



HAL
open science

La sécurité alimentaire dans le droit de l'OMC - Analyse critique et prospective

Clotilde Jourdain-Fortier, Valérie Pironon

► To cite this version:

Clotilde Jourdain-Fortier, Valérie Pironon. La sécurité alimentaire dans le droit de l'OMC - Analyse critique et prospective. François Collart Dutilleul. Penser une démocratie alimentaire (vol. I), Inida (Costa Rica), pp.255-273, 2013, 9782918382072. hal-00930185

HAL Id: hal-00930185

<https://hal.science/hal-00930185>

Submitted on 14 Jan 2014

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

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



LA SECURITE ALIMENTAIRE DANS LE DROIT DE L'OMC – ANALYSE CRITIQUE ET PROSPECTIVE*

Clotilde JOURDAIN-FORTIER,
Professeur à l'Université de Bourgogne – CREDIMI

et Valérie PIRONON,
Professeur à l'Université de Nantes – IRDP,
Membre du programme Lascaux¹

Partons de l'exemple de l'oignon sénégalais². Producteur et consommateur d'oignons, le Sénégal a vu le marché local déstabilisé par des importations en provenance d'Europe à des prix plus avantageux que les oignons produits localement. Comment le Sénégal devait-il réagir face à cette situation ? Laisser faire ? Intervenir ?

En économie, le système de Ricardo commande à chaque pays de se spécialiser dans la production du ou des biens pour lesquels il dispose d'un avantage comparatif et, logiquement, d'abandonner les productions pour lesquelles les Etats étrangers disposent de plus d'atouts. Mais si un pays abandonne la production d'oignons alors qu'il en consomme en quantité, il devient « importateur net » et donc dépendant des importations en provenance des pays qui se sont spécialisés dans cette production. Les marchés agricoles étant très fluctuants par nature³, la baisse des prix favorise les importations de masse (l'oignon importé devient moins cher que l'oignon sénégalais) et ruine la production locale, tandis que la hausse des prix (à la suite d'une période de sécheresse par exemple) menace les importations et la fourniture de produits en quantités suffisantes pour nourrir la population⁴.

En droit, ce système économique a pourtant été institutionnalisé au niveau mondial par le GATT puis l'OMC qui ont mis en place un système de libre échange qui, en dépit de

* Cet article a été publié dans *Penser une démocratie alimentaire*, sous la direction de François Collart Dutilleul et Thomas Bréger, éd. Inida, Costa Rica, Volume I, 2013.

¹ Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

² V. « Lascaux : le Droit au service de la sécurité alimentaire », la lettre de l'INSHS mars 2013 p.10.

³ Ph. CHALMIN (dir.), *Cyclope, Les marchés mondiaux 2011, Le printemps des peuples et la malédiction des matières premières*, Paris, éd. Economica.

⁴ Sur d'autres effets pervers à long terme de la spécialisation dans le domaine agricole, notamment l'appauvrissement des sols et la disparition des espèces végétales, v. Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation O. DE SCHUTTER, Mission auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce (25 juin 2008) A/HRC/10/005/Add.2*



l'existence d'un accord sur l'agriculture (ASA), traite pour l'essentiel le produit agricole comme un bien ordinaire. Aussi n'est-il pas certain que les mesures prises dans l'exemple précédent par le Sénégal pour garantir la vente des oignons produits localement et assurer ainsi la résistance durable des productions locales passerait avec succès l'épreuve devant l'organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC. Les valeurs non marchandes devraient pourtant pouvoir être mobilisées chaque fois que la protection de la personne humaine et de sa dignité sont en cause. Il en va ainsi particulièrement de la sécurité alimentaire⁵ qui, en tant que *condition* du bien-être global, ne saurait être sacrifiée aux intérêts à court terme du commerce international, lequel ne constitue qu'un *moyen*, certes privilégié depuis le milieu du XXe siècle, pour y parvenir.

Une difficulté surgit cependant sur le plan de la technique juridique car l'oignon sénégalais génère un conflit qui est à la fois *inter*-systémique (entre ordres juridiques partiels) et *intra*-systémique (au sein des accords de l'OMC).

Le conflit est *inter*-systémique car il soulève, de par sa nature « mixte » (libre échange *v.* sécurité alimentaire), la mise en cause de normes extérieures au système commercialiste. L'une des premières révélations de ce type de contentieux fut l'affaire dite du bœuf aux hormones dans laquelle les Communautés européennes invoquaient l'application d'un principe de précaution devenu, selon elles, une règle coutumière générale du droit international. L'exemple de l'oignon sénégalais, s'il venait à être porté devant les panels de l'ORD, poserait sans doute une difficulté similaire puisque le droit à l'alimentation n'est expressément consacré que par des textes extérieurs au système⁶.

Dans le même temps, c'est un conflit *intra*-systémique dans la mesure où certains fondements au sein même des règles de libre échange se rapportent, directement ou indirectement à certains droits de l'homme⁷, révélant l'existence dans le système commercial multilatéral d'un embryon d'ordre public véritablement international non marchand. Ainsi, sans être expressément consacré, le droit à l'alimentation peut être considéré comme indirectement pris en compte au sein de différents fondements textuels.

Dans ce contexte, comment l'OMC peut-elle – ou doit-elle – traiter la question de la sécurité alimentaire⁸ ? En termes de politique juridique, deux approches, deux réponses sont possibles.

La première est une approche « de droit commun » de type négatif ou « défensif » permettant à un État de se défendre contre un risque en l'autorisant exceptionnellement à fermer ses frontières. C'est l'approche traditionnellement utilisée en cas de risque sanitaire ou

⁵ « La sécurité alimentaire est assurée quand toutes les personnes, en tout temps, ont économiquement, socialement et physiquement accès à une alimentation suffisante, sûre et nutritive qui satisfait leurs besoins nutritionnels et leurs préférences alimentaires pour leur permettre de mener une vie active et saine », FAO, Sommet mondial de l'alimentation, 1996.

⁶ En particulier l'article 11 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de 1966.

⁷ Sur la question de la prise en compte des droits de l'homme par l'OMC, E.-U. PETERSMANN, « Human Rights and the Law of the World Trade Organization », *Journal of World Trade*, 2003, Vol. 37 n° 2, p. 241 et suiv.

⁸ Sur l'ensemble de la question, *v.* notamment Conseil national de l'alimentation, Les nouveaux facteurs légitimes de régulation du commerce international des denrées alimentaires, Avis n°59 du 7 février 2008.



environnemental⁹ qui est aisément transposable pour faire face au risque d'insécurité alimentaire *stricto sensu*. Les flexibilités des accords sont toutefois insuffisamment exploitées car elles sont lues à travers un prisme commercial ce qui conduit à en sous-estimer la portée voire à en dévoyer le sens. D'où la nécessité d'une meilleure ouverture du système, dans la mise en œuvre du règlement des différends notamment, à des objectifs non commerciaux laissant place – comme l'illustre l'exemple de l'oignon sénégalais – à une certaine souveraineté alimentaire¹⁰.

Si cette voie est nécessaire, elle est actuellement insuffisante. En plus de cette approche historique défensive, une approche plus moderne, positive ou « coopérative » reste à développer pour faire face à la gestion des crises alimentaires qui présentent – parmi d'autres maux – une spécificité. L'approche négative n'institue en effet aucune solidarité entre les États en situation d'interdépendance du fait des accords OMC. Bien mieux, elle encourage les égoïsmes nationaux alors que pour garantir la sécurité alimentaire, il faut que chaque Etat s'engage positivement envers la communauté internationale à assurer la sécurité des approvisionnements. Dans cette perspective, l'approche positive consiste à mettre en place des mécanismes commerciaux de coopération au nom de l'effectivité du droit à l'alimentation. Cette approche positive existe en germe dans l'ASA¹¹. Partant de là, il est permis d'aller plus loin pour mettre en place des systèmes de distribution davantage fondés sur la coopération entre États.

I – L'approche négative (ou défensive) par l'OMC de la sécurité alimentaire

En devenant membres de l'OMC, les États ont renoncé à une partie de leur souveraineté ; ils ne peuvent plus fermer leurs frontières – par exemple pour limiter voire interdire les importations étrangères d'oignons au nom de l'impératif de sécurité alimentaire – sans qu'un fondement textuel au sein des accords ne les y autorise. Or, à la différence de la Cour de justice de l'Union Européenne qui a progressivement développé des exceptions jurisprudentielles en dehors de la lettre du traité – d'abord par le biais des exigences impératives d'intérêt général puis par celui de la protection des droits fondamentaux –, l'ORD n'a jamais pris une telle liberté et reste au contraire enfermé dans une lecture, une interprétation et une application étroite des accords, créant un déséquilibre au sein du système. Son postulat explique sa réticence : les accords formeraient un système juridique, c'est-à-dire un ensemble avec une logique et des principes directeurs propres, établi dans le but unique de l'institution d'un ordre concurrentiel mondial, laissant peu ou pas d'ouverture à des « rationalités extérieures ». Le droit à l'alimentation, ainsi que d'autres droits de l'homme, apparaissent comme autant de valeurs extérieures relevant d'un autre système – celui des droits de l'homme. La question de l'oignon sénégalais soulève ainsi, par la mise en

⁹ V. par exemple la mesure d'embargo prise par le Ghana pour interdire les importations de viande bovine en provenance de pays touchés par la maladie de la vache folle. Sur les incidences sur les contrats internationaux, v. Cass. Com. 16 mars 2010, pourvoi n° 08-21511.

¹⁰ Sur cette notion, v. F. PARE, "Pour la sécurité alimentaire: restaurer la responsabilité d'Etat", *RIDE* 2012-4 p. 87.

¹¹ Lorsqu'il contraint les Etats à prendre en compte l'impact des mesures nationales limitant les exportations sur la sécurité alimentaires des pays importateurs, v. art. 12 de l'ASA.



cause du droit à l'alimentation ou à la sécurité alimentaire qu'il véhicule, non seulement un conflit de normes (droit « à » contre droit du marché mondial) mais plus profondément un conflit de systèmes ou de régimes. Ces derniers seraient en quelque sorte l'effet papillon de l'oignon sénégalais.

Le premier objet de cette contribution est de montrer quelles sont les voies qui peuvent être empruntées pour dépasser ces conflits et intégrer l'impératif catégorique (au sens kantien) de sécurité alimentaire dans la mise en œuvre du droit de l'OMC. Pour cela, deux questions au moins méritent d'être posées : celle de la légitimité de l'ORD à arbitrer ces conflits de normes (A), et celle de la ou des méthode(s) le lui permettant (B).

A – La question de la légitimité

La légitimité de l'ORD à arbitrer des conflits de normes est *a priori* discutable¹². En droit, cette mission va d'ailleurs au-delà du mandat donné aux groupes spéciaux par le mémorandum d'accord qui consiste à déterminer si (et seulement si) les accords ont été respectés¹³. En pratique toutefois, les contentieux « mixtes » (restrictions au commerce *v.* promotion des valeurs non marchandes) sont de plus en plus fréquents devant l'ORD qui, pour les trancher, est appelé à mettre en œuvre les exceptions au libre échange dont les accords admettent le jeu, singulièrement l'article XX de l'accord général et les dérogations admises dans les accords spéciaux, par exemple l'article 12 de l'ASA (admission de prohibitions et restrictions à l'exportation) ou encore le point 3 de son annexe 2 (détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire). L'ORD en retire de fait une position de force dans l'arbitrage des conflits de régimes qui incite à faire peser sur le mécanisme une responsabilité particulière dans la prise en compte de « rationalités extérieures ». Par ailleurs, ce rôle est possible chaque fois que l'ORD est conduit à interpréter les dispositions des accords et à les appliquer. Il jouit ainsi d'une marge de manœuvre devant lui permettre de mieux prendre en compte l'impératif de sécurité alimentaire expressément mentionné dans le préambule et dans le corps de l'ASA.

Pour l'interprétation des dispositions des accords, l'ORD a parfois pris en compte des normes extérieures. C'est la règle dite de la *non clinical isolation* qui passe par la prise en compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »¹⁴. Telle qu'elle est conçue aujourd'hui, cette règle d'interprétation est toutefois nettement insuffisante car elle se cantonne à la prise en compte des règles qui lient non pas seulement les Etats partie au litige mais tous les Etats membres de l'Organisation¹⁵. Ce faisant, elle conduit dans le cas général à négliger des sources informelles telles que la Charte

¹² V. en ce sens la conclusion d'une conférence (non publiée) de G. MARCEAU à l'IEA de Nantes, le 11 janvier 2011. La vidéo de la Conférence disponible sur le site de l'IEA : <http://www.iea-nantes.fr/en/conferences/bdd/actualite/221/mois/1/annee/2011>

¹³ V. notamment les articles 7 et 11 du mémorandum d'accord.

¹⁴ Article 31§3 c) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

¹⁵ V. en ce sens Rapport du groupe spécial, CE – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, 10 octobre 2006, §7. 68



de la Havane qui tient pourtant lieu de raison écrite¹⁶ et à ignorer le contenu que les droits nationaux peuvent, par leur « influence ascendante »¹⁷, conférer aux notions à géométrie variable qui permettent de véhiculer les valeurs non marchandes. Bien mieux, cette approche restrictive conduit à négliger les obligations internationales par ailleurs souscrites par l'Etat attrait devant le mécanisme. Si ce dernier est membre du PIDESC, il est en effet tenu de respecter son article 11 qui garantit à chacun le droit à l'alimentation. Dans le cas contraire, il peut désormais être attrait devant le comité des droits économiques, sociaux et culturels par « *des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat partie* » s'estimant victimes d'une violation de leurs droits¹⁸. Sous réserve que l'applicabilité directe de l'article 11 soit reconnue, l'Etat pourrait en outre être condamné par des juridictions locales¹⁹.

Dans l'application des dispositions des accords, peu de précisions sont données sur l'administration de la preuve qui est pourtant capitale pour conclure ou non à l'existence d'une violation²⁰. Bien mieux, les règles gouvernant la charge et l'objet de la preuve paraissent gravement déficientes²¹. S'agissant de la mise en œuvre de l'article XX du GATT, il appartient ainsi à l'Etat défendeur de rapporter la preuve que la mesure incriminée est bien légitime et proportionnée, ce qui paraît naturel dès lors que chaque Etat peut se prévaloir d'une marge nationale d'appréciation qui tienne compte aussi bien des particularismes locaux que des engagements internationaux souscrits. Toutefois, c'est « *sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* ». La charge de cette preuve (négative) ne devrait pas peser sur l'Etat défendeur non seulement car elle est impossible à rapporter (*probatio diabolica*) mais aussi parce qu'elle est contraire à un principe bien ancré en droit de la preuve suivant lequel la mauvaise foi ne se présume pas. Dans l'administration de cette preuve, il faudrait par ailleurs tenir compte de l'objectif de développement durable qui figure dans le préambule de l'accord instituant l'OMC et envisager la question de la preuve sur le long terme. En clair, il convient de ne pas considérer comme une restriction déguisée une mesure qui nuit au commerce à court terme afin de satisfaire des objectifs d'intérêt général à long terme. Cela pourrait passer par l'application d'une règle de raison faisant la balance entre les différents effets (pour le commerce et pour l'Homme) de la mesure lorsque celle-ci n'est pas restrictive par son objet même.

¹⁶ V. toutefois Rapport du groupe spécial dans l'affaire *Telmex, Etats-Unis c/ Mexique*, WT/DS204/R, 2 avril 2004, §7. 236 p. 221 prenant en compte la Charte de la Havane.

¹⁷ Sur ce mécanisme, v. K. GARCIA, *Le droit civil européen*, Larcier, 2008, à propos de l'interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

¹⁸ V. J.-Cl. ZARKA, « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : entrée en vigueur du protocole facultatif », *Rec. Dall.* 2013, p. 1211.

¹⁹ Sur l'applicabilité directe de l'article 11 du PIDESC qui a été reconnue dans certains Etats, v. Ch. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 263 et s.

²⁰ Eric WHITE, « Les règles de la preuve à l'OMC », *Les notes bleues de Bercy*, n° 186, 1er au 15 juillet 2000, p. 6.

²¹ Sur la question, v. N'GAMBI, *La preuve dans le règlement des différends de l'OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2010.



Comment le système commercialiste pourrait-il alors s'ouvrir à de telles « rationalités extérieures » ? Plusieurs pistes peuvent être envisagées.

B –La question des méthodes

Dans un réflexe kelsenien, mais en l'absence de « gouvernance mondiale » – et donc de système juridique universel sur le modèle d'un État mondial –, une première proposition serait de considérer qu'une hiérarchie internationale des normes se dessine, permettant à l'ORD d'évincer une norme commercialiste au profit d'une norme extérieure jugée supérieure. Les normes humanistes pourraient ainsi – devraient – s'imposer en cas de conflit sur les normes commerciales. L'une des difficultés, parmi d'autres, de la hiérarchie réside dans l'identification et la reconnaissance de règles impératives – difficulté bien connue des conflictualistes qui savent qu'une règle d'ordre public national n'est pas pour autant d'ordre public international et moins encore d'ordre public véritablement international –, d'autant que la jurisprudence tend à favoriser, sur bien des points, l'effritement de l'impérativité dans les relations internationales²². S'il apparaît bien difficile d'identifier une hiérarchie formelle²³, il est cependant possible de considérer, comme le soutient Sara Amini²⁴, qu'une hiérarchie normative matérielle est en voie d'émergence en droit international contemporain, au sommet de laquelle les principes d'ordre public international prennent peu à peu leur place. Parmi ces principes, le concept de « développement durable humain », qui implique notamment la reconnaissance du droit à la souveraineté sur les richesses et ressources naturelles, accède progressivement à une reconnaissance juridique et judiciaire qui pourrait permettre, à l'avenir, de faire le lien « par le haut » entre les droits fondamentaux humains – notamment le droit à l'alimentation – et le libre-échange²⁵.

Compte tenu de la complexité à instaurer une hiérarchie au sein des normes internationales, d'autres méthodes pour un « pluralisme ordonné »²⁶ peuvent cependant être avancées.

Une méthode sélective tout d'abord. Plutôt que de rechercher la norme supérieure au sein d'une hiérarchie – formelle ou matérielle – l'ORD saisi d'un conflit de normes (sécurité alimentaire v. accès au marché) pourrait rechercher la norme la plus pertinente au sein du système – voire au sein d'autres systèmes – pour répondre à la question posée. La norme la plus pertinente serait celle considérée comme la plus « appropriée », donc la plus adéquate, pour l'espèce.

²² On peut citer à cet égard l'arrêt Cass. Civ. 1ere 22 octobre 2008 dans lequel la Cour a jugé que « la clause attributive de juridiction... devait... être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige », pourvoi n° 07-15823.

²³ Un tel système nécessiterait notamment que tous les membres de l'OMC aient, en matière de droits de l'homme, adhéré aux deux pactes de l'ONU sur les droits de l'homme, ce qui n'est pas le cas actuellement.

²⁴ Sara AMINI, *Les ordres publics international et économique en droit international : entre confrontation et articulation*, thèse dactyl., 2012, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, n° 39 et suiv.

²⁵ Sara AMINI, *op. cit.*, n° 761, p. 773 et suiv.

²⁶ L'expression de Mireille DELMAS-MARTY (*Les Forces imaginantes du droit II – Le pluralisme ordonné*, 2006, Seuil) désigne un processus de mise en ordre plutôt qu'un modèle stable.



Une telle méthode de sélection présuppose une qualification préalable de la question de droit posée : dans l'exemple de l'oignon sénégalais, il conviendrait d'abord de déterminer si la mesure incriminée – une interdiction des importations par exemple – soulève un problème de type commercial ou de type humanitaire ou les deux, les États ayant parfois tendance à dissimuler des finalités protectionnistes et donc économiques derrière des finalités humanitaires... Dans l'hypothèse d'une interdiction ponctuelle ou exceptionnelle et justifiée par la nécessité de sauver une production locale essentielle à la sécurité alimentaire du pays, la question pourrait être qualifiée de question non commerciale ou mixte, même si le risque existe de voir cette étape préalable de qualification utilisée comme un « filtre » par la juridiction pour faire une lecture commerciale des politiques non commerciales.

La seconde étape consisterait à sélectionner la norme internationale la plus « appropriée » compte tenu de la nature du litige, comme c'est le cas en droit de l'arbitrage commercial international. À défaut de choix de la loi applicable, le tribunal applique en effet « les règles de droit qu'il estime appropriées »²⁷. Le concept est différent de celui de la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le litige puisque la règle jugée appropriée peut être comprise comme celle « dont le contenu est matériellement en adéquation avec la relation juridique qui entre dans son champ d'application »²⁸. En d'autres termes, la norme « appropriée » peut être vue comme celle dont la finalité converge avec la question de droit posée.

Même si un tel raisonnement ne peut être transposé de manière topique en droit du commerce multilatéral, il est permis de penser que dans un litige mettant en jeu à la fois les intérêts du commerce international et les droits de l'homme (ou la protection de l'environnement), l'ORD pourrait passer d'une logique de conflits de normes à une logique matérielle. Il s'agirait de rechercher de quel régime la question relève (question de qualification) puis, au sein de celui-ci, quelle norme aurait pour finalité et pour fonction de répondre au mieux à la question de droit posée. Si la question se pose en termes de sécurité alimentaire, c'est à travers ce prisme que la norme la plus pertinente devrait être identifiée. Si toutefois la question est résolument « à cheval » entre deux systèmes, une seconde méthode, créative, peut être envisagée.

La méthode créative ensuite. À défaut de norme pertinente, il est permis de considérer que l'ORD, comme toute autre juridiction saisie d'une question débordant son domaine « primaire » de compétence, devrait relever le défi de créer des normes matérielles transnationales permettant de mettre fin aux conflits de normes nés de la question de droit posée et, partant, aux conflits de régimes. Comme le soutiennent les professeurs A. Fischer-Lescano et G. Teubner²⁹, il s'agit de mettre en réseau de manière sélective les régimes en collision et d'accepter que les instances judiciaires de chaque régime créent des normes

²⁷ Article 1511 du Code de procédure civile français ; article 1054 du Code de procédure civile néerlandais ; règle également retenue par le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

²⁸ Éric LOQUIN, « L'application des règles matérielles internationales par les arbitres du commerce international » in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Rana CHAABAN (dir), Lextenso, 2012, p. 39.

²⁹ Andreas FISCHER-LESCANO et Gunther TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE*, n° 1-2 2013, à paraître.



matérielles qui prétendent s'appliquer aux deux régimes en cause. Des normes transnationales seront ainsi créées sous la forme de droit mixte, prenant en considération chacun des régimes en conflit.

L'oignon sénégalais ne fait pas figure de cas d'école ; il est porteur de plusieurs conflits dont l'ORD pourrait connaître :

- un conflit entre la protection des droits des producteurs locaux par l'effet de la loi sénégalaise et celle des droits des producteurs étrangers d'oignons, privés d'accès au marché sénégalais
- un conflit institutionnel entre les politiques de deux organisations internationales : la FAO, qui appartient à la famille des Nations Unies, et l'OMC
- un conflit entre des rationalités concurrentes : la sécurité alimentaire et à travers elle la protection de la personne, de sa santé voire de sa vie, et la logique économique.

Il n'est pas certain, dans ce contexte complexe, que l'ORD identifie une norme matérielle appropriée ; gageons qu'il puisse alors relever le défi d'intégrer toutes les dimensions de la question posée pour créer une norme matérielle transnationale qui rende compatible, autant que possible, les rationalités concurrentes en jeu.

Bien que nécessaire, cette première voie défensive s'avère cependant insuffisante compte tenu des enjeux de la question. L'aliment est un bien national mondialisé ou un bien d'intérêt mondial, dont l'accessibilité doit être appréhendée à l'échelle internationale, dans une logique de coopération.

II – L'approche positive (ou coopérative) par l'OMC de la sécurité alimentaire

La question posée selon l'approche négative (ou défensive) est toujours de savoir si et comment l'Etat défendeur peut faire valider ses mesures nationales restreignant les échanges internationaux au nom de la sécurité alimentaire de sa population (approche unilatérale), ce qui s'avère très insuffisant face aux crises alimentaires. D'une part, le commerce international ne paraît pas être *en lui-même* « la » cause de l'insécurité alimentaire dans la mesure où le commerce des produits agricoles demeure national pour l'essentiel³⁰. D'autre part, l'insécurité alimentaire est un problème mondial qu'il ne faut peut-être pas abandonner totalement aux Etats. Comment permettre aux pays dépendants des importations d'avoir accès aux aliments ? Dans le même temps, comment postuler que la liberté du commerce permettra de nourrir la population si les prix sont trop élevés ? En clair, dans un monde d'interdépendances tel que le nôtre, il faut insuffler de la solidarité entre les pays (approche multilatérale) car certains ne pourront jamais être autosuffisants sur le plan alimentaire³¹ tandis que d'autres négligeront pour des raisons diverses de prendre des mesures appropriées. Insuffler de la solidarité c'est accepter l'idée que des obligations positives puissent naître à la charge des États comme

³⁰ « Il existerait un marché mondial des produits agricoles. C'est faux: plus de 90% des produits agricoles sont consommés sur place. Seuls moins de 10% sont exportés... », Bernard CASSEN, "Depuis Doha, l'OMC tourne à vide", in Les dossiers de la mondialisation, *Le monde diplomatique* janvier-février 2007, p.69, spéc. p. 70.

³¹ L'Egypte aurait besoin de plusieurs Nils pour irriguer les cultures nécessaires pour nourrir sa population par exemple.



contreparties à l'interdépendance créée par les accords : une obligation de prendre en compte l'intérêt de l'autre, voire de coopérer avec l'autre au nom d'intérêts supérieurs – ici, l'accès aux aliments.

Le temps est ainsi venu de réfléchir à la mise en place de mécanismes commerciaux permettant d'améliorer l'accès aux aliments. Précisons d'emblée l'importance qu'il y aurait à ce qu'un tel système s'inscrive dans le système commercial international et dans les mécanismes de marché et non en marge de ceux-ci, à l'opposé donc du programme d'aide alimentaire existant. Le but n'est pas tant en effet de déconstruire le système de l'OMC que d'initier des évolutions en son sein permettant la progression d'une économie sociale de marché ou la prise en compte d'objectifs non commerciaux au sein des objectifs commerciaux.

La justification à une proposition en ce domaine tient à la nature du produit agricole qui, à l'instar de l'eau, est nécessaire à la vie de sorte que – lorsqu'il ne peut être (re)produit localement – sa distribution est une question d'intérêt économique général. Lorsque l'accès des populations à la nourriture n'est pas menacé, cette distribution peut certes se passer de tout interventionnisme. Dans le cas contraire, la solidarité commande que les États membres dépassent leurs intérêts égoïstes pour prendre en compte l'intérêt des autres. C'est (aussi) à cela que l'échelon global devrait servir. À cette fin, deux voies nous semblent pouvoir être empruntées : la première concerne la distribution des semences, la seconde la distribution des aliments. Une proposition, dans chacune de ces voies, peut être formulée.

Proposition 1 : favoriser le commerce parallèle de semences agricoles pour permettre la production vivrière.

L'accord sur les ADPIC a eu les mêmes effets concernant la production des produits agricoles qu'en matière de médicaments³² : la brevetabilité des semences agricoles a pour conséquence de limiter l'accès aux semences nécessaires à la production agricole. Pour cette raison, une première proposition – d'ores et déjà formulée dans la thèse de Sylvestre Yamthieu Wétomdié³³ – consiste dans l'extension du domaine du mécanisme dit « du § 6 » de la Déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique³⁴ aux semences agricoles qui font l'objet d'un ou plusieurs monopoles d'exploitation³⁵.

À l'exemple du secteur des médicaments, la plupart des PMA et PED ne disposent pas en effet d'industries dans le domaine des biotechnologies végétales. Soit ils n'ont pas de capacité de production soit celle-ci s'avère très insuffisante ce qui, de fait, les prive de la possibilité d'avoir recours à la « flexibilité » offerte par l'article 31 de l'accord sur les ADPIC

³² A. GUESMI, *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Larquier, 2011.

³³ S. YAMTHIEU WETOMDIE, *Accès aux aliments et droit de la propriété industrielle*, thèse dactyl. Universités de Nantes et de Ngaoundéré, 2013, spéc. n°388 et s.

³⁴ WT/MIN(01)/DEC/2 du 20 novembre 2001 et décision du 30 août 2003 du Conseil général de l'OMC sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha, WT/L/ 540. Sur sa mise en œuvre dans l'UE, v. Règlement (CE) n°816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, JOL 157 du 9 juin 2006.

³⁵ On ne discutera pas ici de la question de l'appropriation du vivant qui se pose pourtant.



- qui autorise la délivrance d'une licence obligatoire à des fins d'approvisionnement du marché local. Pour permettre à ces pays de dynamiser leur production agricole, il apparaît donc nécessaire de les autoriser à avoir recours à des importations parallèles de copies de semences brevetées - copies produites à l'étranger, dans le cadre d'une licence obligatoire délivrée par un Etat étranger, pour l'exportation vers les pays où l'accès aux semences doit être amélioré.

Certains détracteurs seront sans doute tentés de critiquer une telle proposition, invoquant le succès d'estime que le système connaît en matière de médicament. Des observateurs ont toutefois montré que, par sa seule existence, le système de Doha avait entraîné de fait une baisse très nette du prix des médicaments pour les pays les plus pauvres³⁶ et donc un meilleur accès. Or l'extension de ce système au commerce des semences paraît assez simple à mettre en œuvre car si la maîtrise des pandémies fonde un système commercial dérogatoire pour le médicament, l'éradication des famines fonde *a fortiori* un régime dérogatoire comparable pour les produits agricoles³⁷.

Développer la production vivrière en favorisant l'accès aux semences ne peut toutefois constituer la seule solution, notamment pour les pays n'ayant pas les capacités (en termes de structures notamment) agricoles suffisantes. Ces derniers doivent alors avoir recours aux importations d'aliments. Importateurs nets, ce sont les pays les plus exposés aux fluctuations des marchés agricoles.

Proposition 2 : créer un système de distribution coopératif d'aliments pour endiguer une crise alimentaire

Dans le droit fil de ce qui précède, une seconde proposition consiste dans la création d'un système de distribution alternatif et coopératif entre États exportateurs et importateurs de produits agricoles en temps de crise alimentaire —proposition justifiée par le caractère de biens de première nécessité des produits agricoles mais n'interdisant pas une réflexion généralisée aux produits alimentaires.

Le système pourrait fonctionner selon le schéma suivant : une liste de pays « utilisateurs » du système pourrait être dressée, dissociant les membres importateurs des membres exportateurs – des critères permettant d'être inscrit dans une catégorie ou dans l'autre devraient être fixés, à partir notamment, pour les pays au bénéfice desquels le système serait institué, de leur « état de nécessité » en matière alimentaire. Les pays « importateurs », en situation de nécessité pour certains produits agricoles, mais producteurs et exportateurs par ailleurs d'autres produits agricoles pourraient, en période de crise alimentaire, demander à « échanger » leurs productions contre celles de pays « exportateurs ». Prenons un exemple : on imagine que le Sénégal exporterait des oignons à la France qui exporterait en échange du blé au Sénégal. Les flux réalisés dans ce cadre s'organiseraient sur la base de compensations : le prix dû par la France pour l'achat d'oignon se compenserait avec le prix dû par le Sénégal

³⁶ L'une des raisons étant que pour éviter d'être contraints à délivrer des licences obligatoires, les détenteurs de droits auraient volontairement concédé des licences à prix plus bas.

³⁷ Comp. S. YAMTHIEU WETOMDIE, thèse préc. spé. n° 390 : « Les flexibilités prévues dans l'accord de Doha sont destinées à garantir l'accès aux biens essentiels, à savoir les médicaments et les aliments ».



pour l'achat de blé, ou la quantité d'oignon se compenserait avec la quantité de blé, une soule d'échange (un prix) restant éventuellement à payer.

L'intérêt d'un tel système, fonctionnant à partir de compensations, serait double : il s'inscrirait en effet à la fois dans une logique de marché –puisque'un prix d'échange, d'équivalence devrait être fixé (il conviendrait de déterminer à quel prix l'oignon serait échangé contre le blé et inversement)– et dans une logique de solidarité puisque'il serait dérogatoire du jeu normal du marché. Il ne s'agirait en aucun cas d'un système de troc ou de don mais de distribution coopérative fonctionnant sur la base de compensations financières. Le prix d'équivalence serait bien un prix de marché mais la logique de compensations permettrait d'échapper à la fixation du prix par les marchés financiers et ceci de manière à éviter les problèmes de hausse des prix liés à la spéculation, en partie causée par les intermédiaires.

La raison d'être d'une telle proposition réside dans la nécessité d'instituer des correctifs au marché autorégulateur pour que soit garantie la dignité humaine, seule à même de permettre l'exercice d'une réelle liberté postulée par le système libéral. La liberté est en effet illusoire pour les populations n'ayant pas accès à un bien aussi essentiel que l'aliment « de base ». Pour cette raison, la coopération fondée sur la nécessité³⁸ s'impose presque naturellement dans le secteur agro-alimentaire où l'on constate un fort développement des sociétés coopératives –qui « nourrissent le monde » selon les termes du Secrétaire général de l'ONU³⁹. Contrairement aux sociétés civiles ou commerciales —fondées sur la volonté—, la coopérative apparaît en effet comme une « association nécessaire »⁴⁰, s'inscrivant dans l'économie de marché et non en marge ou en opposition à celle-ci, et dont l'objet est de répondre aux besoins de ses membres au moyen d'une propriété collective.

Si la création, par voie de traité, d'une société coopérative agricole internationale peut être évoquée, on imagine cependant plus facilement et à plus court terme l'institution d'un système de distribution collective, s'inspirant de la coopérative agricole⁴¹ aussi bien par ses finalités – être au service des pays membres « adhérent » à un tel système pour permettre, en période de crise alimentaire, une diminution du coût des produits – que par son mode de fonctionnement – chaque État « associé » apportant au système sa production agricole

³⁸ Boris BERNABE, « La coopérative, instrument juridique de la nécessité », *Revue de droit rural*, n° 391, mars 2011, pp. 12-19. Les idées d'entraide et de solidarité ont toujours été, pour des raisons de nécessité, primordiales dans le monde rural.

³⁹ Coopératives qui jouent, selon Ban KI-MOON, « un rôle clef dans l'initiative "défi faim zéro" lancée en juin 2012 », ONU, SG/SM/14587 OBV/1153, 16/10/2012 (disponible en ligne, www.un.org). L'année 2012 a été déclarée par l'ONU année internationale des coopératives.

⁴⁰ Loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006. Plus généralement sur cette question, « Où va la coopération ? Actualité et perspectives des sociétés coopératives agricoles », dossier spécial, *Revue de droit rural*, n° 391, mars 2011, p. 11 et suiv.

⁴¹ « Les textes ne donnent pas de définition de la coopérative agricole, se contentant de caractériser la société par l'objectif qui lui est assigné... Les coopératives agricoles apparaissent donc être des sociétés créées par des agriculteurs dans le but d'assurer l'approvisionnement de leur exploitation, d'améliorer les conditions de production et de faciliter l'écoulement des produits. L'objet des sociétés coopératives agricoles correspond donc à la finalité première de toute société coopérative, à savoir, être au service de ses adhérents, notamment par l'objet d'une diminution des coûts ou d'une amélioration de la qualité des produits ou services (L. 10 sept. 1947, art. 1^{er}) », M. HERAIL, « Coopérative agricole », *Répertoire de droit des sociétés*, n° 1.



disponible pour faciliter la circulation des produits par le biais de compensations.

En conclusion et pour résumer, deux voies semblent pouvoir être empruntées pour aboutir à une meilleure prise en compte de l'impératif de sécurité alimentaire par le droit de l'OMC.

La première consiste à préserver la souveraineté alimentaire dans le règlement des litiges. Dans son rôle d'interprète et de gardien de la bonne application des accords, l'ORD dispose d'une marge de manœuvre qui peut lui permettre de surmonter les conflits de normes voire de régimes soulevés par la conciliation des impératifs de sécurité alimentaire et de marché, pour faire prévaloir, quand cela s'avère nécessaire, les politiques agricoles répondant aux problèmes alimentaires sur les politiques de libre échange.

La seconde consiste à instaurer une solidarité alimentaire dans le système OMC. Le droit du commerce multilatéral devra pour cela dépasser l'approche historique défensive pour participer activement à la lutte contre la faim dans le monde, en créant notamment des mécanismes commerciaux d'amélioration de l'accès aux semences agricoles et de distribution des produits agricoles.

De telles avancées reposeront cependant sans doute sur la capacité de la « société civile », notamment des ONG, à exercer une pression sur le système commercial ; même si chacun joue sa propre partition, souhaitons qu'une harmonie puisse enfin s'établir et que le dynamisme du droit du commerce international puisse servir d'autres intérêts que ceux des marchands.