



The World's Largest Open Access Agricultural & Applied Economics Digital Library

This document is discoverable and free to researchers across the globe due to the work of AgEcon Search.

Help ensure our sustainability.

Give to AgEcon Search

AgEcon Search
<http://ageconsearch.umn.edu>
aesearch@umn.edu

Papers downloaded from **AgEcon Search** may be used for non-commercial purposes and personal study only. No other use, including posting to another Internet site, is permitted without permission from the copyright owner (not AgEcon Search), or as allowed under the provisions of Fair Use, U.S. Copyright Act, Title 17 U.S.C.

No endorsement of AgEcon Search or its fundraising activities by the author(s) of the following work or their employer(s) is intended or implied.

Quel rôle pour la politique de la concurrence dans les négociations internationales ?

MME Laurence Boy

Résumé

La question d'une (des) politique(s) de la concurrence dans les négociations internationales soulève d'emblée la place de l'OMC. Le croisement du regard du juriste et des économistes conduit à mettre en valeur dans cette problématique les différences d'approche par produits ou par processus de production. Celles-ci nous paraissent fondamentales pour appréhender les négociations internationales en matière agroalimentaire.

Abstract

International negotiations in agriculture and competition law - The question of a competition policy in the international negotiations raises at the first attempt the WTO part. The crossing glance of lawyers and economists results in emphasizing in these problems the differences between product or process approaches agroalimentary.

Citer ce document / Cite this document :

Boy Laurence. Quel rôle pour la politique de la concurrence dans les négociations internationales ?. In: Économie rurale. N°277-278, 2003. La politique de la concurrence dans l'agroalimentaire. pp. 61-79;

doi : <https://doi.org/10.3406/ecoru.2003.5436>

https://www.persee.fr/doc/ecoru_0013-0559_2003_num_277_1_5436

Fichier pdf généré le 09/05/2018



Quel rôle pour la politique de la concurrence dans les négociations internationales ?

Laurence BOY • CNRS-INRA, Centre de recherche en droit économique (Credeco),
Nice Sophia Antipolis

La question d'une (des) politique(s) de la concurrence dans les négociations internationales soulève d'emblée celle de savoir s'il existe une véritable politique européenne en matière agroalimentaire. Il semble, de ce point de vue, que, malgré certaines divergences, les États européens apparaissent assez unis dans les cycles de négociations internationales et ont une tradition juridique originale en matière agroalimentaire.

Ce constat nous paraît d'autant plus important qu'il n'existe pas au sein de l'OMC de politique réelle de la concurrence. On se trouve en face d'un organisme fondé sur «la libre circulation des marchandises» mais qui n'est pas doté d'un véritable droit de la concurrence et de la concentration. La principale préoccupation de l'OMC est celle de la libre circulation des marchandises – forme la plus sommaire d'une politique de concurrence –, même si les préoccupations sanitaires et environnementales ne sont pas exclues des accords qui la fondent (Boy, 2002).

L'accord de Marrakech du 15 avril 1994 a conduit à la création de l'Organisation mondiale du commerce, organisme doté de la personnalité morale. L'accord final comporte quatre grands accords :

- l'accord instituant l'OMC,
- les accords sur le commerce et les marchandises,
- l'accord général sur les services,
- l'accord relatif aux droits de propriété

intellectuelle qui touchent au commerce (Adpic).

Le fait que les négociateurs du GATT aient inclus pour la première fois les droits de propriété intellectuelle dans leurs travaux, qui ont abouti à l'accord Adpic, est particulièrement significatif de l'enjeu économique majeur que ces droits représentent désormais, y compris dans les domaines les plus traditionnels comme l'agroalimentaire (Pollaud-Dulian, 1991). De façon générale, les accords de Marrakech constituent un changement profond par rapport au GATT de 1947, et ce, à deux égards.

Ils traduisent, d'abord, un accroissement sans précédent du champ couvert par la règle de droit dans le commerce international, spécialement par l'élargissement de l'ordre juridique de base contenu dans les accords à de nouveaux domaines. Le but des négociations était moins de déréglementer que de remplacer des règles substantielles nationales ou régionales par des normes à valeur internationale et dans des domaines totalement nouveaux (services, droits de propriété intellectuelle (Pace, 2000). Ces accords n'ont pris cependant tout leur sens qu'avec la Conférence interministérielle de Singapour de décembre 1996 qui a institué l'Organe de règlement des différends, lequel a reçu compétence pour régler les litiges commerciaux entre États.

Aux « avancées » en matière de droit substantiel correspond un bouleversement

profond qui autorise à penser que l'on assiste à la naissance d'un véritable ordre juridique du commerce international. La doctrine contemporaine définit, en effet, la « juridicité » par le fait que c'est l'éventualité du recours au juge ou à l'arbitre qui permet d'affirmer qu'une norme de fait est en même temps une norme juridique ou ne l'est pas (Carbonnier, 1994). Le droit est souvent perçu par les non-juristes comme un ensemble de règles posées d'en haut par les pouvoirs publics. La réalité est plus complexe et conduit à prendre en compte, dans la production des règles juridiques, le rôle des instances de jugement. Cette nouvelle compétence reconnue à l'OMC de régler les différends pour tous les accords lui donne sans conteste un rôle majeur dans la construction d'un véritable droit international du commerce. Reste que les mouvements que l'on observe sont contradictoires et méritent d'être replacés dans un contexte général de recomposition des mécanismes internationaux touchant le commerce international. L'OMC - ses normes et son juge - apparaît de plus en plus comme le grand chef d'orchestre des relations commerciales internationales. Mais la matière du commerce international devient de plus en plus complexe. Il faut combiner, en effet, les accords de l'OMC d'abord entre eux. Il faut ensuite les mettre en perspective avec d'autres traités ou textes internationaux spécifiques comme ceux relatifs à la santé, à l'environnement, etc., avec aussi des accords fondant des espaces régionaux ou sous-régionaux, enfin avec les législations nationales. Ces combinaisons seront difficiles à réaliser comme en témoignent déjà les premières interrogations au sein de l'OMC. Elles obligent à penser que l'OMC n'est pas le seul lieu des débats et que d'autres institutions, spécialement dans le domaine agricole, s'inscrivent dans un dispositif plus large qui devra vraisemblablement s'orienter vers des recompositions qui traduiront de nouvelles répartitions de pouvoirs entre d'anciens organes internationaux et ceux qui peuvent émerger.

Pour comprendre les enjeux de la matière, il nous semble indispensable de repartir des accords OMC de la Conférence de Marrakech, spécialement des accords Adpic qui ont balisé la marge de manœuvre des États signataires. Ces accords axés, principalement, sur une logique de protection individuelle de type brevet risquent de porter gravement atteinte à la biodiversité et à l'émancipation de certaines formes d'agriculture. Ils doivent être confrontés au principe de précaution, principe émergent en droit international et qui peut renouveler la question des biotechnologies dans le commerce international. L'accord Adpic repose essentiellement sur une approche par « produits » brevetables ou non (Remiche, 2002). A cette logique par produit qui est, notamment, celle des États-Unis, il faut signaler qu'il en existe une autre qui s'intéresse principalement au processus de production qui est traditionnellement celle de l'Europe et qui fonde sa politique de qualité. Elle a été réactivée dans un esprit différent en ce qui concerne la dissémination des OGM dans l'environnement. La démarche par produits devrait sans doute être complétée au niveau international par une approche par processus de production. C'est donc essentiellement en mettant en perspective les accords de Marrakech et les textes communautaires que l'on voit se dégager deux problématiques de la concurrence : une approche traditionnelle par produit et une approche par processus de production, qui induisent des contenus différents quant aux valeurs concurrentielles concernées et interpellent de façon radicalement différente le droit de la propriété intellectuelle. La distinction produit/processus est, sans doute, difficile à mettre en œuvre. Elle nous paraît cependant potentiellement riche d'intérêt en permettant de réarticuler des matières trop souvent éparses : politiques de concurrence, droit de la concurrence, droit de la qualité, droit de la propriété intellectuelle (Pirovano, 2001). En effet, si cette distinction se révèle relativement insaisissable, c'est

sans doute que les outils conceptuels économiques et juridiques traditionnels n'ont pas encore permis de l'appréhender. Simple intuition, le véritable bouleversement semble, au départ, apparaître dans le secteur de l'agroalimentaire traditionnel avec la démarche qualité sans que, semble-t-il, les différentes disciplines en aient pris réellement conscience. La démarche nouvelle englobant concurrence, marques, traçabilité soulève des questions inédites permettant de nourrir des pistes de recherche que nous espérons fécondes tant en droit de l'agroalimentaire traditionnel que dans le domaine des biotechnologies. C'est donc une synthèse des savoirs qui est ici proposée, peut-être à tort, ordonnée autour de la notion de produit et de processus.

Une approche traditionnelle par produit

La question des politiques de la concurrence dans le domaine agricole est immense et, à ce jour, il n'est pas certain qu'aient été seulement recensés les liens entre l'accord Adpic et les problèmes commerciaux, juridiques et environnementaux dans le domaine des produits agricoles, spécialement en ce qui concerne les produits issus des biotechnologies.

1. L'OMC et l'agriculture

La conclusion de l'accord Adpic sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce a été saluée généralement comme un succès remarquable sans qu'au départ ses répercussions dans le domaine agricole n'aient été le moins du monde envisagées. Fondamentalement, l'Adpic n'édicte pas de normes nouvelles. Il se contente de renvoyer aux conventions internationales en vigueur en la matière, comme la convention de Paris sur la propriété industrielle et les marques adoptée le 14 juillet 1967 et la convention de Berne sur les droits d'auteurs adoptée le 24 juillet 1971. Il n'en demeure pas moins que l'Ad-

pic, par sa simple existence, traduit la volonté d'instaurer dans le domaine des propriétés incorporelles des règles internationales juridiquement contraignantes.

Choisir l'OMC comme cadre pour un renforcement et une harmonisation de la protection de la propriété intellectuelle dans un cadre multilatéral n'allait pas de soi. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ainsi que l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) pouvaient apparaître comme le cadre approprié pour le règlement de ce type de dossiers. Elles souffrent cependant d'une faiblesse majeure. Elles ne disposent pas d'une procédure de règlement des différends adaptée permettant de résoudre les conflits commerciaux pouvant naître entre États. La force de l'OMC tient précisément à l'existence d'un organe de règlement des différends.

L'Adpic est extrêmement complexe. C'est que la matière de la propriété est, elle-même, le lieu de contradictions qu'elle doit s'efforcer de résoudre, contradictions d'autant plus vives que le cadre de l'OMC se veut celui de la libre circulation des marchandises. En lui-même, le droit exclusif que confère la propriété intellectuelle apparaît comme contraire à la libre concurrence. Il est cependant justifié par la contribution qu'il est susceptible d'apporter à l'innovation du fait de la protection temporaire offerte à son titulaire. Il ne faut donc pas s'étonner des conflits qui peuvent surgir entre le droit de la propriété intellectuelle et la libre concurrence. Le paradoxe est, semble-t-il, résolu tant en droit interne qu'en droit international par appel à la notion de commerce légitime. La protection des propriétés intellectuelles se justifie *in fine* par le fait que ces dernières contribuent à un commerce loyal. Cette présentation démontre qu'en réalité l'accord Adpic est fondamental en matière agricole comme en témoignent les discussions actuelles sur les brevets et les signes de qualité notamment.

Le cadre général

L'une des spécificités des créations intellectuelles vient de ce que leur commercialisation suppose préalablement reconnue par le droit leur réservation à un titulaire (Mousseron *et al.*, 1997 ; Chavanne et Burst, 1998). Les droits de propriétés industrielles et commerciale qui nous intéressent plus particulièrement, s'agissant des produits agricoles, tendent à protéger des créations intellectuelles utilitaires telles que les inventions, les brevets, les dessins et modèles et les marques.

L'appropriation privative est cependant fragile et dépend étroitement du contexte culturel, technologique et juridique du pays dans lequel a pris naissance l'invention (Lorvellec et Violet, 1999). Cela signifie d'emblée que toute tentative de traitement international de cette dernière bute sur les limites d'un mécanisme conventionnel de type OMC, quand bien même cette dernière se serait dotée d'un organe juridictionnel pouvant, à terme, donner lieu à une interprétation uniforme du contenu des droits substantiels.

L'enjeu des accords sur la propriété intellectuelle est particulièrement important dans un contexte où les processus d'innovation et les éléments moteurs de la révolution technologique sont essentiellement le fait des pays développés. La révolution de l'information et les progrès des biotechnologies tendent à recréer sans cesse une forte inégalité entre les pays en développement et les pays développés et peut conduire ces derniers à rester essentiellement des acheteurs de technologies. Ces accords ont donc une grande importance du point de vue de la croissance équilibrée de l'économie mondiale.

« Le problème de l'innovation est un problème d'économie publique que les gouvernements doivent traiter » (Jacquet *et al.*, 1999). Celui-ci s'avère particulièrement délicat dans le cadre d'une instance internationale comme l'OMC où les choix préalables des États sur cette question sont très

variables. On explique en « économie » que les États ont le choix entre deux stratégies vis-à-vis du bien public « impur » que sont la connaissance et l'innovation et qui repose sur la durée plus ou moins longue de la protection concédée. C'est la raison pour laquelle les propriétés industrielles sont toujours limitées dans le temps et que des licences obligatoires se sont souvent instituées.

Il semble que le niveau « efficace » de la protection intellectuelle soit extrêmement difficile à établir objectivement. Il s'agit, en effet, d'opérer des choix entre des intérêts contradictoires alors que, économiquement du moins, l'équilibre des gains ou des pertes d'efficacité ne peut véritablement se vérifier qu'à moyen ou même long terme comme l'équilibre entre gains des entreprises et gains sociaux. Ainsi, le choix du niveau de protection dépend étroitement de nombreux facteurs politiques, sociaux et culturels.

Les négociations et les résultats en matière de propriété intellectuelle ont été considérés comme servant avant tout les intérêts des pays développés au détriment des pays en développement (Pace, 2000). C'est le souci, essentiellement à l'origine, des États-Unis, d'établir à l'encontre des pays en développement un niveau de protection élevé des « marques » qui a motivé les négociations sur la propriété intellectuelle. La nécessité d'adopter une réglementation internationale adaptée et efficace a été présentée comme reposant sur un double constat : d'une part, la croissance de biens et de services reposant sur des brevets ou d'autres droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, les pertes croissantes de recettes dues au « piratage » et aux nombreuses contrefaçons. La philosophie des Adpic se fonde donc sur l'idée que les transferts de technologie entre pays ne sont possibles qu'à la condition de fixer des droits de propriété individuelle « forts ». Elle a jusqu'ici été initiée par les pays développés qui sont les principaux producteurs d'innovation. L'idée générale de l'accord est de fixer une norme internationale représentant

un minimum de protection, ce qui en matière industrielle correspond à un brevet d'une durée de vingt ans couvrant les produits comme les procédés à partir de la date du dépôt. Les États peuvent exclure de la "brevetabilité" des inventions pouvant nuire à l'ordre moral ou à l'ordre public, et qui pourraient porter atteinte à la santé humaine, à l'environnement ou à la vie des plantes et des animaux, mais il faut qu'ils puissent démontrer, en cas de conflit, le sérieux de ces menaces.

Avec l'Adpic, l'essentiel de l'ajustement doit être fait par les pays en développement qui ne disposent souvent pas d'un droit de la propriété intellectuelle. Il s'agissait d'une logique très individualiste et déconnectée de toute considération éthique. Ce n'est que récemment que la question s'est posée en termes environnementaux, éthiques et planétaires. Mais la sécurité juridique conférée aux entreprises des États développés risque d'accroître en matière d'innovation l'écart entre les pays développés et les pays en développement. Aussi les pays non développés se sont-ils organisés pour tenter de remettre en cause certains points de l'accord Adpic.

Le choix opéré par l'accord Adpic a donc été celui d'une harmonisation de l'ensemble des législations, y compris celles des pays en voie de développement, sur la base d'une préférence implicite pour l'appropriation privative, modèle dominant des pays développés.

La contradiction entre la protection de la propriété industrielle et le principe de libre circulation des marchandises est portée à son paroxysme en droit international. En effet, la libre circulation des marchandises, fondement de l'OMC, implique *a priori* une faible protection des titulaires des droits de propriété industrielle. On aurait pu penser que cet objectif rejoindrait celui de certains pays en développement pour lesquels toute invention est un instrument vital pour le développement et doit, en conséquence, pouvoir être utilisée par tous (Le Stanc, 2001). Cette conception aurait dû conduire, elle

aussi, à accorder une faible protection aux droits privatifs, voire à les nier.

Paradoxalement cependant, l'Adpic a opté pour une protection renforcée des droits de propriété intellectuelle. L'argument fort avancé par les pays développés, repris dans l'accord, est habituel : « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel (*sic*) de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ».

Les pays en développement ont accepté avec réticence ces accords qui limitent sensiblement pour les économies émergentes l'accès à certaines technologies. En contrepartie, ces pays pouvaient espérer, c'est en tout cas l'argumentation qui avait été élaborée à leur intention, l'investissement d'entreprises sur leur territoire grâce à un environnement juridique enfin sécurisé. Leurs espoirs ont été déçus. « Aujourd'hui, ils considèrent avoir des obligations mais pas les bénéfices d'un accord qui s'impose à leur politique nationale, et qui est difficile et coûteux à mettre en œuvre » (Zarilli, 2001)¹. Pour les pays développés, notamment exportateurs de technologies, l'application des accords Adpic appuyée par le mécanisme de règlements des différends de l'OMC garantit, en revanche, de façon très claire une protection renforcée.

Les négociations

Ce qui est radicalement nouveau avec la création de l'OMC, c'est qu'il a fallu négocier davantage sur les règles, sur les normes régissant ces matières que sur les droits de douane. De ce fait, les négociations ont été

1. Zarilli L., économiste à la Cnuced, in *Les pays du Sud se sentent pris au piège des droits sur la propriété intellectuelle*, Le Monde, Paris, 27 mars 2001.

et seront beaucoup plus délicates que par le passé. Ce changement profond a été analysé récemment et mérite que l'on s'y arrête quelque peu (Jacquet *et al.*, 1999). Contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, il semble qu'il y ait plus de ruptures que de continuité entre les deux instances de régulation du commerce international que sont le GATT de 1947 et l'OMC. Plusieurs « caractéristiques permettent de décrire... le passage d'une logique à l'autre » (Cohen, 1999). Avec l'introduction des services et des droits de la propriété intellectuelle dans le champ des négociations, on est passé de négociations purement tarifaires à des négociations sur les normes, les standards et les processus permettant de démanteler les barrières non tarifaires au commerce. Il est significatif d'observer à cet égard que les contentieux les plus vifs qu'ait eu à trancher ces dernières années l'organe de règlement des différends de l'OMC concernent précisément les barrières non tarifaires au commerce. On doit à cet égard signaler que l'approche par produit n'est pas favorable à la prise en compte des valeurs environnementales ou sanitaires par l'OMC. En effet, l'article XX du GATT, relatif au principe de non-discrimination et de traitement national en fonction de l'origine ou de la destination, vise la notion de « produit similaire ». Selon l'interprétation que l'on peut donner de ces termes, on peut, par exemple, contribuer plus ou moins à la protection de l'environnement comme en témoigne le différend entre les États-Unis et le Mexique au sujet de la pêche au thon. Les solutions ne sont pas claires. Selon le type de configuration des conflits, tel État sera tenté de mettre en avant tantôt une approche par produit, tantôt une approche par procédé. Tous jouent souvent sur ces ambiguïtés que ce soit au niveau international ou au niveau régional.

2. L'Adpic et les produits agricoles issus des biotechnologies

Il faut combiner l'accord Adpic non seulement avec les autres accords de Marrakech,

comme l'accord SPS (mesures sanitaires et phytosanitaires) sur lequel se sont noués des contentieux, ou les accords GATT, mais encore avec tous les autres traités internationaux qui peuvent intéresser les produits agricoles ou qui touchent à la santé et à l'environnement. Le domaine de l'agroalimentaire ne saurait se ramener à un seul accord. C'est ainsi que de l'avis de nombreux pays du Sud, l'accord Adpic peut, en l'état, entrer en conflit avec la convention sur la biodiversité selon laquelle l'accès aux ressources, y compris génétiques, est régi par le principe de la souveraineté.

Les enjeux agricoles de l'accord Adpic sont rendus encore plus complexes par le fait que pendant longtemps l'agriculture a bénéficié d'un traitement dérogatoire par rapport aux autres produits et services et qu'il existe spécialement en Europe et en France une législation extrêmement complexe visant à assurer une politique de qualité faisant largement appel aux droits de propriété intellectuelle mais dont les objectifs peuvent être plus larges que la seule promotion de la qualité, comme la coordination des acteurs d'une filière ou l'aménagement du territoire (Lorvellec, 1999).

Les produits agricoles ont été pendant longtemps à l'écart des règles du GATT. Cette situation a provoqué des affrontements nombreux entre les parties contractantes ayant des intérêts agricoles importants. Bien que ne représentant qu'une faible part du total des échanges mondiaux (environ 12 %), le commerce de produits agricoles constitue un concentré d'obstacles au commerce, qu'il s'agisse de mesures aux frontières ou bien de la production. Il conduit à s'interroger sur la place de la culture intensive.

Il faut signaler que la matière a pris, ces dernières années, un caractère conflictuel du fait qu'elle se trouve au carrefour d'enjeux immenses et de nature différente. Tout d'abord, la matière est rendue complexe par le fait que les conséquences sur le monde agricole de l'accord Adpic n'ont pas été sai-

sies alors qu'une interrogation nouvelle sur la place de la culture intensive se pose. En effet, les systèmes agricoles « développés » se sont fondés essentiellement sur un modèle de type productiviste. L'accroissement de la production agricole a été obtenu par le recours massif aux moyens de production industriels dans lesquels la propriété industrielle joue un rôle important. L'effet cumulé de la mécanisation et de l'emploi de produits de consommation intermédiaires (engrais, produits phytosanitaires, aliments pour le bétail, semences, etc.) a permis, dès les années cinquante, une augmentation de la productivité sans précédent (Duby et Wallon, 1977). On a assisté à la création d'un secteur agro-industriel moderne dans lequel l'agriculture s'est insérée, en amont, comme un marché pour les producteurs d'intrants, de semences et de machines et, en aval, comme le fournisseur des industries agroalimentaires. Ce modèle repose largement sur le recours aux droits de propriété intellectuelle (brevets portant sur les semences, les animaux, certificat d'obtention végétale, etc.). Cette évolution, marquée par le diptyque industrialisation/concentration, a été largement accompagnée par les pouvoirs publics français, européens ou américains.

À bien des égards, cette politique a été incontestablement un succès. Le prix qu'il a fallu payer et qu'il faut encore payer pour ce résultat apparaît cependant assez lourd. Les coûts ont été sociaux, environnementaux et, on le découvre plus récemment, sanitaires. La logique « innovation » entre donc en concurrence avec d'autres préoccupations prises en compte par des traités internationaux hors Adpic (Convention sur la biodiversité...).

Ce n'est qu'au début des années 1990 que le droit enregistre véritablement les questions environnementales et sanitaires. L'absence de catastrophe majeure liée à l'activité agricole, la volonté des pouvoirs publics de ne pas entraver le développement de l'agriculture et, surtout, « l'image verte » traditionnellement associée aux acti-

vités agricoles expliquent sans doute ce retard dans la réaction du droit. Les choses allaient se précipiter avec les diverses crises sanitaires. L'image de l'activité agricole allait être sérieusement ébranlée, mettant en valeur le caractère avant tout productiviste et industrialisé des filières agroalimentaires (Guillon, 2001) et donc l'importance du droit des propriétés industrielles dans la structuration de ce secteur.

Si l'on veut bien s'interroger sur le droit de la propriété industrielle, on est conduit à se poser la question de savoir si l'accord Adpic doit nécessairement recevoir une interprétation univoque et purement « industrielle » ou si ce dernier ne peut pas renouveler une matière complexe en permettant d'y intégrer des dimensions plus humanitaires qu'il s'agisse des brevets et droits voisins ou de la qualité des produits agricoles.

Le droit des brevets admet, classiquement, trois exceptions aux règles de base sur la brevetabilité mais qui posent la question de leur interprétation à un niveau international.

- La première concerne les inventions contraires à l'ordre public ou à la moralité : sont expressément incluses dans cette catégorie les inventions dangereuses pour la santé et la vie des personnes, des animaux et des végétaux ou susceptibles de porter gravement atteinte à l'environnement. Elle est susceptible, on le comprend d'emblée, d'interprétations divergentes selon les États et une interprétation uniforme de la part de l'OMC sera très certainement attendue si un contentieux devait s'élever.
- La deuxième exception consiste à permettre aux Membres d'exclure de la brevetabilité les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux. Cette disposition extrêmement intéressante fait l'objet, elle aussi, de vives discussions comme l'a confirmé la Conférence de Doha. Il en est de même de celles qui prévoient d'autres hypothèses dans lesquelles les Membres peuvent exclure de la brevetabilité certains procédés.

• La troisième exception, en effet, a l'obligation de brevetabilité. Elle vise les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, tout pays excluant les variétés végétales de la protection par des brevets, doit prévoir un système de protection *sui generis* efficace. Le certificat d'obtention végétale constitue précisément l'un de ces systèmes de protection. L'ensemble de ces dispositions fait l'objet d'un réexamen permanent.

La durée de la protection offerte ne doit pas prendre fin avant l'expiration d'une période de vingt ans à compter de la date du dépôt (article 33). Cette durée est relativement longue. Elle est contestée par les pays en développement.

Des considérations d'intérêt général expliquent que la plupart des systèmes juridiques connaissent des mécanismes de licences forcées ou licences obligatoires. On considère cependant que le monopole conféré par le brevet perd sa justification socio-économique lorsque l'invention n'est pas exploitée ou lorsqu'elle empêche de façon injustifiée l'exploitation d'un autre brevet.

La concession de licences obligatoires et l'utilisation par les pouvoirs publics de l'objet d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit sont permises logiquement par l'accord Adpic. Elles sont assujetties à des conditions visant à protéger les intérêts légitimes du détenteur du droit et sont, pour la plupart, énoncées à l'article 31. Cet article prévoit l'obligation de ne concéder de telles licences que si le candidat utilisateur s'est efforcé au préalable d'obtenir une licence volontaire et que si ses efforts n'ont pas abouti dans un délai raisonnable. On ne connaît pas aujourd'hui de contentieux sur cette question en matière agricole. En revanche, dans le domaine des médicaments dans le traitement du sida, certaines entreprises pharmaceutiques ont pu être accusées d'abus de position dominante. Ceci illustre

les liens étroits entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle.

Ces dernières années, le développement des biotechnologies a soulevé de nombreuses questions en matière de brevetabilité du vivant lesquelles se posent de façon cruciale dans le domaine des produits agricoles et ouvrent de nouveaux débats notamment entre le Nord et le Sud. Les applications des biotechnologies permettaient *a priori* les espoirs financiers les plus fous. C'est le cas, par exemple, des recherches visant à l'élaboration de nouveaux carburants moins polluants. C'est le cas aussi et surtout de nouveaux médicaments pour lutter contre le cancer, le sida, ou pour proposer de nouvelles stratégies thérapeutiques à partir de cellules indifférenciées ou d'organes compatibles pour des greffes, de nouveaux aliments... En réalité, il semble que l'on assiste à une crise en matière de biotechnologies liée à deux changements politiques majeurs.

La question de la brevetabilité se posait autrefois dans le cadre d'un « club » fermé de pays développés. La mondialisation a fait que ce club très puissant est devenu minoritaire du point de vue numérique et que la contestation de ce modèle s'amplifie. Par ailleurs, le brevet reposait sur la mentalité du XIX^e siècle selon laquelle le bonheur était lié à l'essor des technologies. Aujourd'hui, les biotechnologies sont acceptées mais dans une vision critique, c'est-à-dire sous bénéfice d'inventaire et à la condition que ce soit dans un cadre démocratique. Il semble que cette crise ait été amplifiée par l'erreur des scientifiques et des industriels qui ont anticipé sur l'apparition de nouveaux marchés, spécialement dans le domaine agricole, alors que l'eurobaromètre démontre largement l'hostilité des Européens aux produits agricoles transgéniques (Hermitte, 2002).

Les principales difficultés concernant la brevetabilité du vivant tiennent à des considérations éthiques, socio-économiques et environnementales. La brevetabilité du

vivant dérive vers la promotion de l'entreprise qui a su la première occuper le terrain et, dans le domaine des biotechnologies, la nature et l'imbrication des connaissances permettent de faire porter le monopole au-delà de ce qui se pratique dans d'autres domaines techniques. Il existe donc aussi incontestablement des dangers que les entreprises les plus puissantes et les plus concentrées n'accaparent le vivant, ce qui explique sans doute la contestation du modèle du brevet par les pays en développement. Même dans les pays développés, la question se pose de savoir si les PMI et PME, mais aussi les organismes de recherche publique et les universités, pourront véritablement développer des applications ou des perfectionnements des inventions objets de ces brevets de base alors qu'outre les difficultés et les coûts de recherche, il est souvent nécessaire de composer avec un tiers, ce qui conduit à un mouvement de concentration dans l'industrie privée. Selon Joly (1998), de l'INRA, « les grandes firmes ne peuvent compter sur les seuls brevets pour s'imposer sur le marché des OGM agricoles ». Ces derniers n'assurent, en effet, qu'une protection imparfaite. Les entreprises doivent alors soit passer des accords avec les détenteurs de brevets concurrents, soit les absorber pour limiter la concurrence sur l'offre de gènes et pouvoir contrôler la commercialisation de leurs produits de traitements agricoles.

Sur ces questions fondamentales du point de vue éthique, environnemental et économique, des réponses juridiques nationales ne peuvent que favoriser, d'une part, la course à la soumission de toutes les valeurs aux seules valeurs économiques, l'aggravation des inégalités entre pays développés et pays en développement, d'autre part. Seule une réponse mondiale peut faire échec à l'essor de la seule logique économique et il n'est pas certain que l'OMC, compte tenu notamment de la logique actuelle de l'accord Adpic, sera l'instance internationale la mieux à même

de se saisir de la question de la brevetabilité du vivant. Les débats qui s'y instaurent méritent d'être suivis de près. Ils mettent en lumière les apports éventuels en termes éthiques et juridiques d'une approche renouvelée par processus de production.

Une approche par processus de production

Cette approche est traditionnelle en Europe où il existe depuis longtemps une politique de qualité des produits. Elle introduit inexorablement une approche par processus de production. Il s'avère, en effet, que la notion de produit n'est pas figée et qu'elle fait intervenir aussi, quoiqu'on en dise, celle de processus de production surtout lorsque les signes de qualité sont forts et reposent donc sur les méthodes de production. Cette politique de qualité s'inscrit dans une logique de segmentation des marchés, de recherche de « niches » (Charlier, 2001 ; Boy, 2002). A cette approche traditionnelle, les diverses « crises » sanitaires qui ont frappé l'Europe l'ont conduite à une analyse renouvelée sur les liens qu'entretiennent le droit de la consommation, le droit de l'environnement et le droit de la santé ainsi que sur les limites du modèle de la « science » (Steichen, 2001 ; Latour, 2001). C'est dans ce contexte d'incertitude scientifique et juridique (Prieur, 2001) que l'Europe a considéré qu'il fallait apprécier la valeur du principe de précaution. Visé par divers textes internationaux, le principe de précaution ne semble pas avoir aujourd'hui véritablement de valeur normative internationale (Boy *et al.*, 2001). Néanmoins l'Union européenne se réfère toujours plus explicitement à ce dernier pour justifier ses éléments de politique publique, notamment en matière de risques sanitaires et environnementaux. Ces deux approches par processus de production, fondées sur la notion de traçabilité, sont donc fondamentalement différentes. L'une repose sur la volonté de segmenter les marchés, l'autre sur la nécessité d'imposer un

minimum de règles à tout un secteur de production.

1. La politique concurrentielle de qualité en Europe

Il existe un nombre important de signes de qualité relatifs à de nombreux produits et services spécialement en matière agroalimentaire. La fonction primaire de la plupart des signes de qualité en agriculture est la réservation d'un nom géographique pour la désignation d'un produit élaboré selon un référentiel et originaire du lieu dénommé. La qualité pose incontestablement des problèmes en matière de politique de la concurrence. Il semble que l'apprehension de la qualité - reposant par essence sur un processus - n'ait pas été perçue au départ dans les dimensions concurrentielles dont elle est porteuse au regard notamment de la propriété intellectuelle. C'est aussi certainement ce manque de mise en perspective de l'ensemble de ces matières qui pourrait amener, à tort, à considérer qu'une recherche sur le principe de précaution ne ferait pas partie du sujet.

L'importance de la qualité dans la politique de la concurrence.

La préparation des négociations internationales est fondamentale en matière de signes de qualité. En effet, la protection de la spécificité des produits alimentaires peut apparaître comme poursuivant, en réalité, un objectif visant à créer des obstacles au commerce. Elle peut, au contraire, contribuer à ouvrir les marchés en valorisant de façon loyale les spécificités et qualités de certains produits agricoles par rapport à des produits de masse. Il semble que l'Union européenne ait pris conscience récemment de ces enjeux. En effet, dans une proposition au Comité de l'agriculture de l'OMC, celle-ci encourage les producteurs à diversifier leurs productions de qualité pour ouvrir les marchés, en mettant l'accent sur la relation fondamentale qui existe entre l'accès aux marchés et la question de la spécificité des produits alimentaires. Une négociation bien

menée au niveau régional ou international, devrait permettre qu'aucun autre produit au monde ne puisse être désigné sous l'appellation du produit de qualité. L'avantage commercial obtenu par les signes de qualité n'est pourtant que relatif et traduit, en droit international du moins, la prédominance d'une logique marchande sur des logiques d'organisation collective des productions.

Les négociations internationales ont conduit le plus souvent à faciliter l'ouverture des marchés et donc à faire reculer les modèles français et européens de coordination des acteurs, proches parfois d'un néo-corporatisme. Elles ont aussi souvent écarté les politiques publiques d'aménagement du territoire, en particulier les mesures de développement rural fondées sur l'encouragement aux productions de qualité (Lorvellec, 1999).

L'Europe a principalement développé deux signes de qualité : l'appellation d'origine et l'indication de provenance qui ont des particularités qui les distinguent des autres droits de propriété intellectuelle (Baeumer, 1999 ; Derrupé, 1998). Elles reposent sur la reconnaissance d'un lien entre une zone géographique et les caractéristiques ou la réputation d'un produit particulier. La principale difficulté les concernant résulte de l'utilisation parasitaire (Le Tourneau, 1998 ; Hueber et Binn, 2000) qui peut en être faite dans certains pays. La protection de ces signes n'intéresse pas seulement les intérêts des producteurs victimes de détournement de clientèle ou d'une dégradation de leur image. Elle intéresse aussi ceux des consommateurs qui peuvent être victimes de fraudes ou de tromperies. Mais la protection légitime de ces intérêts entre en conflit, en droit international notamment, avec la libre circulation des marchandises. Les relations entre signes de qualité et concurrence sont complexes et invitent à repenser non seulement ces dernières mais le contenu même de ce qu'il convient de ranger sous les termes « valeurs concurrentielles » et « marchés pertinents ».

Qualité et droit de la concurrence

Les questions posées par les signes de qualité ne sont pas totalement de même nature que celles qui résultent du droit des brevets et des droits voisins. En effet, les entraves éventuelles à la concurrence qu'elles peuvent induire se posent en termes extrêmement subtils dans la mesure où les signes de qualité sont frappés du double sceau : l'amélioration du fonctionnement des marchés par la clarté du signe de qualité, l'image traditionnelle attachée au signe en tant que tel, entrave *a priori* à la concurrence. Le GATT était avant tout attaché à la lutte contre les barrières tarifaires. Les conflits commerciaux de nos jours se nouent autour des formes beaucoup plus subtiles que les seules barrières tarifaires. Les difficultés essentielles aujourd'hui et demain vont, effectivement, se trouver concentrées sur la définition des barrières non tarifaires au commerce, définition sur laquelle le contenu de ce qu'il est convenu de ranger sous la notion de « qualité » a un poids important. En effet, si les signes de qualité (marques généralement collectives) sont reconnus, ils justifient des segmentations de marché et l'on ne peut pas les considérer comme des entraves à la libre circulation des marchandises. Au contraire, si une faible protection est accordée à la qualité, toute réglementation reposant sur cette dernière peut apparaître comme une barrière non tarifaire au commerce. Les enjeux liés aux signes de qualité ou à des droits collectifs voisins sont donc essentiels, non seulement pour les pays développés mais aussi pour de nombreux pays en développement pour lesquels un « retard » agricole, du point de vue d'une agriculture productiviste, pourrait éventuellement se révéler comme un « avantage » concurrentiel (Kongolo, 2000). C'est ainsi que le concept d'appellation d'origine, très lié au départ aux vins et spiritueux, pourrait être utilisé par les pays en développement pour protéger leurs productions originales. De façon plus générale, en faisant évoluer les outils de la propriété

industrielle, on peut les adapter aux besoins des pays émergents ou en développement afin qu'ils leur profitent réellement. L'Union européenne appuie cette stratégie en observant que « les pays en développement, qui disposent d'un grand nombre de produits alimentaires très variés faisant appel à un savoir-faire traditionnel, profiteraient de l'amélioration des possibilités d'accès, en particulier aux créneaux lucratifs des pays développés ».

Dans un autre domaine, les dessins et modèles, moyens peu onéreux pour protéger les créations artisanales, pourraient être très utiles aux pays de tradition artisanale.

En droit international, l'analyse de la protection des signes de qualité fournit une bonne illustration des nouveaux conflits entre libre circulation des marchandises et prise en compte de considérations extra-commerciales, conflits qui se sont généralement conclu au profit d'une seule protection des signes faibles de qualité. La reconnaissance de droits forts, traditionnellement proclamés comme la quintessence de l'expression de la qualité alimentaire, n'a pu aboutir du fait d'une relative impréparation aux négociations internationales. Ces dernières ont, par ailleurs, été rendues difficiles par le fait que peu de pays protègent les signes forts de qualité. Seules, quelques petites avancées ont été rendues effectives dans la protection internationale des signes faibles. La segmentation des marchés ne peut en effet s'obtenir qu'en négociant de façon serrée à l'intérieur des règles du marché international. Faute de l'avoir compris, la France et l'Europe n'ont su que faire reconnaître les AOP et les vins et spiritueux. Rien dans l'accord Adpic ne vise de façon générale la qualité.

Au départ, les signes de qualité se sont principalement fondés sur des références à des aires géographiques. Celles-ci demeurent pour des raisons évidentes. Pour autant, la qualité ne saurait se ramener à une appréhension purement géographique du produit. Les signes de qualité se doivent, par ailleurs,

de gérer une contradiction fondamentale et que l'on retrouve dans de nombreux aspects du droit de la concurrence. C'est ce qui nous paraît essentiel pour la compréhension des enjeux de la matière. La qualité suppose une différenciation du produit par rapport aux produits plus ou moins similaires de masse ; elle crée en quelque sorte la rareté. Mais en même temps, par la qualité, les producteurs entendent augmenter leurs parts de marché. C'est ce qui explique sans doute les hésitations des autorités communautaires dans l'affaire de la Feta, hésitations qui peuvent se retourner contre elle sur la scène internationale.

La protection des indications géographiques par la réglementation communautaire pose des problèmes de compatibilité avec l'accord Adpic. L'Europe est en conflit avec les États-Unis qui ne reconnaissent que l'Adpic et dénoncent la non-conformité du règlement européen à celui-ci. Pour ce pays, les appellations d'origine sont trop souvent synonymes de protectionnisme. L'UE a adopté sur ce dossier une attitude dynamique dans sa proposition « qualité des produits alimentaires - Amélioration des possibilités d'accès au marché » au Comité de l'agriculture de l'OMC (Boy, 2001). Elle défend la création d'un registre international des appellations d'origine dont le principe a été adopté à Doha en 2001.

La qualité entre aussi en conflit avec le droit des marques. Ici encore le premier réflexe est de se tourner vers l'accord sur l'agriculture et/ou vers l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, appelé plus couramment accord SPS, d'autant que ce dernier est intégré *de jure* à l'accord sur l'agriculture. Pourtant, aucune disposition de l'accord sur l'agriculture n'est relative aux produits de qualité. L'accord SPS, pour sa part, est en réalité un accord qui ne vise qu'à l'application des réglementations concernant l'innocuité des produits alimentaires, ainsi que la protection de la santé des animaux et la préservation des végétaux. Il repose sur les principes bien connus

de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes " Cassis de Dijon " et des dispositions internationales sur les barrières non tarifaires. Seuls des impératifs de santé publique peuvent être des obstacles légitimes aux échanges. La notion de barrière non tarifaire utilisée par les accords de l'OMC renvoie ainsi à celle bien connue de mesures d'effet équivalent utilisée dans le langage communautaire. L'accord SPS vise à l'harmonisation des normes et à leur reconnaissance mutuelle entre ses Membres, sous l'égide du Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires ; il ne concerne donc que la protection minimale des produits de base et non les produits de qualité. C'est un point important et qui mérite d'être relevé. Rien dans l'accord SPS qui ne renvoie principalement au *Codex Alimentarius* ne permet, en effet, d'essayer de fonder une politique de qualité des produits. Le seul credo est celui de la libre circulation des marchandises

Le *Codex* a officiellement pour but la protection de la santé du consommateur et d'harmoniser les réglementations afin de faciliter les échanges. Depuis la création de l'OMC, la seule référence aux normes du *Codex Alimentarius* assure une présomption de conformité aux normes de l'OMC, lesquelles sont des normes minimales. Le changement est fondamental. La « nouvelle posture juridique » (Noiville, 2001) des normes du *Codex* (la présomption de conformité aux normes OMC) donne, en effet, à la définition du contenu de ces dernières une importance essentielle qui ne renvoie qu'à des préoccupations de protection de la santé et de l'environnement, mais en aucun cas à des considérations de qualité. Même si chaque État membre dispose du droit autonome de déterminer le niveau de protection de l'environnement et de la santé publique qu'il juge approprié, toute mesure sanitaire restrictive pour le commerce international doit être basée sur une évaluation scientifique des risques, ce qui exclut, bien évidemment, des restrictions fondées sur

des critères de qualité non internationalement reconnus.

On est donc renvoyé à l'accord sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, n'assurant encore aucune protection internationale des signes forts que connaissent l'Europe et la France. L'accord Adpic concerne donc tous les domaines de la propriété intellectuelle, y compris les indications géographiques (articles 22 à 24 de l'accord) mais seulement celles-ci. Il n'intéresse l'agriculture que dans le cadre limité de ces dernières, ce qui a conduit certains à porter un jugement mitigé sur lui. Les autres signes agricoles de qualité ne bénéficient d'aucune protection internationale (Lorvellec et Violet, 1999).

La protection générale, c'est-à-dire celle qui concerne les produits de qualité autres que les vins et spiritueux, préconisée par l'accord Adpic est bien en deçà du niveau de protection communautaire. C'est ainsi que les Membres sont simplement invités à prévoir les instruments juridiques pour protéger les indications géographiques définies au sein même de leur territoire. En conséquence, les questions relatives à la protection de la qualité devraient être abordées essentiellement sous l'angle du droit des marques et du droit de la concurrence déloyale avec toutes les difficultés qui y sont attachées (droit applicable, preuve de la faute...).

L'internationalisation des marchés fait, semble-t-il, éclater les catégories juridiques et notamment les différences qui avaient été dessinées entre le droit des marques et des signes de qualité. Les problèmes de coexistence entre les Appellations d'origine protégée (AOP) et les marques sont anciens et ils étaient traditionnellement résolus en faveur des AOP. L'AOP a un statut collectif *sui generis*. Il découle de cette nature que l'AOP, comme les autres titres collectifs, est indisponible à titre de marque. Cela signifie qu'aucun producteur ne peut déposer et, en conséquence, s'approprier l'appellation du titre protégé, quand bien même ses produits ont droit à l'appellation.

Autre conséquence de ce signe collectif : l'appellation ne peut pas être déposée ni utilisée à titre de marque pour des produits différents mais de même catégorie, ou même pour des produits totalement différents qui, eux, n'ont pas le droit à l'appellation. Il semble bien que la règle de la spécialité de la marque soit écartée en ce qui concerne les AOP. C'est ainsi que la Seïta et Yves Saint-Laurent Parfums se sont vus condamnés pour avoir utilisé la désignation « champagne » déposée par l'INAO. Le statut exorbitant de l'appellation d'origine trouve son fondement dans des considérations complexes tirées de la nécessaire protection tant des producteurs que des consommateurs contre des risques de tromperie ou de fraude. Les textes spécifiques qui définissent le statut de l'AOP reçoivent ainsi l'appui du droit de la consommation mais n'ont aucune existence internationale.

L'internationalisation des marchés et l'avènement des politiques « globales » dans les services marketing des entreprises conduisent souvent certains à reconstruire cette prééminence traditionnelle de l'AOP sur la marque. Deux dangers existent :

- soit un détournement de la notoriété de l'AOP que véhicule une marque en se déplaçant vers un produit ne bénéficiant d'aucune AOP,
- soit une dévalorisation de l'AOP à partir du moment où celle-ci va désigner des produits du nom d'une marque mais qui n'était connue jusque-là que pour des produits banals.

Dans ce contexte de globalisation, seule une reconnaissance forte des AOP est susceptible de faire échec à un usage tout azimut de la marque, spécialement en droit international. Dans ce conflit entre signes de qualité et droit des marques, l'Europe et les pays du Sud doivent se battre pour éviter que le droit des marques, spécialement développées aux États-Unis, n'en vienne pas à supplanter les AOP. Les discussions sur les droits de propriété n'intéressent donc pas seulement les juristes. La déter-

mination de ces droits définit les marchés pertinents. Dans cette discussion avant tout économique, il faut insister sur le rôle structurant du droit et des systèmes juridiques.

Si l'on s'en tient au droit communautaire, les signes de qualité, s'appuyant sur l'esprit de la « nouvelle approche » (Waelbroeck, 1988 ; Akerlof, Spence, Stiglitz, 2001) visent à protéger, certes l'économie rurale, mais aussi et surtout les consommateurs en utilisant paradoxalement la qualité comme un « signal » du marché, en intégrant la « qualité », valeur extérieure au seul prix, dans la « valeur concurrentielle » du produit. La proposition des Communautés européennes sur la qualité des produits alimentaires au Comité de l'agriculture de l'OMC en juin 2000 traduit incontestablement cette nouvelle logique concurrentielle intégrant la qualité. « Améliorer l'accès aux marchés pour les produits signifie améliorer les conditions permettant aux consommateurs de reconnaître les produits et d'y être réceptifs, et faire en sorte que l'usurpation des noms des produits ne prive pas les producteurs des avantages économiques des investissements qu'ils ont effectués pour assurer la qualité, la spécificité et la reconnaissance du nom de leurs produits. Il convient de souligner que la protection de la spécificité des produits alimentaires n'a pas pour objectif de créer des obstacles au commerce ». Le cadre général est bien celui de la liberté de circulation des marchandises et les divers signes de qualité ou labels ont une finalité bien précise : informer le consommateur pour que ce dernier fasse jouer la concurrence. Cette finalité, que l'on retrouve dans les textes fondant l'OMC, devrait *a priori* donner des principes de solution clairs permettant de répondre aux conflits marque/signe de qualité. Les équilibres sont d'autant plus délicats à atteindre que l'on se situe au niveau international où les discussions juridiques sur ces questions ne font que commencer, comme en témoignent les divers docu-

ments émanant tant de l'UE que des pays en développement.

Cette approche en terme de qualité repose sur la traçabilité. Celle-ci est réactivée ces dernières années par l'UE qui entend lui faire jouer un rôle très différent visant à promouvoir la protection de la santé et de l'environnement, en s'appuyant sur le principe de précaution. Loin d'être une pièce rapportée, le principe de précaution est au cœur des questions de brevetabilité et de droit de la concurrence.

2. L'Europe et le principe de précaution : une approche nouvelle des processus de production

Le principe de précaution, au cœur des politiques européennes en matière de risques sanitaires et environnementaux, assigne à la traçabilité une nouvelle fonction : celle d'imposer à tous les acteurs d'une filière de se soumettre à des règles identiques, grâce notamment à l'étiquetage. Ce dernier est cependant vivement contesté par les pouvoirs publics américains, ce qui posera sans doute des problèmes dans le cadre de l'OMC tant en ce qui concerne les négociations futures que le règlement des différends en matière d'OGM. On est donc passé d'une approche individuelle par produit (risques avérés, seuls obstacles à la libre circulation des marchandises) à une approche collective par processus, fondée sur les risques potentiels et incluant dans les politiques de concurrence des valeurs *a priori* non marchandes.

L'Europe et le principe de précaution

Dans une communication du 2 février 2000, la Commission européenne avait envoyé un message selon lequel le principe de précaution continuait et devait continuer d'inspirer les positions de l'Europe en matière environnementale et sanitaire. Cette communication s'inscrivait largement dans les suites du différend commercial sur le bœuf aux hormones et l'interprétation du principe de précaution, du moins, de l'attitude de précaution qui y fut faite par l'organe d'appel de

l'Organisation mondiale du commerce (Noiville, 2001). Devant la condamnation de l'OMC dont elle avait été victime, l'Europe entendait « contribuer à alimenter la réflexion en cours tant au niveau communautaire qu'international et donner une impulsion au débat en cours sur le principe de précaution », spécialement sur la question délicate des Organismes génétiquement modifiés. Le principe de précaution trouve en cette matière, les OGM, un terrain sans doute beaucoup plus favorable pour le faire avancer tant sont grandes les incertitudes scientifiques : impact sur la santé des consommateurs, mais surtout problème de dissémination involontaire des OGM. Nous sommes ici au cœur des incertitudes scientifiques qui fondent le principe de précaution. L'on doit tenter d'analyser les apports de la directive UE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM² dans l'environnement en matière traçabilité et de précaution dans ce contexte conflictuel. Sans examiner l'ensemble des progrès réalisés par cette directive pour faire avancer le principe de précaution (Boy, 2002 ; Ewald *et al.*, 2001), on peut mettre en lumière les avancées concrètes pour les consommateurs en matière de traçabilité et, à plus long terme, dans le domaine des responsabilités des producteurs et des distributeurs.

Le cadre européen initial en matière de dissémination volontaire d'OGM s'était révélé finalement inadapté³. En effet, la directive 90/220 sur la dissémination des OGM s'appliquait certes à l'ensemble des États membres mais ne définissait pas les notions de risques ni, surtout, une méthodologie commune d'évaluation, ce qui déve-

loppait des appréciations différentes en ce qui concerne la mise sur le marché des OGM par l'utilisation notamment de la clause de sauvegarde (Voos, 2002). Cette clause se retrouve tant dans les accords UE que dans les textes fondateurs de l'OMC, spécialement au titre de l'article 5.7 de l'accord SPS. La directive prévoit toujours, comme l'accord SPS de l'OMC, une clause dite de sauvegarde permettant à un État membre, en raison d'informations nouvelles le conduisant à considérer qu'un produit, donc un OGM régulièrement autorisé, présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement, d'interdire ou de limiter, à titre provisoire, l'utilisation ou la vente de cet OGM sur son territoire. La nouvelle procédure européenne de sauvegarde est cependant plus adaptée aux nouvelles données du contexte international que celle contenue dans l'ancienne directive. En effet, il est précisé que la clause de sauvegarde ne doit pas dissimuler une mesure d'effet équivalent (barrière non tarifaire dans le langage OMC). Le lien est donc clairement établi entre précaution, concurrence et protection intellectuelle. C'est la raison pour laquelle la mesure ne doit être que provisoire et que la Commission exige des informations complémentaires ou demande l'avis des comités scientifiques. Une décision sur de telles interdictions nationales doit désormais être fondée sur le principe de précaution. La directive donne ainsi un contenu très précis à ce dernier comme en témoignent un certain nombre de dispositions et notamment les annexes.

En Europe, le déficit de confiance envers les experts et les politiques a fait apparaître une forte carence des institutions : « Celle d'un espace public dans lequel des choix technologiques lourds de conséquences socio-économiques et éthiques puissent être débattus » (Joly, 1998 ; Larrère et Larrère, 2001 ; Encinas de Munagori, 2000). La directive du 12 mars 2001 renforce donc les mesures de précaution en instituant une

2. Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil. JO n° L 106 du 17 avril 2001, p. 0001-0039.

3. Voir Economie rurale, Dossier « Les citoyens, les consommateurs et les OGM », novembre-décembre 2001, n° 266.

surveillance, un véritable étiquetage et une meilleure participation du public. Elle rappelle les engagements internationaux, notamment le protocole de Carthagène et annonce la publication de propositions nécessaires à sa mise en œuvre ainsi que d'une proposition législative sur la responsabilité environnementale, couvrant également les dommages causés par les OGM. La nouvelle directive fait explicitement référence au principe de précaution et donne un contenu concret à ce dernier. Elle s'efforce, par ailleurs, de préciser la notion de traçabilité en référence au principe de précaution. Il s'agit, selon nous, d'une démarche originale qui puise cependant ses origines dans certaines pratiques publiques et/ou privées liées à la crise de l'ESB (Charlier, 2001).

La directive s'inspire incontestablement de la Communication de février 2000 mais va plus loin sur certains points, notamment en ce qui concerne la consultation et l'information du public mais surtout la traçabilité et l'étiquetage. Elle a l'immense mérite de poser en termes nouveaux les relations entre traçabilité et principe de précaution, question qui débouche inéluctablement sur celles de la charge de la preuve et de l'étiquetage dont on connaît la dimension polémique. Elle est donc à la croisée des droits de l'environnement, de la santé, de la concurrence et de la consommation, tels qu'ils se sont enrichis ces dernières années. La traçabilité apparaît non seulement comme un élément d'information du consommateur, mais, à travers l'étiquetage, comme un élément essentiel du libre choix de ce dernier qui, pour des raisons morales, éthiques ou religieuses, peut refuser de consommer certains produits comme les OGM. On le devine, l'approche par processus de production est susceptible d'avoir des répercussions sur l'encadrement du droit des brevets en matière de biotechnologies et pose la question d'une révision critique de l'accord Adpic.

Une révision critique de l'Adpic

La protection des variétés animales et végétales relève de plusieurs textes juridiques nationaux, régionaux et internationaux. Elle fait l'objet de multiples formes de régulation qui s'expriment dans diverses instances, notamment la Convention sur la diversité biologique (CDB). Ces dispositions se heurtent aux règles commerciales multilatérales définies dans le cadre de l'OMC, notamment à l'accord Adpic. Les questions d'accès aux ressources biologiques et de partage des bénéfices sont au cœur des débats actuels. « En effet, la reconnaissance de l'application du système de brevets au vivant par l'OMC conduit à la création de monopoles qui vont à l'encontre de l'objectif de partage des avantages de l'utilisation de la biodiversité reconnu par la CDB » (Le Goulven *et al.*, 2000-2)⁴. Le système n'offre aucune garantie véritable de reconnaissance du rôle des connaissances traditionnelles dans l'innovation et pose ainsi la question des mécanismes de rémunération de ces savoirs. Les pays africains ont préparé une révision critique de l'accord Adpic mettant essentiellement en avant les questions éthiques et d'équilibre général entre nations qu'il soulève. Ils ont reçu le soutien de nombreuses ONG et plus récemment l'UE s'est montrée préoccupée de la protection des savoirs traditionnels.

Selon ces pays, l'article 27.3(b) de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Adpic) accorde aux entreprises le droit de « privatiser » la biodiversité, le savoir et les technologies des communautés locales, à travers les divers régimes de protection de la propriété intellectuelle. Pour les pays en développement, il ne s'agit pas seulement d'un véritable vol légalisé mais, plus important encore, d'une mise sous tutelle indirecte

4. Le Goulven K., Ilbert H., Galvin A. La diversité des règles de protection de la biodiversité et de la propriété intellectuelle. Rapport à la Commission européenne, 2000, [<http://www.europa.eu.int>]

de leurs systèmes agricoles, de la médecine traditionnelle et des professions artisanales des communautés locales sous le contrôle de ces firmes.

L'article 27.3(b) de l'accord Adpic est actuellement sous réexamen. L'Organisation de l'unité africaine (OUA) a proposé plusieurs changements. Elle a notamment demandé que « *les plantes et les animaux ainsi que les micro-organismes et tout autre organisme vivant ou parties de ceux-ci ne seraient pas brevetables, pas plus que les processus naturels qui permettent aux plantes et animaux de se développer* ». L'OUA a également proposé la mise en place d'un système *sui generis* efficace, c'est-à-dire d'un système national propre qui protège les innovations des peuples indigènes et des communautés locales. Cette législation autoriserait la préservation des pratiques agricoles traditionnelles, y compris le droit de conserver et d'échanger les semences et de vendre les récoltes.

Selon le même document, la révision doit préciser que les pays en développement peuvent adopter une loi nationale *sui generis* qui protège les innovations des communautés agricoles, autochtones et locales. Les ONG appuient le document qui considère que l'idée selon laquelle, en stipulant la brevetabilité obligatoire de micro-organismes (qui sont des objets vivants naturels) et des processus microbiologiques (qui sont des processus naturels), l'article 27.3(b) de l'Adpic enfreint les principes fondamentaux des lois sur les « brevetages ». L'analyse ici menée consiste à mettre en avant le fait que les substances et processus qui existent dans la nature sont une « découverte » et non une invention. Elles sont, à ce titre, non brevetables. L'une des réponses serait sans doute de combiner appropriation « privative » et caractère collectif ou mutualiste de la protection, ce que permettent les techniques de qualité.

Ces points soulignés par l'OUA sont d'une grande importance ; ils reconnaissent les droits des populations des pays en

développement aussi bien que des pays développés à sauvegarder les connaissances traditionnelles et les ressources biologiques des communautés autochtones, agricoles et locales. L'actuelle brevetabilité permet l'appropriation privée de ressources vitales et biologiques et peut avoir des effets graves et défavorables sur le développement des pays, sur la sécurité alimentaire, sur les moyens de subsistance des millions d'agriculteurs et aussi et surtout sur l'environnement. Les ONG font aussi état d'objections de la part du grand public qui seraient fondées sur des raisons d'ordre éthique, religieux et moral.

S'agissant de l'environnement, les pays en voie de développement et les ONG ont mis l'accent sur un problème essentiel et qui pose plus largement la question du *corpus juris* de l'OMC. Lorsque l'organe de règlement des différends doit statuer, doit-il se référer aux seuls accords de l'OMC ou a-t-il l'obligation de se référer aux autres accords internationaux ? C'est ainsi que l'accord Adpic entre en conflit avec les dispositions de la Convention sur la biodiversité et de l'engagement international de la FAO. Pour l'heure, aucune réponse n'a été apportée par l'Organisme de règlement des différends de l'OMC (ORD) à cette question.

La Convention sur la biodiversité consacre la reconnaissance de la contribution des savoir-faire traditionnels à la protection et à l'utilisation durable de la biodiversité (article 8j). Elle traduit une prise de conscience devant la destruction accélérée des systèmes de connaissance traditionnels et met en exergue le lien entre l'érosion de la diversité biologique et celle de la diversité culturelle. Les possesseurs de ces connaissances se sont vus reconnaître des droits, qu'ils soient ou non protégés par des droits de propriété intellectuelle, qu'il convient de mettre en œuvre. L'un des forums associés à la CDB, le groupe de travail sur la biosécurité (TKWG) a recommandé en ce sens le développement et la mise en place de

formes juridiques afin de protéger les connaissances et les innovations des populations locales et indigènes. De nouveaux droits de protection des peuples autochtones ainsi que de nouveaux fondements juridiques sont en cours d'élaboration. Il s'agit des « droits sur les ressources traditionnelles », des « droits de propriété intellectuelle communautaire » permettant notamment aux agriculteurs d'exercer leurs droits sur leurs semences (la question centrale est celle de la défense des variétés végétales et du droit d'utilisation libre). Ces derniers doivent empêcher la privati-

sation et l'usurpation des droits et des connaissances communautaires sous le couvert des définitions actuelles de l'innovation.

Les pays en développement sont de plus en plus présents dans les enceintes internationales et la prise en compte des savoirs des peuples autochtones est reconnue désormais par l'OMPI, la Convention sur la biodiversité et même l'OMC, via des droits *sui generis*. La politique de la concurrence en droit international devrait mobiliser conjointement économistes et juristes dans les années à venir. ■

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Akerlof G., Spence M., Stiglitz J., cités par J.-P. Pollin. *Un prix Nobel d'économie pour comprendre les défaillances des marchés*, Le Monde Economie, 16 octobre 2001.
- Baeumer L. *International treaties relating to appellations of origin and indications of sources*. Symposium OMPI, Bordeaux, 1999.
- Boy L. *Propriété intellectuelle, l'agriculture en première ligne avec l'accord Adpic*. Déméter 2002, Armand Colin 2001, p.67.
- Boy L. *La place du principe de précaution dans la directive UE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement*. Revue juridique de l'environnement, Strasbourg, 2002, n° 1, 220p.
- Boy L., Rainelli M., Charlier Ch. (avec la collaboration de Doussan I.) *Analyse de la communication de la Commission européenne de février 2000 au regard des débats actuels sur le principe de précaution*. Revue Internationale de Droit Economique, Bruxelles, 2001, n° 2, 245p.
- Carbonnier J. *Sociologie juridique*. PUF, Quadrige, Paris, 1994.
- Charlier C. *Précaution sous les auspices de la traçabilité (Application au cas de l'ESB)*. In "Face au droit rural et à ses pratiques,
- Une approche conjointe des économistes, des juristes et des sociologues", SFER, L'Harmattan, Paris, 2001, 338 p.
- Chavanne A., Burst J.-J. *Droit de la propriété industrielle*. Dalloz, Paris 1998, 525 p.
- Cohen H. *Le cycle du millénaire*. Conseil d'Analyse Economique, La documentation française, Paris, 1999, 290 p.
- Commission européenne. *La PAC et l'environnement*. Rapport spécial, n° 14/2000, [<http://www.europa.eu.int>]
- Derrupé J., *Appellations et indications géographiques*. Rép. de droit international, Dalloz, 1998.
- Duby G., Wallon A. *Histoire de la France rurale. La fin de la France paysanne*. Le Seuil, Paris, 1977, tome 4, 450 p.
- Encinas de Munagorri S. *Expertise scientifique et principe de précaution*. Revue Juridique de l'Environnement, numéro spécial sur le principe de précaution, 2000, 396 p.
- Ewald F., Gollier Ch., de Sadeleer *Le principe de précaution*. PUF, Que sais-je ?, Paris, 2001, 127 p.
- Guillon F. *Sécurité alimentaire, Quelle gestion des risques ?* In Déméter 2001, La nouvelle agriculture, Armand Colin, Paris, 2001, 303 p.

- Hermitte M.-A., Noiville C. *Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international*. In Bourrinet J., Maljea-Dubois S. (Dir.), « Le commerce international », La documentation française, Paris, 2002, p. 317.
- Hueber, Binn, *Comment sauver le parisitisme ?* Contrats, concurrence, consommation, août-septembre 2000, p. 4.
- Jacquet P., Messerlin P., Tubiana L. *Le cycle du millénaire*. Conseil d'Analyse Economique, La documentation française, Paris, 1999, 346 p.
- Joly P.-B. *Les OGM à l'INRA*. Introduction à, INRA, Paris, 1998, 452 p.
- Kongolo T. *Agreement on trade-related aspects on property rights, New strategy for developing countries*. Revue de droit des affaires internationales, 2000, n° 3, p. 345
- Larrère C., Larrère R. *Les OGM entre hostilité et principe de précaution*. Courrier de l'environnement de l'INRA, Paris, mai 2001, n° 43, 154 p.
- Latour B. *Le métier de chercheur, regard d'un anthropologue*. INRA éd., coll. Sciences en questions, Paris, 2001, 103 p.
- Le Stanc Ch. *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste*. Dalloz, 2001, chr p. 4.
- Le Tourneau P. Note sous TGI Paris, 5 mars 1984, Ann. 161, PIBD, 1984, III, 200 et CA., Paris 15 décembre 1993, Dalloz 1998, Paris, 145 p.
- Lorvellec L. *La protection internationale des signes de qualité*. In Droit et négociations internationales, Actes et communications, INRA, Paris, 1999, n° 16, p. 109.
- Lorvellec L., Violet. *La protection internationale des signes de qualité*. In Actes et communications, « Droit et négociations internationales », INRA, Paris, 1999, n° 16, 132 p.
- Mousseron J.-M., Fabre R., Raynard J. Pierre. *Droit du commerce international*. Litec, Paris, 1997, 350 p.
- Noiville C. *Principe de précaution et Organisation Mondiale du Commerce. Le cas du commerce alimentaire*. Journal de droit international, 2001, n° 2, 318 p.
- Pace V. *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux, internationaux*. L'Harmattan, 2000.
- Pirovano A. *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne*. In « L'Algérie en mutation », L'Harmattan, Paris, 2001, p. 129.
- Pollaud-Dulian F. *Droit de la propriété industrielle*. Montchestrien Domat, 1991.
- Prieur M. *Incertitude juridique, incertitude scientifique*. Actes du séminaire de l'Institut fédératif « Environnement et eau », Limoges 5 avril 2000, Presses Universitaires de Limoges, 2001, 285 p.
- Remiche B. Revue Internationale de Droit économique, Bruxelles, 2002, n° 1.
- Steichen P. Commentaire CJCE, 8 mars 2001, C-266/99. Revue Etudes foncières, 2001, n° 93, 185 p.
- Voos E. *Product market integration, The rise of the precautionary principle in EU food regulation*, Revue Internationale de Droit Economique, 2002, numéro spécial 2/3, 375 p.
- Waelbroeck D. *Harmonisation des règles et des normes techniques dans la CEE*. Cahiers de droit européen, 1988, 243 p.