateur d'obtenir la protection du fait qu'elle sera facilement éludée dans le cas des variétés commercialement profitables, ou que les variétés protégées seront rapidement dépassées par d'autres.

## MOYENS D'ACTION

42. On peut se demander si l'UPOV dispose vraiment de moyens d'agir sur l'évolution. En ce qui concerne la détermination de l'étendue de la protection, cela sera en tout cas des plus difficiles du fait que la décision sera dès la première instance du ressort des tribunaux des Etats membres compétents pour connaître des contrefaçons. Au plus, l'UPOV pourra exercer une influence en arrêtant avec les organisations professionnelles certains points de vue pouvant revêtir la forme de jugements d'experts, voire de recommandations, dans l'espoir que les tribunaux nationaux en tiendront compte.

43. En ce qui concerne les écarts minimaux en tant que condition pour la délivrance d'un titre de protection, les décisions sont prises en première instance par les services nationaux de la protection des obtentions végétales qui doivent appliquer la Convention UPOV et la législation nationale fondée sur elle. Les services des Etats membres ont déjà déployé des efforts au sein de l'UPOV pour trouver des solutions concertées et établir des règles, principalement dans l'Introduction générale aux principes directeurs d'examen, ces solutions et règles étant appliquées dans une plus ou moins grande mesure par les divers services. Si l'un ou l'autre des aspects de la situation actuelle est considéré comme non satisfaisant, les divers organes de l'UPOV pourront prendre les mesures suivantes.

### 44. Groupes de travail techniques

i) Pour fournir au Comité technique et au Comité administratif et juridique les informations de base nécessaires et pour éviter que l'on se perde dans des discussions purement théoriques, les groupes de travail techniques pourraient être priés de sélectionner un jeu de principes directeurs d'examen adoptés, en vue d'une vérification; par exemple, le Groupe de travail technique sur les plantes agricoles pourrait choisir les principes directeurs d'examen du blé, le Groupe de travail technique sur les plantes fruitières ceux du pommier, le Groupe de travail technique sur les plantes ornementales et les arbres forestiers ceux du rosier et le Groupe de travail technique sur les plantes potagères ceux de la tomate. Les experts des Etats membres participant dans les travaux du groupe de travail technique concerné pourraient alors être priés d'établir la liste des caractères de l'espèce en question qui sont considérés comme importants dans leur pays et d'indiquer, pour chaque caractère, ce qui est actuellement considéré dans leur pays comme une différence nette. Le Bureau de l'Union pourrait compiler les renseignements provenant des différents Etats membres en un seul document à soumettre au groupe de travail technique concerné et au Comité technique. Le document pourrait aussi être communiqué aux organisations professionnelles pour observations.

ii) Après achèvement de la totalité ou d'une partie des travaux mentionnés aux paragraphes 45 et 46 ci-dessous, les groupes de travail techniques pourraient être priés de vérifier l'utilité des caractères à chaque fois que des principes directeurs d'examen sont révisés, et ce sur la base des principes que le Comité technique aura établis. Une étape supplémentaire pourrait être envisagée et consisterait à préciser les écarts minimaux pour chaque caractère dans les principes directeurs d'examen.

### 45. Comité technique

i) Le Comité technique pourrait continuer ses discussions sur les écarts minimaux et, en prenant pour exemple les caractères obtenus à l'aide de l'électrophorèse, s'employer à arrêter des décisions sur les considérations techniques applicables à l'acceptation d'un caractère. Toutes les décisions devraient bien faire ressortir si elles seront d'application générale ou seulement valables dans certains domaines (pour un type de caractères ou pour un groupe de plantes ou d'espèces).

ii) Certaines dispositions de l'Introduction générale aux principes directeurs d'examen pourraient être révisées en vue de vérifier leur utilité et, le cas échéant, être modifiées ou complétées.

iii) De nouveaux éléments pourraient être ajoutés dans l'Introduction générale aux principes directeurs d'examen; par exemple, la différence entre les caractères suffisant pour l'identification mais qui ne sont pas considérés comme des caractères importants pour la distinction pourrait être énoncée

clairement. Des critères généraux pour l'acceptation des caractères pourraient être établis - si nécessaire en coopération avec le Comité administratif et juridique. Les critères suivants pourraient être envisagés :

- a) Existence d'une méthode normalisée d'observation du caractère, fournissant des résultats fiables.
- b) Degré de dépendance du caractère et de l'environnement.
- c) Mesure dans laquelle les exigences relatives à l'homogénéité et à la stabilité peuvent être remplies.
- d) Importance du risque pour les titres de protection existants.
- e) Effets sur le système de la protection des obtentions végétales.
- f) Possibilité d'examiner facilement les variétés pour le caractère considéré, qui soit également disponible aux petites et moyennes entreprises de sélection.

#### 46. Comité administratif et juridique

i) Le Comité administratif et juridique - et si nécessaire le Comité consultatif - pourrait s'employer à arrêter une interprétation commune de certains articles de la Convention. Il pourrait étudier comment les services et les tribunaux des Etats membres ont interprété jusqu'à ce jour les dispositions de la Convention et de la législation nationale fondée sur la Convention et si, à son avis, elles ont été interprétées correctement. Les services nationaux pourraient être priés de faire connaître leurs opinions et leurs idées sur ce point à ces organes ou à leurs sous-groupes à l'occasion de la prochaine session ou de la session suivante.

ii) Bien que l'étendue de la protection d'une variété protégée doive être décidée en fin de compte par les tribunaux nationaux, on pourrait mettre au point une approche commune au sein de l'UPOV, qui pourrait aider les tribunaux dans leurs décisions. Les questions suivantes nécessitent, semble-t-il, des précisions :

- a) L'interprétation de l'expression "autre variété" figurant à l'article 6.1)a) et la délimitation avec l'expression "la variété" figurant à l'article 6.1)b);
- b) L'interprétation de l'expression "notoirement connue" figurant à l'article 6.1)a), en particulier en ce qui concerne la publication de descriptions variétales établies par l'obtenteur;
- c) L'interprétation de l'expression "matériel de reproduction ou de multiplication végétative" figurant à l'article 5.1);
- d) L'interprétation des termes "reconnus" et "décrits".

iii) Les points d), e) et f) du paragraphe 45.iii) ci-dessus pourraient également être discutés, conjointement, avec le Comité technique.

#### Harmonisation permanente des listes des caractères et des différences nettes pour les caractères

47. Les Etats membres pourraient être priés d'informer le Bureau de l'Union périodiquement sur tout nouveau caractère qu'ils ajoutent à leur liste nationale de caractères, et de préciser à cette occasion quelles sont les différences qu'ils considèrent comme "nettes". Cela devrait permettre au Bureau de l'Union de tenir les autres Etats membres au courant de l'évolution et par conséquent de les inciter à étudier si ces caractères supplémentaires pourraient aussi être ajoutés à leurs propres listes. Les groupes de travail techniques pourraient alors vérifier s'il y a lieu d'ajouter les nouveaux caractères aux principes directeurs d'examen.