

CHAPITRE 11

LE VÉGÉTAL SAISI PAR LE COMMERCE INTERNATIONAL

Laurence RAVILLON

*Professeur à l'Université de Bourgogne – Directrice du CREDIMI (1)
Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon*

Le végétal, aux vertus phytostabilisatrices (2), hyperaccumulatrices (3) ou médicinales, fait l'objet d'un marché, concurrentiel, sur lequel nous allons trouver différents acteurs, dont des acteurs émergents. Ainsi, si, à l'origine, les obtenteurs assuraient la sélection des plantes ou leur amélioration grâce au greffage ou à l'hybridation, ils côtoient désormais des industries biotechnologiques (entreprises de la chimie et de la pharmacie), dès lors que la recherche s'est accrue dans le domaine végétal depuis une trentaine d'années. Certaines sociétés de biotechnologies sont ainsi passées du domaine humain au domaine végétal (4). Ces obtenteurs évoluent donc aux côtés des producteurs (5), des agriculteurs-multiplicateurs, des revendeurs (6), des établissements publics de recherche (l'INRA par exemple), des groupements interprofessionnels, des groupements d'intérêt scientifique, des semenciers, des courtiers génétiques (qui sont des intermédiaires entre les pays d'origine des spécimens biologiques et les utilisateurs finaux, pour identifier, collecter ou vendre ces spécimens, c'est-à-dire des extraits bruts, des composés purifiés, des bibliothèques

(1) Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, UMR 6295.

(2) Certaines plantes immobilisent la pollution.

(3) Certaines plantes traitent les sols pollués.

(4) E. BROSSET, « Introduction », in *Le droit international du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés ?*, sous la dir. d'Estelle BROSSET, Paris, La documentation française, 2009, pp. 11-36.

(5) « Un établissement a une activité de production lorsque le végétal est mis en culture par l'établissement », *Contrat d'engagement pour la mise en œuvre du dispositif passeport phytosanitaire européen* (Ministre de l'agriculture et de la pêche).

(6) « Un établissement a une activité de revente pour un végétal, s'il l'achète puis le revend sans le remettre en culture », *Contrat d'engagement pour la mise en œuvre du dispositif passeport phytosanitaire européen* (Ministre de l'agriculture et de la pêche).

chimiques), ou encore des populations autochtones ayant entretenu les plantes sauvages...

La notion de filière prend ici tout son sens, de même que le phénomène d'interdépendance des acteurs (7), afin de promouvoir le végétal, notion et réalité vitales, le patrimoine génétique végétal étant le premier maillon de la chaîne alimentaire et poursuivant un objectif de sécurité alimentaire, mais aussi de protection des espèces.

Le domaine du végétal est fortement lié à la recherche, les variétés végétales étant parfois génétiquement modifiées et la biodiversité n'étant plus uniquement dans les champs, mais aussi dans les banques de gènes (8). Il évolue également en symbiose avec les activités commerciales, dans le cadre desquelles la France joue un rôle important.

De manière plus générale, s'ils ont certes toujours eu une valeur d'échange, les végétaux « sont aujourd'hui au cœur d'opérations économiques de grande ampleur » (9). Industrialisation, professionnalisation, internationalisation, compétitivité sont désormais des termes communs à la filière végétale.

La notion de circulation des végétaux joue un rôle essentiel, mais cette circulation est encadrée par un enchevêtrement de normes. En effet, la complexité du vivant non humain s'accompagne presque naturellement d'une complexité du droit. C'est le royaume des interactions et de la confrontation des méthodes, de la richesse, mais aussi de la désarticulation des normes (10). C'est également le royaume des liens entretenus par le droit avec la science et l'économie (mais aussi avec le politique, comme pour, avant lui, les contrats relatifs au charbon, au gaz ou au pétrole). C'est aussi l'émergence d'un « droit de la prospection » (11), pour certains pans de l'activité.

(7) Sur l'interdépendance chercheurs/sélectionneurs et l'interdépendance entre États, v. J. ROCHFELD, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun », in *La bioéthique. Batailles autour du partage du vivant*, sous la dir. de F. BELLIVIER et C. NOVILLE, Paris, Autrement, 2009, pp. 69-87.

(8) R. ALIBRAC de la PERRIÈRE, « La ressource génétique : complexité biologique et modalités de gestion dans les pays du Sud », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, sous la dir. de M.-A. HERMITTE et Ph. KAHN, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 127-143.

(9) F. BELLIVIER, C. NOVILLE, « La bioéthique : naissance et contours d'un concept », in *La bioéthique. Batailles autour du partage du vivant*, op. cit., p. 4.

(10) M. ANH NGO, P. REIS, « La protection des variétés végétales dans le commerce international : le droit, un outil stratégique », *Propriété industrielle*, octobre 2008, n° 10, étude 23 : les auteurs prennent l'exemple des OGM, pour évoquer la « désarticulation de la réglementation internationale » (§ 4).

(11) C. NOVILLE, *Ressources génétiques et droit. Essai sur le régime juridique des ressources génétiques marines*, Paris, Pedone, 1997, p. 331.

Après une présentation des instruments internationaux régissant la matière, nous mettrons l'accent sur la place occupée par le contrat. Nous verrons ainsi que, si le végétal est dans l'échange commercial international et que le marché déploie ses effets, comme il les déploie de manière générale en droit de l'environnement (quotas d'émission de gaz à effet de serre (12), biodiversité et titres environnementaux (13)), le droit des contrats est sous influence internationale, environnementale et politique. Les contrats sont donc souvent réglementés, poursuivent un intérêt général (au moins en arrière plan) et l'ordre public y est beaucoup plus envahissant qu'à l'accoutumée en droit du commerce international. Nous sommes donc en présence de contrats internationaux destinés à valoriser le vivant non humain.

Nous aborderons tout d'abord l'encadrement du végétal par le droit du commerce international avant d'envisager les contrats destinés à valoriser le vivant non humain et leur contenu.

Préliminaire. – Le végétal encadré par le droit du commerce international ou la floraison de normes

Cette diversité des sources, classique en droit du commerce international, suppose néanmoins qu'on s'y arrête car, outre que le végétal fait l'objet à certains égards d'une approche régionale, et à d'autres égards, d'une appréhension internationale, son encadrement juridique résulte de l'application de conventions internationales, lois internes (14), contrats réglementés, contrats négociés, contrats clé en main, règles professionnelles, codes d'usage, normes techniques (sur les limites maximales de résidus, sur l'étiquetage) qui doivent s'articuler, et qui donnent d'ailleurs parfois lieu à une collaboration entre les organisations internationales, notamment le Codex Alimentarius, l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), dont l'Accord de Marrakech prévoit que le commerce doit s'effectuer « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable » (15), et le Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux.

(12) M. MIGNOT, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », in *Droit et marchandisation*, sous la dir. d'E. LOQUIN et A. MARTIN, Paris, LexisNexis, 2010, pp. 245-296.

(13) F.-G. TRÉBULLE, « Les titres environnementaux », *RJE*, 2011/2, p. 203 et s.

(14) M. VARELLA, « Typologie des lois sur l'accès aux ressources génétiques », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, op. cit., pp. 175-192.

(15) Préambule, point 1.

Concernant ces trois organisations, on peut remarquer que la Commission du Codex Alimentarius (16), créée par la FAO et l'OMS, entretient des liens avec l'OMC et ses deux Accords techniques : l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), et l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), qui donnent un effet juridique aux normes du Codex. Ainsi, l'Accord SPS, issu de l'Uruguay Round, régit les mesures sanitaires et phytosanitaires, qui entravent la libre circulation des marchandises (17). Cet Accord prévoit que les membres de l'OMC doivent établir les mesures SPS sur le fondement de « normes, directives et recommandations internationales » (art. 3.1). Par conséquent, la Commission du Codex Alimentarius élabore des recommandations à caractère non contraignant, mais dont la valeur juridique a été renforcée par l'Accord SPS, qui contraint les États membres de l'OMC à établir leurs mesures sanitaires selon les normes du Codex. Quant au Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux, traité international administré par la FAO, son objectif est d'empêcher, grâce à une coopération internationale, la dissémination de parasites nuisibles aux végétaux (18).

On peut également faire mention, à côté de ces instruments :

- de la Convention de Rio sur la diversité biologique du 6 juin 1992 ;
- du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture du 3 novembre 2001, dont l'objectif est « d'assurer la sécurité alimentaire par le biais de la conservation de la biodiversité, de l'échange et de l'utilisation durable des ressources phytogénétiques, tout en garantissant des avantages commerciaux par le biais de partenariats et de collaborations pour la recherche et la mise au point de technologies » ;
- du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (2010) ;
- des travaux de l'OMPI ;
- de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), qui vise

(16) N. FERRAUD-CIANDET, « La Commission du Codex Alimentarius », *JDI*, 2009, pp. 1181-1212.

(17) M. IYNEJIAN, *L'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, LGDJ, 2002.

(18) L. BOISSON de CHAZOURNES, « Normes, standards et règles en droit international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale – entre environnement, santé et commerce international*, sous la dir. d'E. BROSSET et E. TRUILHÉ-MARENGO, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 43-56.

28000 espèces végétales, soumises à l'obtention d'un avis d'exportation non préjudiciable ;

- du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques issu de la Convention sur la diversité biologique, qui met en place des procédures spécifiques relatives aux échanges internationaux d'organismes génétiquement modifiés (OGM) (19), et cette fois, on est plutôt en présence d'une différence de logique par rapport à l'OMC qu'en présence d'une collaboration. Le Protocole précise en effet qu'il « ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations des parties en vertu d'autres accords internationaux en vigueur », notamment au regard des règles de l'OMC, portant ainsi, selon les termes de M^{me} Maljean-Dubois, « les germes de conflits normatifs à l'issue incertaine » (20), avec en arrière-plan l'application de mécanismes de règlement des différends distincts, pouvant donner lieu à des conflits « inextricables » (21). Le Protocole s'applique « aux mouvements transfrontières, au transit, à la manipulation et à l'utilisation de tout organisme vivant modifié qui pourrait avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, et comporter également des risques pour la santé humaine » (article 4) et raisonne à l'inverse des Accords OMC, qui prévoient un jeu d'exceptions aux principes de la libre circulation des produits et de la neutralité de la marchandise. Le Protocole prend le contre-pied des Accords OMC, dans un souci d'encadrement par les États du développement des techniques (22). Il relève à la fois du droit de l'environnement et d'un objectif de sécurisation des mouvements transfrontières d'OGM, obligeant, pour certains types d'OGM, « les États importateurs à se doter de moyens d'évaluation des risques ou à demander à l'État exportateur d'y procéder. D'ailleurs, ce dernier assume une responsabilité par rapport au comportement de ses entreprises quant à l'exactitude de l'informa-

(19) V. la définition donnée par le droit français : art. L. 531-1, 2° du Code de l'environnement : « organisme dont le matériel génétique a été modifié autrement que par multiplication ou recombinaison naturelles ».

(20) « La régulation du commerce international des organismes génétiquement modifiés : entre le droit international de l'environnement et le droit de l'Organisation mondiale du commerce », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, sous la dir. de J. BOURRIENET et S. MALJEAN-DUBOIS, Paris, La Documentation française, 2002, p. 28.

(21) H. RUIZ FABRI, « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ? », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, *ibid.*, pp. 149-172.

(22) M.-A. HERMITTE, C. NOIVILLE, « Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, *ibid.*, pp. 317-349.

tion fournie et au respect de l'obligation d'information prévue, ce qui laisse croire que l'encadrement des échanges en matière d'OVM, au contraire de la logique classique libre-échangiste, place l'État au centre des relations importateurs-exportateurs privés » (23).

Sur ces aspects, le niveau européen n'est pas en reste, avec son lot de directives et de règlements, visant les mouvements transfrontières d'OGM, la commercialisation des semences ou la réglementation phytosanitaire, dans lesquels certains voient d'ailleurs une source d'inspiration du droit international « prolongeant par là-même le droit communautaire au niveau international » (24), ce qui n'est pas banal. Le niveau communautaire est également concerné lorsqu'il s'agit de faire respecter non seulement le principe de libre circulation, mais aussi les règles relatives au droit de la concurrence (25).

L'articulation entre les principes de libre circulation et le nécessaire encadrement de la mise sur le marché de végétaux sont à construire (26).

Ce foisonnement des sources est très marqué parce que, compte tenu de la richesse du domaine, sont convoqués le droit international économique, le droit international public, le droit du commerce international, le droit international de l'environnement... Le nombre de branches du droit impliquées est impressionnant. On peut mettre l'accent sur la collaboration entre certaines organisations internationales, mais on peut également souligner l'« âpre concurrence entre les sources du droit : concurrence entre les niveaux de décision local, national, régional, international en premier lieu ; concurrence entre les logiques disciplinaires de décision d'autre part : le gène, la cellule, l'organisme ne sont pas les mêmes choses, du point de vue du droit, selon l'angle sous lequel on les regarde » (27). Tous ces instruments

témoignent de l'encadrement fort du végétal dans le droit du commerce international. Ce dernier est donc bien saisi par le droit du commerce international, avoir l'avoir été par le commerce international lui-même.

Certains contrats relatifs à la prospection de ressources biologiques précisent d'ailleurs l'attachement des parties au respect du droit international et notamment de la Convention sur la diversité biologique.

Ces instruments sont complétés par un droit « d'en bas », au titre duquel on peut mentionner des codes de conduite (28), des règlements d'arbitrage (29), ou encore des règles et usages s'appliquant au commerce des semences (30).

À ce sujet, on peut citer une décision de la Cour d'appel de Montpellier, du 3 décembre 2002 (31), à propos de la conclusion de contrats internationaux de production d'espèces potagères, entre la société hollandaise Bolier Zaden et la société Pujol, par l'intermédiaire de la société Interseed. Ces contrats internationaux de production ont été qualifiés par la Cour d'appel de Montpellier de contrats de multiplication par lesquels la société Bolier Zaden, aux droits de laquelle est venue la société Semoland, a fourni des semences mères à un mutipli-cateur, la société Pujol, qui devait assurer la mutipli-cation. Ces contrats étaient « subject to usual terms and conditions FIS norms », c'est-à-dire aux règles et usages de la Fédération internationale du commerce des semences pour le commerce des semences végétales (FIS), que la Cour d'appel a appliqué de manière exclusive au contrat. La FIS est une organisation représentant l'industrie des semences dans environ 70 pays. Cette organisation a élaboré des règles et usages, précis et techniques, applicables aux semences de céréales, semences fourragè-

(23) G. DUFOUR, *Les OGM et l'OMC, Analyse des Accords SPS, OTC et du GATT*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 112-113.

(24) E. BROSSET, « Le protocole biosécurité et le droit communautaire », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, *ibid.*, p. 143.

(25) Par exemple, la Commission européenne a autorisé, le 17 novembre 2010, l'acquisition de l'activité semences de tournesol de Monsanto pour Syngenta, en posant des conditions pour s'assurer que l'opération n'entravera pas de manière significative la concurrence en Europe.

(26) Par exemple, à propos de certains articles du Code rural applicables aux ventes de produits agricoles livrés sur le territoire français quelle que soit la loi applicable au contrat, M. BARBIERI estime qu'« il faudra sans doute se demander le moment venu si la démarche est parfaitement conforme au droit communautaire dès lors qu'un législateur national édicte des règles impératives susceptibles de constituer une entrave aux échanges », « Négoce agricole et filières », *Droit rural*, octobre 2010, Étude 17, § 14.

(27) M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivisme et échanges au fil du temps – », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, *op. cit.*, p. 124.

(28) Charte de la propriété intellectuelle INRA ; CIRAD et mise en place de règles pour que leurs chercheurs sollicitent le consentement des populations locales avant une collecte et précisent les modalités de partage des avantages ; Codes de conduite Mosaicc (*Micro-Organisms Sustainable Use and Access Regulation International Code of Conduct*, September 2009) ; IRD Guide des bonnes pratiques pour la R&D ; PIPRA, *Public Initiative for Intellectual Property Resource for Agriculture*, liant l'Université de Californie et des institutions publiques américaines de biologie végétale ; v. aussi *Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing for Participating Institutions*, et *Common Policy Guidelines*, <http://www.rbgkew.org> ; Codes de conduite d'entreprise, Code de DuPont par exemple ; Code de conduite de l'*International Plant Exchange Network*, qui couvre les échanges de matériel végétal vivant à des fins non commerciales.

(29) Chambre Arbitrale de Paris : Règlement FIS (commerce international des grains et semences) ; v. aussi *International Seed Federation, Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation*, <http://www.worldseed.org>.

(30) *International Seed Federation, Rules and Usages for the Trade in Seeds for Sowing Purposes*, July 2009.

(31) *JDI*, 2004, pp. 888 et s.

res et oléagineuses et à fibres, semences potagères, semences d'arbres et arbustes. Cette organisation a également élaboré des règles relatives au règlement des différends. Dans ses observations, M^{me} Poillot-Peruzzetto remarque que « ce contrat, issu de la pratique, parfaitement qualifié et défini par elle, alors qu'il n'a pas trouvé sa place dans un Code civil ou équivalent et encore moins dans une convention internationale, doit finalement et naturellement être régi par les règles de la pratique » (32). Les juges ont ainsi fait application des règles FIS, sans autre référence à un droit interne applicable, partant de l'hypothèse d'une complétude des normes FIS, et sans recherche de l'éventuelle application d'une loi de police. En l'occurrence, M^{me} Poillot-Peruzzetto considère que les règles du droit de la concurrence avaient peut-être vocation à s'appliquer dès lors que le contrat « mettait en jeu des droits de propriété intellectuelle et peut-être une exclusivité éventuellement incompatible avec les règles de la concurrence (...). On aurait pu songer également à l'application de la réglementation en matière de production, contrôle et certification des semences et des plantes » (33) dès lors que « [p]our pouvoir être commercialisées dans l'UE, les semences des variétés des principales espèces de grandes cultures sont soumises à une certification au service technique du Groupement National Interprofessionnel des Semences (GNIS) » (34).

Nous le voyons, nous sommes en présence d'un bel exemple de « pluralité des canaux de production normative » (35).

Après avoir posé le cadre, il convient maintenant d'examiner la manière dont le végétal intègre l'échange (I), avant d'envisager le contenu des contrats (II).

Section I. – Le végétal dans l'échange : la saison du contrat

À la fin du XX^e siècle, la conservation de la biodiversité est devenue une activité distincte du travail du paysan, désormais souvent exercée dans le cadre de collections. Sur le plan réglementaire, deux catégories de ressources peuvent être identifiées : les semences (A) ; les ressources phytogénétiques (avec des échantillons souvent conservés dans

(32) *Ibid.*, p. 897.

(33) *Ibid.*, p. 899.

(34) *Ibid.*

(35) L. BOISSON de CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au XXI^e siècle : quelques propos iconoclastes », in *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, sous la dir. de L. BOISSON de CHAZOURNES et R. MEHDI, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 24.

des collections) (B). L'intégration d'une de ces deux catégories permet les échanges, souvent de nature internationale, et la présentation des mécanismes contractuels. Le végétal est également parfois valorisé dans le cadre de « grands » contrats (C).

§ 1. Le végétal « traditionnel » dans l'échange

De tout temps, le caractère stratégique de la semence a été relevé, « tant pour le paysan que pour la sécurité alimentaire » (36). Les semences sont donc l'objet de contrats de vente. La figure s'impose en droit interne, mais aussi en droit international. De manière générale, son encadrement juridique est très prégnant, puisqu'on a pu écrire, à leur propos, qu'« aucun produit n'a donné lieu à autant de règlements, d'arrêtés, (...) de décrets..., on a réglementé leur culture, leur conservation, leur transport, leur commerce » (37).

La semence végétale fait l'objet d'un marché convoité et stratégique (38), très encadré et réglementé puisque, si nous prenons le cas de la France, la commercialisation est soumise à un régime d'autorisation de mise sur le marché (par le biais d'une inscription au Catalogue officiel des espèces et variétés) (39) – auquel on va ajouter une procédure distincte si on est en présence d'un OGM, procédure applicable à l'événement de transformation – tandis que la production est soumise à une certification et à des contrôles obligatoires, par application des Règlements techniques de production, de contrôle et de certification (40). Les semences donnent lieu à une catégorisation en droit français, selon qu'elles sont destinées à produire d'autres semences ou destinées à être commercialisées : « de base », « certifiées », « commerciales », ou encore « standard ».

Les semences font l'objet de contrats entre un établissement producteur de semences et des agriculteurs-multiplicateurs, qui vont produire la dernière génération de semences, et qui doivent respecter les

(36) M.-A. HERMITTE, « La construction du droit des ressources génétiques – exclusivisme et échanges au fil du temps », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, op. cit., p. 19.

(37) J. SIMON, *Le commerce international des céréales, Pouvoirs étatiques, pouvoirs économiques privés*, Thèse, Paris II, sous la dir. de J. FOYER, 3 juillet 1982, p. XXXI.

(38) V. S.L. ANVAR, *Semences et Droit, L'emprise d'un modèle économique dominant sur une réglementation sectorielle*, Thèse soutenue à Paris 1, le 17 juin 2008, sous la direction de M.-A. HERMITTE.

(39) Aux USA, il n'y a pas de système d'inscription au Catalogue. Toute variété est commercialisable si elle respecte les conditions de commercialisation (étiquetage, taux de germination...) sauf si la commercialisation est interdite (c'est le cas par exemple pour des variétés de cannabis).

(40) En France, rôle du service officiel de contrôle et de certification du Groupement national interprofessionnel des semences et plants : inscription sur une liste officielle et contrôle par le service officiel dans les parcelles de production et dans les usines des entreprises semencières.

critères posés dans la convention-type de multiplication (obligations des parties, modalités d'agrégation et de paiement des récoltes). Cette convention-type existe pour chaque famille d'espèces, dans un document homologué par arrêté du ministre de l'agriculture (41), qui pose le cadre juridique du contrat, et qui fait prendre conscience de l'importance des orientations imposées par les pouvoirs publics et des exigences de ces derniers en termes de commercialisation soumise à un système d'autorisation de mise sur le marché. Cela fait également penser à d'éventuelles pratiques de « dépôt shopping » en l'absence d'harmonisation des exigences nationales.

Il n'est pas besoin, en outre, d'insister sur l'importance mondiale du commerce de matières premières, sur le rôle des marchés financiers de matières premières – les marchés à terme organisant des transactions portant sur des contrats financiers dont le sous-jacent est un bien agricole –, des marchés de producteurs, d'utilisateurs finaux et de négociants, et des bourses de commerce mondiales sur les matières premières d'origine végétale (blé, maïs, sucre, cacao, soja, caoutchouc).

Au-delà de ces contrats liés aux semences et aux marchés de matières premières, l'accès au matériel biologique, en l'occurrence aux végétaux, peut prendre la forme « d'une collecte « classique », par laquelle un scientifique va chercher à enrichir sa collection dans le cadre de ses travaux, ou par laquelle une entreprise va vouloir se procurer les végétaux nécessaires à la production de parfums ou arômes (monoi de Tahiti, écorces d'arbre du Burkina Faso, etc.) » (42). Dans ce cas, nous serons en présence de contrats de fourniture de matières premières, qui correspondent à des contrats de ventes et qui sont somme toute classiques (avec toutefois en arrière-plan les conditions relatives à l'importation et à l'exportation des végétaux).

Ces contrats de vente laissent leur place à d'autres instruments contractuels lorsque des ressources génétiques sont au cœur de la relation contractuelle.

(41) Ministère de l'agriculture et de la pêche. Direction générale des politiques économiques européennes et internationales : contrats de branche. Appels d'offre 2008-2011, dans le domaine de la sélection végétale, des semences et des plants.

(42) F. BELLIVIER, C. NOVILLE, *Traité des contrats, Contrats et vivant*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 133-134.

§ 2. Les ressources génétiques dans l'échange

Parallèlement aux pratiques classiques de collecte mentionnées ci-dessus, « végétaux et micro-organismes sont de plus en plus souvent collectés dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler une « bioprospection ». Il s'agit alors de prospecter des spécimens sauvages dans l'espoir d'en identifier des propriétés intéressantes pour la mise au point de nouveaux produits agricoles, cosmétiques ou pharmaceutiques » (43).

Le terme de bioprospection comporte en son sein l'aléa qui le marque. Cette bioprospection a vu l'apparition de contrats d'un nouveau genre, les contrats de bioprospection (44), qui mettent aux prises différentes parties : l'État où la ressource a été collectée ; l'État où la collection est hébergée ; l'entreprise, l'individu ou l'institut public ayant enrichi la collection ; le *trust* éventuellement établi pour opérer la répartition des bénéfices financiers... Or, leurs préoccupations sont par essence différentes, d'autant que, comme avait pu le souligner Louis Lorvellec, « les pays en développement sont en général « gardiens » des plantes et des animaux dont les pays développés tirent des ressources abondantes, du fait de leur avance scientifique. Par exemple, l'industrie pharmaceutique a beaucoup utilisé les plantes tropicales. Ni le maïs, ni le blé, ni les pommes de terre, ni les tomates, ni le soja ne proviennent non plus des pays où sont élaborés aujourd'hui les hybrides complexes que produit la science génétique » (45).

La collecte précède le stockage et, parfois, le transfert d'un élément isolé voire d'une collection, pour encourager la recherche-développement d'une part, et permettre l'utilisation de cette ressource d'autre part. L'utilisation est alors celle de la ressource biologique elle-même (la plante elle-même : le neem indien, la pervenche tropicale indienne, l'enola mexicain...), ou des potentialités de cette dernière (et là, on parle de la cellule par exemple) dans différents domaines.

(43) *Ibid.*

(44) Pour des exemples de tels contrats, v. le site Internet de l'OMPI, www.wipo.int/tk/fr/databases/contracts. C. NOVILLE, *Ressources génétiques et droit. Essai sur le régime juridique des ressources génétiques marines*, op. cit., notamment pp. 327 et s. – B. TOBIN, « Biodiversity Prospecting Contracts : the Search for Equitable Agreements », in *Diversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice*, ed. by Sarah A. Laird, London, Earthscan, 2002, pp. 287-309. – M.-A. GOLLIN, « Elements of Commercial Biodiversity Prospecting Agreements », in *Diversity and Traditional Knowledge – Equitable Partnerships in Practice*, *ibid.*, pp. 310-326. – C.J. HUNTER, « Sustainable Bioprospecting : Using Private Contracts and International Legal Principles and Policies to Conserve Raw Medicinal Materials », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 1998, vol. 25, pp. 129-175.

(45) L. LORVELLEC, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 35.

L'hétérogénéité des situations et des acteurs entraîne une multiplicité d'instruments contractuels les encadrant, allant des contrats bilatéraux liant un État où se situe la ressource et une université ou un institut de recherche, lui-même lié contractuellement à un organisme public ou à une entreprise privée, aux contrats dits en roue, dans lesquels un acteur est lié avec une multitude de partenaires contractuels n'ayant de leur côté aucun lien contractuel entre eux, en passant par des schémas contractuels plus complexes liant, sous forme de consortiums, plusieurs fournisseurs de ressources génétiques, ou plusieurs prospecteurs.

Quelle que soit la forme utilisée, le recours à l'instrument contractuel et ses finalités sont contenus dans les instruments internationaux eux-mêmes, qui prônent le recours à cet outil. Ainsi, les lignes directrices de Bonn, élaborées pour régir l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, embrayent en précisant qu'il convient de favoriser, entre autres, « les contrats et autres accords selon des modalités mutuellement convenues d'accès et de partage des avantages », conformément au droit commun des contrats, ou aux lois nationales régissant l'accès aux ressources génétiques (par exemple, la loi brésilienne, la loi panaméenne ou la loi péruvienne). Plus largement, la Convention sur la diversité biologique précise dans son article 15 al. 7 que chaque Partie contractante « prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées (...) pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues ». Le contrat est donc considéré comme un soutien aux mécanismes étatiques de protection de l'environnement : le contrat va ainsi encadrer certaines pratiques de collectes et de prélèvements auparavant faites hors cadre.

Si l'on dresse un rapide panorama des contrats pour la mise en banque du vivant végétal, on en identifie certains qui ont pour objet *l'accès aux ressources biologiques*. Cet accès se fait de manière différente selon que les ressources sont *in situ* donc dans leur écosystème naturel ou *ex situ* c'est-à-dire dans des collections, donc conservées en dehors de leur milieu naturel dans des jardins botaniques, des banques de gènes ou des centres de recherche du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR) (46).

(46) <http://www.cgiar.org>.

Dans le premier cas, c'est-à-dire en présence de ressources *in situ*, l'accès aux ressources biologiques non humaines est appréhendé par la Convention de Rio, qui prévoit que c'est l'État qui peut donner accès à ces ressources, en raison de sa souveraineté sur la diversité biologique (article 3), dans le respect de la finalité « d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres parties contractantes » (article 15). Les modalités de l'accès sont fixées d'un commun accord par l'État, titulaire des ressources, ou l'entité désignée par l'État – ministère, agence de l'environnement, ONG, communautés autochtones – et le demandeur (laboratoires publics de recherche des grands instituts, par exemple le CNRS ou l'INRA en France ; laboratoires privés d'entreprises pharmaceutiques, semencières, biotechnologiques), certaines contraintes devant être prises en considération (droits concurrents, limites environnementales des prélèvements), et « (a(u)-delà de ce socle minimal d'ordre public, chaque État peut choisir d'octroyer aux acteurs plus ou moins de liberté contractuelle » (47).

Le contrat occupe donc ici une place de choix, que l'on soit en présence d'un contrat de recherche ou d'un contrat commercial (*Yellowstone/Diversa Corp.* par exemple (48)), car c'est le mécanisme contractuel qui permet de préciser la nature de l'objet du prélèvement – opération de prospection, c'est-à-dire que le demandeur va choisir le matériel génétique *in situ* ; fourniture de matériel, c'est-à-dire que le demandeur reçoit le matériel génétique qui lui est envoyé par le fournisseur –. C'est également le contrat qui prévoit « l'étendue de la zone prospectée, les types d'organismes recherchés, la durée de la collecte, les obligations vis-à-vis des chercheurs locaux, et des communautés locales, le caractère exclusif ou non exclusif de l'accès, les modalités de la rémunération... L'utilisation peut être restreinte à la recherche académique, ouverte à la recherche industrielle et à une éventuelle commercialisation » (49).

Dans le second cas, c'est-à-dire en présence de ressources *ex situ*, qui vise une situation fréquente pour les ressources phytogénétiques à usage agricole ou alimentaire, collections encadrées par le traité international du 3 novembre 2001 sur les ressources phytogénétiques, et réalisées par des instituts de recherche ou par des entreprises privées,

(47) M.-A. HERMITTE, « L'accès aux ressources biologiques », in *Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin, Perspectives du droit public*, Paris, Litec, 2004, p. 335.

(48) Contrat « for the « bioprospecting » of microbial organisms from geysers and other thermal features in Yellowstone ».

(49) M.-A. HERMITTE, « L'accès aux ressources biologiques », in *Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin, Perspectives du droit public*, op. cit., p. 336.

nous sommes en présence de collections, qui ont « une fonction de conservation, de connaissance, mais elles ont toutes également un visage économique » (50).

L'accès à ces collections, conditionné par la nature de la collection (fermée, ouverte commerciale, ouverte gratuite, ou mixte), intervient dans le cadre de contrats types dits Accords de transfert de matériel (*Material Transfer Agreements* (51)), qui sont destinés à accompagner l'échange de ressources génétiques ou de matériel biologique entre les partenaires.

L'accord de transfert de matériel (ATM), relatif au transfert, d'une partie à une autre, d'un médicament potentiel, du matériel biologique... pour les fins indiquées dans l'accord peut constituer le seul accord conclu entre les parties – accord entreprise pharmaceutique/université pour analyse par les universitaires d'une molécule à des fins de recherche scientifique –. Il peut également constituer un avant-contrat précédant d'autres accords (par exemple un accord de *joint venture*). Cet accord n'est pas « un contrat de vente d'un produit : c'est un contrat *sui generis* » (52), de mise à disposition de ressources génétiques. Cet accord met l'accent sur la définition du « matériel » transféré, fourni « tel quel » (*as is*) donc sans garantie, ainsi que sur ses améliorations, modifications, dérivés (*unmodified derivatives*)... Son objet est de transférer à l'un des cocontractants une certaine quantité de « matériel » aux fins d'étude et de recherche et de préciser ses conditions d'utilisation et de protection en cas d'invention.

Ces ATM sont parfois standard. Dans ce cas, l'ATM est établi par une institution (INRA, FAO (53), CNRS) détentrice de matériel biologique, avec d'ailleurs de grandes similitudes entre les ATM des différentes institutions. Ces ATM prennent la forme d'un court formulaire auquel le destinataire de la ressource adhère, et qui prévoit les modalités de mise à disposition du matériel et éventuellement les conditions de

distribution du matériel par le destinataire à un tiers. C'est alors la vocation première de l'ATM, c'est-à-dire la recherche, qui s'applique. Si le matériel donne lieu à une exploitation commerciale, le standard prévoit généralement la conclusion d'un second ATM : un ATM pour l'exploitation, désigné sous le terme d'ATM marchand ou d'ATM pour le développement.

L'ATM n'est parfois pas standard. Il est alors également conclu dans un but de recherche, mais plutôt par des entreprises privées. L'approche n'est pas ici celle de l'adhésion, mais celle de la négociation de gré à gré, en fonction du type d'opérations.

Concernant la phase *d'usage du matériel biologique*, elle se matérialise souvent dans des contrats de partenariat de recherche parfois extrêmement ambitieux (tel était par exemple le cas du projet de décryptage du génome du riz), par le biais desquels chaque partenaire au contrat cherche à obtenir la satisfaction de ses intérêts. Par exemple, la collecte de substances naturelles est assurée par un institut public ; l'analyse des échantillons est faite par un autre organisme public ; le développement de médicaments est assuré par une entreprise privée qui finalise les travaux et pourra bénéficier des résultats de la recherche.

Ces opérations supposent la participation de plusieurs instituts de recherche publics et privés (Génoplatte par exemple, qui regroupe 4 établissements de recherche – INRA, CNRS, CIRAD, IRD – et des entreprises d'amélioration et de protection des cultures : Bioplante, Bayer Cropsience, Biogemma), qui se concrétisent dans des contrats complexes prenant la forme sociétaire d'un groupement d'intérêt scientifique ou d'un consortium, ces derniers contrats étant caractérisés par la coopération, qui est « l'objet même de l'accord » (54), et par les clauses qui l'illustrent (obligation de renseignement réciproque, d'assistance mutuelle, devoir de loyauté, obligation de non-concurrence, obligation de secret, obligation de « congruence contractuelle » selon laquelle chacun doit à l'autre ce qui convient exactement à la situation donnée) (55). Le contrat d'organisation d'une recherche est suivi d'un contrat de mise à disposition de données issues d'une recherche.

La diffusion des résultats de la recherche peut intervenir, de manière classique, par le biais d'un contrat de licence, destiné à accorder

(50) C. NOIVILLE, « Le statut juridique des collections de ressources génétiques », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, op. cit., p. 223.

(51) V. par exemple *A Quick Guide to Material Transfer Agreements at UC Berkeley*, <http://www.spo.berkeley.edu/guide/mtaquick.html>.

(52) « Les avant-contrats internationaux en matière de recherche pharmaceutique et biomédicale », *Revue juridique Thémis*, 2002, vol. 36, p. 780.

(53) Mars 2006 – FAO – Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans l'exercice de ses fonctions de comité intérimaire du traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Premier projet d'accord type de transfert de matériel. CGRFA/IC/CG-SMTA-2/06/3. Dans cet Accord, mise en œuvre du traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture du 3 novembre 2001 (entré en vigueur le 29 juin 2004).

(54) Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, LGDJ, 2003, p. 31, § 47.

(55) *Ibid.*, p. 38, n° 52.

à un tiers le droit d'exploiter un résultat breveté contre paiement ou contre stipulation de clauses de rétrocession débouchant pour le donneur de licence sur la copropriété des inventions développées par le bénéficiaire ou encore sur l'affectation des bénéfices tirés du matériel ou sur le droit de les exploiter lui-même.

La diffusion peut prendre un canal plus original, celui du modèle dit *open science*, qui doit bénéficier à la recherche, en raison des financements essentiellement publics ayant présidé à la recherche. Tel était le cas pour le séquençage du génome du riz, dans le cadre duquel les résultats ont été mis à la disposition de tout utilisateur (publications dans des revues, dans une base de données d'accès libre).

Entre ces deux modèles, il existe un modèle de compromis entre la nécessaire protection des résultats et la diffusion à la communauté scientifique. Par exemple, Monsanto ayant procédé au décryptage partiel du génome du riz, avait mis à disposition les résultats de ce décryptage, de manière différente selon que son cocontractant était membre du Consortium international pour le séquençage du génome du riz (avec un droit non exclusif d'accéder gratuitement aux données, pour la communauté scientifique) ou pas (dans ce cas, l'accès gratuit était contrebalancé par l'obligation de rendre à Monsanto un rapport annuel afin d'assurer le contrôle de l'évolution des recherches et l'obligation de concéder à Monsanto une licence mondiale non exclusive sur tout éventuel brevet).

Ces contrats de partenariat de recherche révèlent la volonté d'assurer la protection des résultats et dans le même temps d'encadrer la diffusion des résultats et leur circulation (bases de données, cartes génétiques, séquences d'ADN), entre les parties au contrat de partenariat et hors partenariat (avec certains résultats mis dans le domaine public pour les connaissances essentielles, dans tel ou tel délai).

Le maillage contractuel est donc serré lorsqu'il s'agit d'encadrer l'exploitation de la biodiversité, traduisant un certain pragmatisme. En effet, « mieux vaut établir des droits de type commercial, aliénables, mais qui seront sources de revenus pour les populations locales et permettront d'assurer la conservation *in situ*, que se contenter de réaffirmer des droits fondamentaux qui ne peuvent être respectés faute de moyens et de volonté politique » (56).

(56) V. BOISVERT, « Les contrats de bioprospection et la question du partage des avantages », *Cahiers du Gemdev*, n° 28, avril 2002, Développement durable : enjeux, regards et perspectives, p. 86.

Quoi qu'il en soit, et nous retrouverons cet aspect à d'autres égards, ces contrats sont « enserrés dans un contexte qui, bien qu'encore souvent flou, est de plus en plus marqué par une dose d'ordre public » (57), parce que « certains contrats comportent des règles relatives aux permis (...) et aux études d'impact (...) » (58), et que « de nombreux contrats sont sous la dépendance de règles, nationales ou régionales, relatives à l'accès et à l'exploitation des ressources génétiques » (59), et soumis au consentement gouvernemental ou au partage des bénéfices avec le pays d'origine. Le contrat est donc d'une certaine manière « contraint ». Nous y reviendrons ultérieurement.

§ 3. La valorisation du végétal

Enfin, le végétal peut faire l'objet d'une valorisation, dans le cadre de grands projets de bioénergie, prenant la forme de centrales biomasse alimentées par du bois d'Eucalyptus brésilien, par des balles de riz thaïlandais, de la cellulose et d'autres sucres pour produire des biocarburants et des produits chimiques (biolubrifiants, biosolvants), rendant potentiellement profitable l'exploitation d'herbes, d'algues et de brindilles sans valeur auparavant, dans le cadre de grands contrats de réalisation d'ensembles industriels. Les perspectives sont riches.

Section II. – Le contenu des contrats : des contrats hybrides

L'hybridité caractérise le contenu des contrats, entre le principe d'autonomie de la volonté, d'une part (§ 1), et la mise en œuvre de certaines limites à la liberté contractuelle, d'autre part (§ 2).

§ 1. Quelques clauses spécifiques

Il conviendra de déterminer précisément quel est l'objet des contrats, par exemple des contrats de bioprospection : identification taxonomique, collecte, criblage, analyse d'échantillons, distribution...

(57) F. BELLIVIER, « Les contrats portant sur les ressources génétiques végétales : typologie et efficacité », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, op. cit., p. 207.

(58) *Ibid.*

(59) *Ibid.*

L'originalité de ces contrats ressort en effet de leur objet (60), spécifique à un double point de vue, car aléatoire (61) et nécessitant qu'on en établisse la trace.

L'aléa lié à l'activité explique que les contrats ayant pour objet les ressources génétiques prévoient que : « [l]e fournisseur n'apporte aucune garantie quant à la sécurité ou au droit au matériel, ni en ce qui concerne la précision ou l'exactitude de toute donnée de passeport ou autre fournie avec le matériel. Il n'apporte pas davantage de garantie en ce qui concerne la qualité, la viabilité ou la pureté (génétique ou mécanique) du matériel fourni. L'état phytosanitaire du matériel n'est garanti que dans la mesure des indications figurant dans un éventuel certificat phytosanitaire les accompagnant. Le bénéficiaire assume l'entière responsabilité du respect des réglementations et règles de son pays relatives aux mesures de quarantaine et à la biosécurité applicables à l'importation ou à l'homologation de matériel génétique » ou encore que « [l]e matériel étant de nature expérimentale, le CNRS ne donne aucune garantie, quant à son état, son activité, son utilité, son efficacité, sa pureté, son innocuité, sa non-toxicité, sa sécurité, quant à son utilisation, sa valeur commerciale ou sa conformité à un quelconque but » (62). Le matériel est donc fourni tel quel, parce que les opérations visées sont incertaines, les ressources pouvant par exemple muter. M. Testu estime que nous sommes en présence d'une déclaration limitative, pouvant formuler un refus de garantie. Il estime qu'« [i]l ne s'agit pas réellement d'une clause limitative de responsabilité, même si l'effet risque d'être analogue, mais d'une clause destinée à limiter le périmètre du contrat, et donc à délimiter d'autant les causes possibles de responsabilité » (63). Ces clauses non pas de garantie,

(60) ATM FAO : article 5 : transfert de matériel par le fournisseur, avec les données de passeport disponibles et les autres informations associées disponibles et non confidentielles ; bénéficiaires : utilisation ou conservation du matériel « à des fins de recherche, de sélection et de formation pour l'alimentation et l'agriculture, à l'exclusion des utilisations chimiques ou pharmaceutiques et/ou d'autres utilisations industrielles non alimentaires et non fourragères », art. 6.

(61) F. BELLIVIER, « Les contrats portant sur les ressources génétiques végétales : typologie et efficacité », in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, op. cit., p. 207.

(62) Modèle d'Accord de transfert de matériel du CNRS. Idem dans la fiche de traçabilité IN Genoplante 2010 et dans la fiche de traçabilité OUT, <http://www.genoplante.com>. Autre exemple : « Member Institution and Pharmacia acknowledge that the MONSANTO RGS DATA are experimental in nature, and that the PARTIES MAKE NO REPRESENTATIONS OR WARRANTIES OF ANY KIND, EITHER EXPRESS OR IMPLIED, AS TO THE MERCHANTABILITY OF FITNESS OF ANY MATERIALS FOR A PARTICULAR PURPOSE (...) », *Extract from the International Rice Genome Sequencing Project, Member Institution Registration Agreement*, article 2.5 (b), <http://www.wipo.int>.

(63) *Contrats d'affaires*, Paris, Dalloz, 2010, 96.12.

mais d'absence de garantie sont connues d'autres types de contrats, en matière de propriété intellectuelle (64) ou de droit de l'informatique. Les contrats sont donc caractérisés par une très grande liberté contractuelle, peut être exercée ici de manière trop lâche, dans le cadre de certains droits applicables.

Ce sont également des contrats dans lesquels on trouve des clauses de contrôle et de traçabilité, afin de « relier entre elles les informations d'amont et d'aval » (65). On cherche donc à établir un contrôle des recherches et des résultats pour éviter le détournement de plantes ou micro-organismes, d'autant plus que le caractère microscopique de la ressource accroît les risques. Cette obligation de contrôle prend par exemple la forme de restitution de rapports sur les travaux de recherche menés, ou d'un droit de regard des organes publics. Dans l'ATM du CNRS, il est ainsi précisé que le cocontractant a une obligation d'information par rapport au CNRS, au sujet des résultats obtenus avec ou à partir du matériel ; il doit également remettre un rapport final au CNRS après l'expiration ou la résiliation de l'accord (cet article étant applicable également en tant qu'obligation postcontractuelle, pendant 5 ans après l'expiration ou la résiliation du contrat). Pour améliorer la traçabilité, il y a un encouragement au codage de la ressource, identique en cas de transfert pour en assurer le suivi et améliorer la transparence. Cette transparence peut également s'illustrer dans une clause qui permet d'imposer au déposant d'une demande de brevet l'indication de la source ou l'origine des savoirs utilisés dans l'invention revendiquée.

L'originalité de ces contrats réside aussi dans le rôle qu'ils accordent, parfois, aux populations locales, et dans la clause de répartition des avantages issus de la prospection, avantages pécuniaires (66) ou en nature (aide technique, aide à vocation éducative, etc.).

Pour que le contrat puisse jouer son rôle dans cette recherche de l'équité, sans que la différence du pouvoir de négociation entre les populations autochtones et leurs cocontractants soit trop marquée,

(64) G. CORDIER, « Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages », *JCP E*, 2008, I, 35.

(65) M.-A. HERMITTE, « Les trois économies : connaissance, risque et confiance. À propos de la traçabilité des OGM », in *Annales de la régulation*, 2009, vol. 2, p. 206.

(66) Concernant la détermination des modalités de la rémunération, « [u]ne rémunération peut être prévue pour la simple mise à disposition d'une zone de collecte pendant un certain temps dans le cas d'un contrat de prospection ; elle peut, dans les modèles les plus évolués, être divisée en plusieurs phases : plusieurs versements, au fur et à mesure que les recherches feront apparaître des résultats intéressants, un pourcentage du chiffre d'affaire si l'un des échantillons arrive sur le marché », M.-A. HERMITTE, « L'accès aux ressources biologiques », in *Mélanges offerts à Jean-Claude Hélin, Perspectives de droit public*, op. cit., p. 336.

l'OMPI a élaboré des principes directeurs en matière de propriété intellectuelle applicables aux contrats concernant l'accès et le partage des avantages (67).

Si les clauses de propriété intellectuelle sont centrales, prévoyant par exemple la cotitularité des brevets ou bien la titularité d'un des partenaires, l'autre bénéficiant d'une part des redevances ou d'une licence pour exploiter la future invention, les contrats prévoient parfois (comme l'ATM de la FAO) que « le bénéficiaire ne revendique aucun droit de propriété intellectuelle » (art. 6.2).

L'originalité des contrats liés aux végétaux tient aussi aux rapports qu'ils entretiennent avec la loi, en termes d'autorisations, d'exigences de consentements gouvernementaux, de lois nationales d'accès, et de souci de protection de l'environnement, les contrats prévoyant un devoir de réduction de l'impact écologique des activités de collecte, qui constituent autant de limites à la liberté contractuelle, limites que nous allons maintenant étudier.

§ 2. Les limites à la liberté contractuelle

Ces limites résultent tout d'abord du recours à des contrats types, de pratiques professionnelles, mais aussi parfois de dispositions impératives de la loi ou de conventions internationales, qui vont alors façonner le contenu du contrat dans un souci de protection de la biodiversité, des espèces ou de la sécurité alimentaire.

Ce caractère réglementé s'exprime de différentes manières :

- par des obligations d'enregistrement de certains contrats. Par exemple, la loi brésilienne prévoit l'enregistrement des contrats d'utilisation de patrimoine génétique et de partages d'avantages (68). La loi française prévoit quant à elle l'enregistrement des contrats de multiplication de semences si la multiplication est effectuée par un pays tiers ;
- par des obligations de notification, à l'égard de certains contrats, prévues par exemple dans l'ATM type de la FAO, dont l'article 5 pose le principe de la notification à l'Organe directeur du traité ;
- par la nécessité d'obtenir des autorisations en matière de commercialisation : ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Limoges, du 13 décembre 2005 (69), les juges ont décidé que l'acheteur, professionnel de

l'importation et de la distribution en gros de matières premières agricoles, qui a conclu des contrats de fourniture de semences de maïs sans avoir ensuite été livré, doit être débouté de sa demande d'indemnisation formée contre le vendeur, dès lors qu'il a établi un montage destiné à contourner les règles d'importation et de distribution des semences inscrites au catalogue communautaire, montage identifié par les producteurs anglais, qui ont alors bloqué la livraison. La faute commise par l'acheteur fait donc obstacle à son indemnisation et à celle des prête-noms, le courtier en semences et le vendeur anglais ayant parfaitement connaissance de l'irrégularité de l'opération.

La situation était identique concernant la mise en vente de semences appartenant à des variétés non inscrites sur l'un des catalogues officiels des plantes cultivées (70), le Groupement national interprofessionnel des semences, graines et plantes (GNIS) étant chargé de « veiller à la loyauté des intervenants sur le marché des semences » (71).

Ce caractère réglementaire trouve aussi sa traduction dans des obligations en termes de quarantaine et de biosécurité et dans les règles gouvernant l'importation ou la dissémination de matériel génétique (72).

Les contrats assument traditionnellement leur fonction d'échange, mais aussi, de manière plus originale, des fonctions d'intérêt général. Dans ces contrats, l'ordre public de protection, pour protéger certains contractants (notamment l'État) et par exemple pour développer l'économie de l'État fournisseur et l'environnement, est très présent. Nous assistons donc, dans l'élaboration des contrats, à un savant mélange de droit négocié et de droit imposé. De manière atypique par rapport au droit commun des contrats, le contrat est ici conçu comme un instrument d'équité (à condition que le contrat soit correctement rédigé et que les populations locales occupent la place qui leur revient) et aussi comme un instrument universaliste du « pouvoir de police sanitaire des États » (73), destiné à prendre en compte la notion de générations futures, dans le droit international de l'environnement (74).

L'État est donc souvent placé, de manière originale et atypique en droit du commerce international, au centre des relations entre les cocontractants.

(67) Cass. crim., 8 janvier 2008, www.legifrance.gouv.fr.

(71) *Ibid.*

(72) ATM Réseau ECP/GR (*Near East and North Africa Plant Genetic Resources Network*).

(73) M.-A. HERMITTE, C. NOVILLE, « Marrakech et Carthage comme figures opposées du commerce international », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, op. cit., p. 336.

(74) E. GAILLARD, *Générations futures et droit privé – Vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, 2011, not. p. 164 et s., § 210 et s., p. 179 et s., § 221 et s.

(67) WIPO/GRTKF/IC/2/3.

(68) Loi n° 2.186-16 du 23 août 2001 ; idem dans la loi panaméenne n° 20 du 26 juin 2000.

(69) SA G. *Sauvage c/Sté Interseeds Perryfield Holding*, *Revue de droit rural*, novembre 2006, p. 25.

Conclusion

Nous avons pu donner un bref aperçu des figures contractuelles encadrant le droit du vivant non humain (contrats de vente, de mise à disposition, de sous-traitance, relations partenariales dans le cadre de contrats de recherche), et observer les conquêtes du contrat dans une problématique naturellement posée au niveau international.

Le monde feutré du végétal bascule donc souvent du côté marchand. Ce monde feutré est d'ailleurs lui-même marqué, parfois, par une certaine agressivité, en présence de semences zombies, de plantes kamikazes, d'OGM parasites, contaminants, en présence, sur le plan juridique, d'actions judiciaires pour violation de brevet (*Dupont c. Monsanto* (75)) ou encore d'embargo (par exemple, dans l'affaire du riz américain contaminé par un transgène non autorisé). Les conflits de logique sont donc caractérisés.

Pour revenir à la sérénité du végétal, on a pu observer que l'économie était toutefois contrebalancé par la protection de l'environnement naturel de l'homme ; par l'exploitation responsable des savoirs traditionnels (76) (avec toutefois les difficultés liées à la brevetabilité croissante du vivant (77) : on songe aux brevets, certes contestés, mais qui ont pu un temps être déposés sur le haricot jaune mexicain, sur le margousier indien aux propriétés fongicides exceptionnelles, sur le curcuma indien, le cactus hoodia, coupe faim d'Afrique du Sud, ou le Pelargonium originaire d'Afrique australe (78)). Ce contre-balancement peut-il se traduire dans la notion de bien commun de l'humanité parfois évoquée au sujet du végétal ? On fait le grand écart entre la marchandisation du végétal et cette notion de bien commun d'humanité. Sans aller jusque-là, il convient de souligner le fait que le végétal n'est pas une marchandise comme une autre et de remarquer le subtil jeu d'entre deux qui s'établit entre la loi (ou les conventions internationales) et le

(75) Monsanto aurait copié une technique de production de semences de maïs de son concurrent Dupont.

(76) Sur la notion de savoirs traditionnels : H. SKRZYPNIAK, « La protection des savoirs traditionnels : nouveau défi des droits de la propriété intellectuelle », in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, LexisNexis, Coll. Colloques et débats, 2011, pp. 85-97.

(77) W. ABDELGAWAD, « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face au droit des populations locales sur leurs savoirs traditionnels », in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, sous la dir. d'I. MOINE-DUPUIS, Paris, Litec, 2007, pp. 323-362, not. pp. 341-343.

(78) Voir la révocation par l'Office européen des brevets du brevet « Extraits de Pelargonium », portant sur un procédé de production pour extraire des principes actifs du Pelargonium.

contrat, plus ou moins sophistiqué, ce dernier venant en appui des premières.

Il convient enfin d'apprécier l'adaptation fine du droit du commerce international et du droit des contrats internationaux à l'objet des contrats, dans une recherche d'équilibre remarquable, permettant d'évoquer entre autonomie de la volonté et limites à la liberté contractuelle, arbitrabilité (79) et inarbitrabilité (80), appréciation ou pas par les arbitres de la conformité du droit français au droit européen (81), brevetabilité et révocation de brevets, marchandisation et protection de l'environnement, des espèces et de la sécurité alimentaire (82).

(79) Cour d'appel de Paris, 9 juin 2011, S.N.C. Facciano Giuseppe c. Coopérative Agricole Nouricia, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, n° 3, pp. 830-831.

(80) Cass. civ. 2, 1^{er} février 2001, www.legifrance.gouv.fr : dans un litige consistant à déterminer le matériel végétal et les droits concernés par des offres de cession de cultivars, la Cour de cassation juge que, « après avoir relevé que la convention d'arbitrage ne se limitait pas à la seule détermination des certificats d'obtention végétale et du matériel génétique cédés, mais portait aussi sur l'étendue des droits et prérogatives attachés à leur cession, et que les arbitres avaient procédé à cette recherche pour décider que les droits attachés aux cultivars et autres biens visés (...) ne pouvaient appartenir qu'au propriétaire des éléments contenant en eux-mêmes les potentialités des variétés nouvelles donnant lieu à monopole d'exploitation, la cour d'appel n'a pas méconnu l'objet du litige en retenant que, relevant du contentieux né du régime applicable aux certificats d'obtention végétale, le différend ne pouvait être soumis à l'arbitrage ». Sur ce point, la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit a consacré l'arbitrabilité de l'ensemble des différends relatifs à la propriété intellectuelle, y compris ceux relatifs aux obtentions végétales.

(81) Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Sté Smeg NV c. Sté La Poupartine*, D. 2011, p. 2439, obs. L. D'AVOUT.

(82) F. COLLARD DUTILLEUL, « Le droit au service des enjeux alimentaires de l'exploitation et du commerce des ressources naturelles », <http://www.droit-aliments-terre.eu>.