

L'agriculture est un secteur économique très disputé, entre des politiques publiques quasi-souveraines et un libre-échange qui demande la levée de tout frein, tandis que le droit de la concurrence lui demande des comptes. Le secteur agricole ne peut pourtant passer radicalement de l'un à l'autre. Il présente les caractéristiques justifiant qu'on le pense à travers les notions et techniques du droit de la régulation.

Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole



Par Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités
à Sciences-Po

INTRODUCTION

1. – Prolégomènes sur le droit de la régulation

Techniquement, le droit de la régulation s'appuie sur le dynamisme d'un marché concurrentiel pour mieux concrétiser un objectif que celui-ci ne peut produire par ses seules forces, qu'une particularité technique l'entrave, comme une infrastructure essentielle, ou qu'il s'agisse d'imposer la préoccupation du bien commun (sur les réflexions et polémiques autour de la définition du droit de la régulation, cf. Frison-Roche M.-A., Définition du droit de la régulation économique, D. 2004, p. 126, La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?, RF adm. publ. 2004, n°109, p. 53). Dans cette seconde perspective, la régulation humanise le marché.

La régulation apparaît alors comme le marché avec quelque chose en plus. Ce supplément prend la forme de finalités supplémentaires, comme par exemple l'accès de tous au produit en cause, au-delà du cercle de ceux qui ont les moyens techniques et financiers de se le procurer sur le marché. Cela suppose des règles particulières, la réglementation et la régulation ayant partie liée, et engendrent souvent des institutions, à titre principal un régulateur indépendant. Les équilibres nouveaux qui résultent du droit de la régulation ne résultent pas d'une conception d'exception radicale par rapport aux échanges marchands, ni d'un affronte-

ment entre État et marché (cf. Chevallier J., De quelques usages du concept de régulation, in La régulation entre droit et politique, coll. « Logiques juridiques », L'Harmattan, 1995, p. 71 ; La régulation juridique en question, Dr. et Société 2001, n° 49, p. 827), mais d'une sorte d'accompagnement de libéralisme des marchés et des échanges dans un souci du bien public (cf. Timsit G., Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation, RF adm. publ. 1996, n° 78, p. 375 ; Frison-Roche M.-A., La régulation, la notion et le phénomène, in Les nouveaux champs de la régulation, RF adm. publ. 2004, n°109, p. 5).

Le choix n'est que peu offert car dans un système libéralisé et mondialisé, nous ne disposons plus guère de l'État (cf. Tracy M., L'État et l'agriculture en Europe occidentale, Économica, 1986). Au moment où l'on doute que les politiques publiques puissent encore être conçues dans une économie agricole mondialisée (cf. Berthelot J., L'agriculture, talon d'Achille de la mondialisation, L'Harmattan, 2001 ; Kroll J.-Ch., Politique agricole et échanges internationaux : dynamique de la régulation en Europe et aux États-Unis, Mondes en développement, t. 30, 2002, p. 65 ; Rainelli P., Les politiques agricoles sont-elles condamnées par la mondialisation ?, Bruylant, 2005), notamment parce que les États ne peuvent déployer leur puissance souveraine au-delà de leurs frontières (d'une façon plus générale, cf. Aubry J.-M., La globalisation, le droit et l'État, coll. « Clefs », Montchrestien, 2003), il est pertinent de penser le secteur agricole dans ces termes de régulation. Même si ces contraintes extérieures étaient moins fortes, les politiques publiques nationales qui ont pu se justifier par une situation de pénurie et de reconstruction des pays après la deuxième guerre mondiale, sont plus difficilement admissibles dans des économies désormais matures.

Plus techniquement, la régulation tient compte avant tout de la spécificité des produits et se construit sur elle. Par exemple, la régulation énergétique se jus-

tifie parce que l'électricité n'est pas un produit comme un autre, ne se stockant pas, se transportant difficilement, présentant des dangers, exigeant une autonomie nationale. Ce cas montre que la régulation est une pensée « réaliste » (en cela, le droit de la régulation répond à la conception traditionnelle du droit, centré depuis Aristote sur la considération des choses concrètes à partager. Pour un développement de cette perspective, cf. Frison-Roche M.-A., Le partage par le droit des choses essentielles dans un monde global et libéral, Archives de Philosophie du Droit, à paraître), c'est-à-dire directement appliquée sur le produit, contrairement aux pensées libérales de marché qui neutralisent les objets et les personnes. En effet, la puissance du marché postule que tous les biens sont échangeables entre eux, qu'il n'est donc pas nécessaire de prendre en considération la spécificité technique d'un produit, mais qu'il suffit juste de l'évaluer pour – grâce à la monnaie – l'échanger. Le marché est donc une pensée et une réalité qui neutralisent les objets – c'est même sa grande réussite – alors qu'au contraire, la régulation prend appui sur la spécificité des choses, sur leur utilité et leur usage pour les personnes. La régulation peut prendre une tournure politique par les fins poursuivies. En d'autres termes, le législateur, qui reprend sa place dans le système de régulation puisqu'il s'agit alors d'opérer des choix pour la communauté, ne se contente pas des effets du marché, par exemple du fait qu'il y ait des gens qui consomment et qui sont des clients, ce qui est une forme d'accès aux produits, mais superpose grâce à son pouvoir normatif des fins non seulement extérieures au marché mais hors d'atteinte des effets de celui-ci et qu'il faudra donc artificiellement satisfaire. La loi a ainsi édicté

un « droit à l'énergie », impliquant que toute personne, même géographiquement isolée ou financièrement démunie, accède au produit (pour l'analyse théorique, cf. Frison-Roche M.-A., Droit de l'énergie, droit à l'énergie, in La Revue de l'énergie, Numéro anniversaire 50 ans, sept. 1999, Éditions Sociales, p. 615 ; pour l'analyse pratique, cf. Clerc M., Un droit à l'énergie pour tous, Revue de l'Énergie, déc. 2004, p. 637). La dimension politique imposée peut même faire sécession avec les besoins économiques, par exemple à travers le souci du pluralisme des opinions inséré dans l'audiovisuel.

2. – Les prémisses d'une application du droit de la régulation au secteur agricole

Le secteur agricole est tiré à hue et à dia entre le grand large du marché et la protection souveraine de l'État, reproduisant en la matière les disputes entre les deux modèles. Le droit de la régulation se dispense de l'affrontement, notamment grâce au primat technique, consistant à se baser sur la spécificité des produits agricoles. En effet, malgré sa diversité (cf. Bartoli P. et Boulet D., Conditions d'une approche en termes de régulation sectorielle. Le cas de la sphère viticole, Cahiers d'économie et de sociologie rurales, n° 17, INRA-ESR, Paris, 1990, p. 7) et la multiplicité des marchés concernés, le secteur agricole possède une spécificité partagée par l'ensemble de ses produits (cf. Boyer R., Les problématiques de la régulation face aux spécificités sectorielles, Cahiers d'économie et de sociologie rurales, n° 17, 1990 ; Lacroix A. et Mollard A., L'approche sectorielle de la régulation : une problématique de l'agriculture, in Allaire G. et Boyer R., La grande transformation de l'agriculture, Paris, INRA-Économica, 1995, p. 259 ; Mollard A., L'agriculture entre régulation globale et sectorielle, in Boyer R. et Saillard Y., Théorie de la régulation. L'état des savoirs, coll. « Recherches », La Découverte, 2002, chap. 33). Dès lors, l'organisation, voire la protection, des professions concernées, principalement les producteurs et les distributeurs, ne s'éloignera du statut ordinaire issu du droit de la concurrence qu'en tant qu'elles sont liées à la spécificité des produits et de leur utilisation (cf. Peignot B., Le contrôle du marché par les opérateurs économiques, RD rur. 1997, p. 474). Le consommateur doit avoir la première place, non plus seulement comme mesure d'efficacité du marché, mais comme la personne pour la satisfaction de laquelle les règles du marché devront supporter les règles particulières de régulation.

Cela peut tout d'abord tenir au fait que les produits agricoles peuvent s'avérer être des produits dangereux, la sécurité alimentaire relevant d'une perspective de régulation (cf. Hirsch M., Le risque sanitaire, objet de la régulation, in Droit et Économie de la Régulation, vol. 3 ; Frison-Roche M.-A., Les risques de régulation, Presses de Sciences-po, Dalloz, 2005, p. 43). La nécessité de

régulation peut venir du fait que certains produits, dans certaines conditions, notamment géographiques et sociales, sont vitaux pour des personnes ne pouvant pas se glisser dans le jeu des marchés. À ce titre, la régulation du secteur agricole jouxte celle de l'eau (cf. Finger M.-K. et Allouche J., Water privatisation : transnational corporations and the re-regulation of the water industry, Spons architecture price book, 2003) et celle de la santé. Les deux situations, si différentes conceptuellement, se renvoient techniquement l'une à l'autre, puisqu'en matière de sécurité alimentaire il faut que nul ne puisse être atteint tandis qu'à propos des biens vitaux il faut que chacun y accède. Finalités à front renversé mais dont les techniques sont assez semblables, notamment par la traçabilité et la prise en charge publique.

Cette primauté donnée par cette conception d'une régulation réaliste conduit en-

Les interactions entre secteur agricole, régulation de l'eau, politique de santé, protection des innovations médicamenteuses, appellent des mécanismes d'« interrégulation » (...).

core à prendre en considération le fait qu'il s'agit de biens dont la production demande du temps – c'est une problématique relativement étrangère au marché, qui vit dans l'instant – et pour lesquels il ne doit pas y avoir de rupture dans la chaîne et dans la filière de production des biens agricoles sous peine de risques systémiques. Or, le risque systémique appelle une régulation spécifique, dont la nature et les techniques se rapprochent alors des régulations en matière bancaire et financière, notamment dans les obligations d'information ou d'agrément.

Allant plus loin dans la dimension politique, que l'on doit alors assumer en tant que telle, il s'agit enfin de prendre en considération le fait que les produits agricoles sont aussi la manifestation d'une culture, en eux-mêmes et à travers les mœurs alimentaires, tandis que l'activité agricole elle-même participe à l'aménagement du territoire, dimension que la régulation des télécommunications prend expressément en considération.

Ainsi l'on peut, à travers le marché et sur le marché, mettre en place des politiques de régulation, non pas sous forme d'exception mais sous forme de règles

particulières tirées de la spécificité technique d'un produit qui cesse d'être neutralisée par les règles du marché et dans le souci premier de celui qui doit avoir accès au produit, c'est-à-dire le consommateur.

La régulation consiste alors non pas à contrer le marché, en récusant l'emprise de celui-ci sur le secteur, par transfert du secteur dans le giron du droit public et de la souveraineté étatique, mais à obtenir une sorte de sur-réalisation des mécanismes marchands notamment par un accès généralisé à certains produits agricoles, une politique de filière à long terme et une transparence accrue de la nature technique des biens en circulation.

S'il est vrai qu'il est difficile d'imaginer la constitution d'un régulateur, c'est-à-dire d'une autorité structurée non politique et indépendante, à tout le moins des principes institutionnels du droit de la régulation, tels que la séparation des fonctions de contrôleur et de contrôlé en matière de risque sanitaire, sont bienvenus (cf. Hirsch M., Le risque sanitaire, objet de régulation, précité, p. 47 et s.). De la même façon, les interactions entre secteur agricole, régulation de l'eau, politique de santé, protection des innovations médicamenteuses, appellent des mécanismes d'« interrégulation », c'est-à-dire de prise en considération de plusieurs finalités et interactions dans des prises de décisions au titre d'un secteur ou d'un autre (cf. Frison-Roche M.-A., L'hypothèse de l'interrégulation, in Les risques de régulation, précité, p. 69).

I. – LES POINTS DE CONTACT ENTRE SECTEUR AGRICOLE ET THÉORIE DE LA RÉGULATION

Les points de contact entre secteur agricole et théorie de la régulation sont plus particulièrement le souci de l'accès, la politique de gestion des risques et les mécanismes d'information et de transparence.

A. – Le principe de l'accès, finalité de la régulation du secteur agricole

Un des points cardinaux de la théorie de la régulation réside dans le droit d'accès. Le droit d'accès est la clé des régulations (cf. Vandamme J. et Rodrigues S., L'accès aux services d'intérêt économique général, SEP-GEPE, 2003). On connaît la conception traditionnelle dans laquelle l'État, à travers ses représentants qui endossent son souci du bonheur des citoyens et leur propre conscience de l'intérêt général, donne à des assujettis, à travers la notion de service public, accès à certains biens (parmi une littérature immense, cf., par exemple, Chevallier J., L'État post-moderne, 2^e éd., coll. Droit et société, Série poli-

tique, n° 35, LGDJ 2004 ; Laffont J.-J., Intérêt général et intérêts particuliers, in *L'intérêt général*, Rapport public du Conseil d'État, Doc. fr., 1999, p. 421). Le point de départ est différent, et fait juxter le droit de la régulation avec le souci humaniste tel qu'on le retrouve dans la théorie juridique des droits fondamentaux et dans la théorie de l'économie du bien-être, en ce qu'il s'agit de mettre en place et de faire fonctionner au jour le jour des mécanismes pour concrétiser le droit fondamental des personnes à accéder à certains produits.

Or, non seulement la conception traditionnelle de l'État récuse cette l'idée de prérogatives individuelles d'accès à certains biens dont il subirait la charge de les concrétiser, mais le marché ne le concrétise pas non plus. En effet, le marché est effectivement un mécanisme d'accès, mais uniquement pour les gens qui peuvent y entrer. S'ils sont éloignés géographiquement ou s'ils n'ont pas les informations ou l'éducation requises, ou tout simplement s'ils n'ont pas l'argent nécessaire, le marché se retourne pour devenir machine d'exclusion.

Le marché est donc à la fois quelque chose qui ouvre et qui exclut. Lorsque l'on est dans une perspective de régulation, l'essentiel étant l'effectivité du droit d'accès, il y aura des prix qui résulteront du marché, mais aussi des mécanismes d'ajustement permettant aux personnes qui ne peuvent pas payer ce prix-là, d'y avoir accès malgré tout. Le droit d'accès ne se réduit pas à une simple régulation des prix et en cela la régulation est bien plus exigeante qu'un classique dirigisme économique ou d'une réglementation des prix, à la fois plus que le simple marché et plus que l'État traditionnel. C'est pourquoi la régulation du transport et de la distribution, préalable à l'accès dans bien des secteurs, est au cœur du système de régulation. Cela peut s'appliquer parfaitement en matière agricole, notamment par une réorganisation structurée des rapports entre les producteurs et les distributeurs.

Le droit d'accès est donc essentiel, techniquement mais encore politiquement et imposé en tant que tel. Pour prendre l'exemple de la régulation bancaire, celle-ci est renouvelée par l'idée qu'il y a un droit aux services bancaires, la régulation ayant aussi pour but la concrétisation du droit de tous de n'être pas exclu du système bancaire. L'idée qu'il faut permettre à tous de posséder un chéquier et une carte bancaire pour ne pas être exclu de sa communauté sociale et politique, n'est pas triviale, c'est une idée de

haute politique, appuyée sur une conception économique libérale.

B. – Le souci de la gestion à long terme des risques agricoles et alimentaires

Le deuxième point clé des systèmes de régulation est constitué par l'innovation dans les produits et par la préservation des chaînes complexes de production des produits. Nous passons ainsi d'une logique de marché, qui est celle du droit de la concurrence, à une logique de filières ou à une logique de secteurs. Les télécommunications, par exemple, sont pensées de cette façon-là et il me semble que l'économie de l'agriculture se prête particulièrement bien à cette présentation-là.

De la même façon que la régulation se situe toujours dans le long terme, ce dont le secteur bancaire peut constituer un bon exemple, il faut que les systèmes soient « *soutenables* », en évitant notamment les crises systémiques (cf. Allaire G., « *Croissance et crise en agriculture* », in Boyer R. et Saillard Y., *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, coll. « *Recherches* », La Découverte, 2002, chap. 34). Un risque alimentaire peut avoir les mêmes effets de déflagration qu'un risque sur le marché financier (cf. Blumann C. et Adam V., *La politique agricole commune dans la tourmente : la crise de la « vache folle »*, RTD eur. 1997, p. 239 ; Godard O., Henry C., Lagarde P. et Michel-Kerjan E., *Traité des nouveaux risques*, Folio, Gallimard, 2002, p. 321 ; Blanquet M., *Le contrôle parlementaire européen sur la crise de la « vache folle »*, Rev. Marché commun et de l'Union européenne 1998, n° 420, p. 457). Or, les marchés se situent très mal sur le long terme, ce qui renvoyait traditionnellement la perspective du long terme du côté de l'État, dans son alliance philosophique avec l'être et l'éternité. Mais les analyses économiques ont montré, notamment à propos de la régulation bancaire, que les gouvernements sont soumis à des urgences et à des revirements que les régulateurs peuvent éviter, notamment par les calendriers électoraux qui ne pèsent guère sur eux. De la même façon, des mécanismes de prévention des crises dans l'économie de production peuvent se justifier.

C. – L'instrument de l'information et de la transparence, utilisé pour le secteur agricole

La troisième notion-clé, après celle de l'accès et celle du temps, vise l'information et la transparence. En effet, la transparence, même si certains s'en plaignent, est un élément essentiel des systèmes de régulation, et ce quel que soit le secteur considéré. L'information et la transparence, notamment au regard de la traçabilité nécessaire de certains pro-

duits agricoles, trouvent ici encore leur place dans la régulation de ce secteur. À ce titre, les mécanismes comme les appellations d'origine, contestés par les États-Unis, peuvent se justifier.

Mais d'une façon plus générale, l'action de l'État dans sa forme traditionnelle n'est pas transparente, le politique et l'administration se contentant de donner à voir les décisions finales prenant la forme de règles de droit générales ou individuelles. Le marché n'est pas plus transparent puisqu'un marché classique repose sur l'opacité technique des biens qui en neutralise la teneur, sur l'opacité des stratégies, sur l'opacité des accords (cf., d'une façon générale, Frison-Roche M.-A., *Contrat, concurrence, régulation*, RTD civ. 2004, p. 451) et sur l'opacité du futur et du long terme. La seule transparence requise porte sur les prix pratiqués, de sorte que l'ajustement par un prix de marché s'opère. Mais certains produits ne peuvent se contenter d'une seule transparence sur les prix, impliquant des mécanismes d'information et de transparence sur les produits (dont les mécanismes de marquage organisés par le droit européen sont une manifestation, et pour lesquels on retrouve des procédés de régulation, notamment l'institution d'organismes indépendants ; cf. Frison-Roch M.-A., *Cadres juridiques du marquage CE par tierce partie : notification et mission des organismes habilités*, Rev. conc. consom. 2001, n° 123, p. 28), dont la traçabilité est une manifestation, la régulation agricole se rapprochant alors des techniques de régulation des instruments financiers, gouvernés par la transparence.

II. – LES DISCIPLINES PERTINENTES POUR PENSER LES POLITIQUES DE RÉGULATION DES PRODUITS AGRICOLES

Dans une conception traditionnelle, celle d'une sorte de politique régaliennne de la production, avec des États garants des productions et garants des professions, la référence mélangée au droit public et au droit rural pouvait suffire.

A. – Le droit économique au-delà du droit public et du droit civil

Puisque l'agriculture donne aujourd'hui lieu à un marché international et ouvert, cette ouverture pouvant concrétiser le droit d'accès, les références disciplinaires changent en conséquence. Dans le système juridique, il est usuel de renvoyer l'agriculture au droit rural et au droit civil, ce qui l'éloigne dans sa conception et ses techniques de l'économie. La référence au droit civil vient du fait que l'activité agricole ne consistant pas à acheter pour revendre, son intégration

n'a pu s'opérer dans le droit commercial. Le fossé est dès lors gigantesque entre la réalité économique de l'agriculture et sa représentation juridique ordinaire. C'est un des mérites du droit économique, réaliste et transdisciplinaire, par rapport à des conceptions formelles des branches du droit, que d'appréhender mieux la réalité agricole (sur la problématique générale, cf. Farjat G., Pour un droit économique, coll. « Les voies du droit », PUF, 2004).

Certes, le droit public traditionnel a pris sur l'activité agricole mais c'est davantage dans la perspective traditionnelle de l'organisation souveraine de l'économie par le politique, vision contrainte au recul par le droit de la concurrence. Ce conflit violent entre le droit de la concurrence et le droit public appliqué au secteur agricole, violence que l'on constate aussi bien dans la jurisprudence que dans les descriptions doctrinales qui en sont faites (Courivaud H., Agriculture et droit de la concurrence, D. aff. 1997, p. 812), peut être dépassé par le droit de la régulation, lequel opère quant à lui une jonction entre la microéconomie et les droits des personnes, notamment en mettant l'accès au cœur du système.

Cette construction d'une régulation de marché puisant dans le dynamisme communicatif de celui-ci mais prenant appui sur la prérogative fondamentale d'accès aux biens agricoles vitaux et de protection contre les produits agricoles dangereux, renouvelle non seulement le droit économique, mais encore le système juridique en général. L'essentiel devient alors le droit des personnes.

B. – Les droits des personnes

En effet, la conception française traditionnelle du droit renvoie à l'émission de principes objectifs d'organisation neutres et abstraits émis par l'État, source légitime du droit, les juges n'intervenant qu'en cas de difficulté et appliquant mécaniquement la loi souverainement édictée (cf., par exemple, Carbonnier J., Droit et passion du droit sous la Ve République, coll. « Forum », Flammarion, 1995). Si les systèmes se construisent sur la liberté des échanges, la vitalité de la concurrence et la concrétisation de prérogatives des personnes, le personnage du juge devient central. L'on observe une juridictionnalisation de l'économie (cf. Frison-Roche M.-A., Le juge de l'économie, RJ com. 2002, p. 44), dont les panels de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont un exemple.

Ce modèle est moins familier aux systèmes de droit continentaux qu'il ne l'est en Grande-Bretagne et aux États-Unis, systèmes qui se sont construits sur les prérogatives des personnes concrétisées

ex post par les juges (sur les conséquences saisies par l'analyse économique du droit, cf. Kornhauser L., Les règles de responsabilité comme instrument de réglementation, in Kirat Th., Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, coll. « Droit et société – Série Economie », n° 10, LGDJ, 2003, p. 231). Si l'on organise un secteur pour satisfaire un droit d'accès, l'ineffectivité de celui-ci fera entrer le juge dans le système. Plus l'on pense en terme de droit des personnes, plus l'on pense en terme d'enjeux concrets et d'accès effectifs, et plus le juge vient au centre du système et devient autonome dans la balance qu'il opère entre les intérêts des diverses personnes concernées. Ainsi, l'OMC a vocation à évaluer davantage par les solutions successivement dégagées par les panels, devenant peut-être par ce biais un espace de régulation mettant en balance le principe du libre-échange avec d'autres, comme le principe de santé publique, de biodiversité ou de précaution. Si l'essentiel est le droit des personnes,

*Le droit de la régulation
(...) opère quant à lui
une jonction entre
la microéconomie
et les droits
des personnes,
notamment en mettant
l'accès au cœur
du système.*

il faut donc préciser quels sont les droits en cause et quels en sont les titulaires. Il s'agit fondamentalement du droit des consommateurs, ceux qui ont le droit d'avoir accès aux produits. C'est pourquoi les prérogatives des professionnels du secteur agricole ne sont que des « droits-fonction », c'est-à-dire des prérogatives qui ne sont requises qu'en tant qu'elles servent ces droits ultimes des consommateurs. Dès lors, lorsque des droits, des prérogatives ou des équilibres dérogatoires viennent au bénéfice des producteurs, des distributeurs et des transformateurs des produits agricoles, cela ne renvoie pas à des prérogatives qui leur seraient propres, mais nécessaires pour concrétiser cette finalité de l'accès des consommateurs aux biens vitaux.

Précisant encore, il faut déterminer quels sont ces droits des consommateurs. Ils reposent sur l'affirmation politique selon laquelle il y aurait un droit naturel à survivre lorsque l'instrument de survie serait à portée de la personne concernée si elle en avait les moyens (proximité géographique, apprentissage d'utilisa-

tion, moyens financiers). Cela renvoie alors à une nouvelle catégorie juridique proposée : les « biens d'humanité » (sur la notion en générale, cf. Frison-Roche M.-A., Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine, in Propriété intellectuelle et mondialisation, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2004, p. 165 ; sur l'application au domaine de la santé, qui jouxte le secteur agricole, cf. L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur le médicament et le vivant, in Frison-Roche M.-A. et Abello A., Droit et Economie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005, p. 289). D'une façon moins essentielle, on peut aussi soutenir qu'il existe un droit à demeurer dans sa culture, l'alimentation, les produits et les modes en faisant partie.

C. – Le droit des biens fondamentaux

Si l'échange marchand satisfait ce droit des consommateurs, le libéralisme suffira. Mais si celui-ci dessert ce droit, parce que le consommateur est trop pauvre ou bien parce que l'échange va complètement le déposséder de sa culture alimentaire, il faut, seulement à ce moment-là, que l'échange soit dépassé et que l'accès soit organisé au-delà des capacités économiques, avec la part d'éducation que cela implique souvent.

La régulation profite ainsi du marché pour veiller à l'effectivité des droits ultimes, c'est-à-dire les droits des consommateurs, notamment en veillant à la protection de droits-fonction, de droits médians dont seront titulaires les intervenants économiques sur ce marché.

Les droits fondamentaux interfèrent ainsi avec le marché, en s'appuyant sur celui-ci, loin d'une conception qui les oppose, lorsque celle-ci s'appuie sur une représentation du marché comme une organisation par nature délétère, contre laquelle il faut lutter pour imposer des droits fondamentaux du côté desquels serait une sorte de noblesse. Si l'on oppose les deux, opposition épuisante, on ne sait guère sur quelle puissance adosser les droits des personnes, si ce n'est justement celle des États dépassés par la globalisation des marchés. La régulation postulera plutôt que la première concrétisation des droits des consommateurs est servie par le marché et que le dynamisme libéral permet d'étendre cette satisfaction à tous.

Ceci justifie une politique des produits agricoles qui va au-delà de la politique économique. En effet, la politique économique vise à créer une organisation économique optimale, mais précisément tout n'est pas économique dans la régulation. Dès lors, il ne s'agit pas de

choisir entre une organisation économique qui serait laissée à elle-même et une sortie de l'économie dès l'instant qu'on se soucie d'autres choses, mais précisément de profiter du dynamisme libéral pour satisfaire des fins politiques.

La régulation endosse l'ambition – à travers le marché et grâce à lui – d'une politique des produits agricoles au-delà de la politique économique, en utilisant des notions comme celle de « biens d'humanité ». Ces biens d'humanité se définissent tout d'abord comme des objets marchands, puisqu'ils ont de la valeur à la fois pour celui qui les produit, pour celui qui les propose et pour celui qui les consomme. Ils ont donc vocation à circuler, comme les autres biens marchands. Les produits agricoles entrent dans la catégorie.

Ce sont donc des choses de valeur qui, de ce fait, ont vocation à circuler et à être consommées. Mais, par rapport aux biens marchands ordinaires, certains de ces produits agricoles, à partir des situations concrètes des consommateurs, sont des biens qui contiennent une part d'humanité, justifiant que personne n'en soit exclu. Pour cela, il faut ajouter des régulations sur les mécanismes marchands, complétant ce qui n'aura pas été réalisé naturellement par le marché. Quant à la définition des biens d'humanité, elle est relativement aisée si on la rattache à la notion de vie : sont des biens d'humanité les biens vitaux pour les personnes, sans l'accès auxquels elles ne vivent pas vraiment. La démonstration qui fut faite, notamment devant l'OMC, à propos

des médicaments, peut être reprise concernant les produits agricoles.

Cependant, parce que la régulation est avant tout une pensée « réaliste », c'est-à-dire construite sur les contours concrets des choses et de leur usage, il n'est pas concevable de soutenir que tous les produits agricoles sont des biens d'humanité et doivent être soustraits massivement du libre-échange et de la concurrence. Il convient, comme pour les médicaments, de désigner, produit par produit, situation par situation, tel ou tel produit agricole, pour tel ou tel usage, par telle ou telle personne, dans tel ou tel contexte économique, méritant la qualification de bien d'humanité. C'est alors, et à ce moment-là, que le système de libre-échange et de concurrence ne peut plus suffire, voire doit être contré.

Le moyen le plus adéquat pour une telle casuistique guidée fermement par les principes précités est la jurisprudence, par exemple à travers les décisions particulières des panels de l'OMC, ou bien des accords particuliers, dont l'accord sur l'accès à certains médicaments vitaux brevetés est un bon exemple. Même pris dans le détail, il ne convient pas de désigner abstraitement tel ou tel produit agricole comme vital, mais plutôt de le considérer ainsi pour certaines populations, dans un certain contexte et au regard de leur culture. Une telle méthode, à la fois principielle et casuistique, serait d'autant plus efficace qu'elle serait confiée à une autorité administrative non politique et indépendante. En conséquence et en conclusion, la ré-

gulation pourrait être assumée politiquement et techniquement comme une sorte de seconde nature de l'économie marchande dans laquelle le secteur agricole s'insère – et non pas une machine de guerre contre l'économie marchande – en prenant acte que ce sont des biens marchands mais en affirmant aussi leur caractère politique dès l'instant qu'on peut dégager cette part très concrète et pragmatique d'humanité et de risque que certains produits contiennent.

Les principes de régulation seront nécessairement des principes de méthode, construits sur le but d'accès aux biens pour la concrétisation duquel le marché comme les réglementations ne sont que des moyens. Dès lors les solutions retenues seront à la fois casuistiques et évolutives, car il peut arriver qu'à un moment un bien soit vital et qu'après il cesse de l'être, comme il peut arriver qu'un risque nouveau se cristallise ou qu'une crise sanitaire cesse d'être à craindre.

Nous aurions alors affaire à une nouvelle forme de politique qui ajoute un marché, sans nier celui-ci en tant qu'il est un très efficace moyen d'accès, et qui s'appuie sur la force de marché dans une économie globalisée dans laquelle la puissance régaliennne des États n'a plus de force. On peut très bien faire des discours incantatoires vers d'autres directions, celles de la restauration de l'État ou l'autorégulation éthique des entreprises, mais dans une conception plus pragmatique et immédiate, la conception ici développée a plus de chance de fonctionner. ♦