



Développement durable et territoires

Économie, géographie, politique, droit, sociologie

Dossier 10 | 2008

Biens communs et propriété

Santé et biens communs : un regard de juriste.

Isabelle Moine-Dupuis



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/5303>

DOI : 10.4000/developpementdurable.5303

ISSN : 1772-9971

Éditeur

Association DD&T

Référence électronique

Isabelle Moine-Dupuis, « Santé et biens communs : un regard de juriste. », *Développement durable et territoires* [En ligne], Dossier 10 | 2008, mis en ligne le 09 novembre 2010, consulté le 19 avril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/5303> ; DOI : 10.4000/developpementdurable.5303

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.



Développement Durable et Territoires est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International.

Santé et biens communs : un regard de juriste.

Isabelle Moine-Dupuis

- 1 Puisque le monde dans lequel nous vivons et pour lequel vit le droit est un monde d'hommes, il est impossible d'ignorer la santé lorsqu'il est question de biens communs ou de biens publics mondiaux. Le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) ne l'a pas oublié bien entendu. La situation de la santé dans le monde est aujourd'hui bien connue. Elle nous montre en effet, d'un côté, des besoins en soins et en médicaments non satisfaits dans la plupart des pays au Produit Intérieur Brut faible ou très faible, de l'autre, des pays développés, suréquipés et suralimentés en produits (bien que l'état des choses soit ou devienne de plus en plus contrasté); en somme, une répartition inéquitable des biens nécessaires à la santé des populations (Van den Brink, 2007, p. 105). En outre, l'industrie pharmaceutique est motivée essentiellement, pour des raisons économiques et concurrentielles, par la recherche constante de nouveaux traitements. Ces raisons sont aussi sanitaires, l'apparition de résistances de la maladie aux médicaments dits de première ligne oblige à en concevoir de nouveaux, dits de seconde ligne (ainsi en est-il pour les anti-rétroviraux contre le sida).
- 2 Cette course à l'innovation est génératrice de conflits sur la légitimité de la protection. La propriété intellectuelle augmente le prix d'un médicament¹, mais rémunère les recherches en cours², les droits de propriété « abstraits » jouant dans ce domaine comme dans d'autres un rôle économique fondamental (Muennich, p. 71) : elle est à l'origine du fameux procès avorté de Pretoria en 2001, qui opposa une trentaine de laboratoires pharmaceutiques à L'Etat d'Afrique du Sud souhaitant passer outre la protection par brevet de traitements contre le SIDA, face à une situation sanitaire catastrophique (Jourdain-Fortier, 2006, pp. 631-633).
- 3 En outre, les découvertes dans le domaine du médicament moléculaire « classique » devenant rares, la compétition des laboratoires passe par la voie des « biomédicaments » (médicaments issus d'éléments vivants tels que des bactéries, le plus souvent génétiquement modifiés), qui sont de plus en plus coûteux en recherche-développement.

Le risque n'est-il pas que deux catégories ou générations de médicaments se créent à terme, et n'aient pas les mêmes bénéficiaires ?

- 4 Enfin, d'autres obstacles que le prix s'ajoutent et rendent le problème d'une complexité extrême :
- la concurrence illicite des marchés parallèles, pas seulement motivée par le prix des produits, mais aussi par des habitudes culturelles (Baxerres, Le Hesran, pp. 5-23) ;
 - les problèmes structurels et sociologiques de mise à disposition du médicament ;
 - l'inexistence parfois de structures de soins présentes et efficaces (et de relais dans le conseil en termes de posologie, de précautions d'emploi) ;
 - la corruption des autorités dans de très nombreux pays.
- 5 Mais le médicament n'est pas le seul bien au service de la santé, même s'il accapare l'essentiel des débats. Les services que constituent les soins, ainsi que les appareillages, dispositifs, prothèses etc., et le droit à la santé (ou au moins aux soins) lui-même constituent aussi des choses ou des biens, au point qu'il paraît difficile pour le juriste, raisonnant dans une logique catégorielle, de travailler avec des notions qui ne sont pas taillées pour un domaine tel que celui de la santé.
- 6 C'est pourquoi un premier regard peut se porter sur le droit français (ou plus largement romano-germaniste) et ses concepts, susceptibles de cerner en quelque sorte la notion de bien commun ou bien public mondial santé³ (1). Même imparfaitement adaptés, ces concepts peuvent cependant être à l'origine de fondements juridiques acceptables par le droit international et susceptibles de soutenir l'idée d'une propriété ou d'un droit d'accès aux « biens de santé » pour tous : les outils et les procédures pour y parvenir n'étant évidemment pas à négliger, et pouvant au contraire trouver une unité d'impulsion dans des notions que le juriste doit s'efforcer de rendre plus rigoureuses et davantage fondées. L'Organisation Mondiale du Commerce joue à cet égard un rôle majeur, par l'utilisation qu'elle fait de procédures dont l'efficacité est discutée (2).

1. Les catégories du droit français cernant l'idée de bien commun de la santé

- 7 Le droit interne a conservé les grandes catégories du droit romain, même s'il a infléchi leur sens. L'une de ces grandes catégories est celle des choses hors commerce (*res extra commercium*), utilisée par le droit romain pour classer notamment les *res publicae* ou les *res sacrae* (routes ou temples par exemple) (1.1). La propriété est restée quant à elle définie comme le droit par excellence sur une chose, droit qualifié d'absolu même si la réalité aujourd'hui est beaucoup plus contrastée (1.2).

1.1. Choses hors le commerce/dans le commerce : une notion nécessaire mais insuffisante

- 8 Le droit français est clair : est hors le commerce une chose qui ne peut être objet d'une convention. Le commerce dont il est question est le commerce dit civil, au sens plus ou moins large (Loiseau, 2000, p. 52 ; Paul, 2002, p. 123-130). La jurisprudence française s'est servie du concept pour interdire les conventions de mère porteuse (pas de « location » d'utérus)⁴, et toute la logique du don d'organes, de gamètes ou de sang repose sur cette interdiction qui ne se limite pas à la gratuité (sinon l'on se trouverait en présence d'un

contrat de donation), mais suppose la liberté totale et la possibilité de retirer son consentement à tout moment. Cette réversibilité n'est d'ailleurs pas seulement théorique puisque dans certaines hypothèses (les prélèvements de moelle osseuse), est pratiquée la réintroduction de l'élément dans le corps du donneur⁵, une fois les cellules nécessaires au receveur prélevées.

- 9 L'extra-commercialité est l'héritière pour les droits inspirés du droit romain et du Code civil des *res publicae*, *res sacrae*, voire des *res communes*. Il s'agit potentiellement de toutes les choses qui doivent être retirées de la transmission au moins entre personnes physiques, donc du commerce civil (a fortiori du marché).
- 10 Néanmoins ce concept ne peut trouver application que pour des éléments « bruts » du corps, non encore transformés : il est interdit de vendre ou de faire donation (par contrat) de l'un de ses organes, c'est-à-dire de s'engager à transférer à autrui ses prérogatives sur les différentes parties de son corps (même si la forme du don revêt parfois des formes solennelles - notaire, tribunal - l'acte est fondamentalement différent). Ce serait en effet aliéner une partie de son corps c'est-à-dire le premier « support » de la santé. La santé n'est pas une chose juridique, le corps non plus, mais un organe, de la moelle, une gamète sexuelle, du sang entier constituent des choses protégées tant qu'elles servent la santé du donneur, et jusqu'à ce qu'elles servent la santé d'une autre personne, celle du receveur.
- 11 La notion peut également s'appliquer aux droits (Moine, 1997, p.312-318), choses incorporelles, et pourquoi pas au droit à la santé lui-même, ou au droit aux soins. Un patient ne saurait renoncer par convention à un tel droit. En tant que droit, il est même possible de dire qu'il s'agit d'un droit hors commerce indispensable à l'exercice de tous les autres, ou du moins soutien de tous les autres (que ce soit le droit à la vie privée, le droit à l'image, le droit moral)⁶.
- 12 En revanche, le médicament n'est pas une chose hors le commerce puisqu'il est légalement vendu. Il s'agit d'un bien de santé dont l'accès est favorisé (voire garanti) sur le plan collectif. Le fondement en est le droit aux soins lui-même, qui, lui, peut être qualifié de chose hors commerce, comme nous venons de le voir. Le fait que la vente de ce produit soit réservée aux pharmaciens⁷ ne le rend pas hors commerce, elle en fait simplement l'objet d'un monopole (appelé précisément monopole pharmaceutique). Cette distinction apparaît avec une grande netteté dans le cas des produits sanguins : selon le Code de la Santé Publique⁸, les produits sanguins labiles sont des choses hors commerce, tandis que les produits sanguins stables sont des médicaments et en tant que tels, cessibles.
- 13 Ensuite, les dispositifs, appareils ou instruments sont au service de la santé ; il s'agit aussi de ce que nous avons nommé biens de santé, et ils sont également dans le commerce puisque susceptibles d'être objets de conventions. Un sort particulier cependant est fait aux prothèses lorsqu'elles sont conçues pour un patient particulier. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'était hors commerce une prothèse dentaire : ce qui rend illicite l'exercice d'un droit de rétention par le prothésiste, en cas de non paiement et même si la dette est exigible⁹.
- 14 Plus généralement, l'insaisissabilité fait partie du régime des « choses hors commerce », et s'étend aux « objets indispensables aux personnes handicapées ou destinées aux soins des personnes malades »¹⁰ (tout comme « les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille »¹¹) : même ceux que le patient pourrait décider de

revendre volontairement (un handicapé peut revendre son fauteuil roulant ne serait-ce que pour en acheter un autre, par exemple). Cela signifierait également que le médicament indispensable (dans le cas d'un traitement contre l'hypertension par exemple) dont le patient a besoin et dont il est devenu propriétaire en l'achetant, serait insaisissable. Le terme d'objet est large, et ce n'est que par absence d'enjeu sans doute que le médicament – un traitement contre le SIDA est aussi indispensable à la vie que des bouteilles d'oxygène – n'est pas spécifiquement mentionné : un médicament acquis ne pouvant être revendu¹², on ne voit pas en pratique un huissier saisir des boîtes de médicaments dépourvues de toute valeur d'échange !¹³

- 15 Cette notion de choses hors le commerce possède en apparence le désavantage d'appartenir aux seuls droits romano-germanistes : elle semble donc peu exploitable sur le plan du droit international, sauf sur celui du droit international privé, qui consiste à déterminer quel est le droit national applicable à une situation où les partenaires sont de nationalités différentes (contrat international notamment)¹⁴. La loi de 2004 sur la bioéthique, comme l'a démontré E. Loquin (in Loquin et Moine-Dupuis 2007, p. 433), ne traite pas les produits du corps humain de la même manière selon qu'ils sont destinés à un « commerce » interne ou bien à l'exportation. Pour autant, ne saurait-elle trouver son équivalent dans d'autres termes ou d'autres notions ? La réponse à cette question passe sans doute par l'examen d'un autre concept important et traditionnel du droit interne (pas seulement français ou même continental), à savoir la propriété.

1.2. La propriété, une notion immobile ?

- 16 La propriété est selon l'article 544 du Code civil le droit de jouir d'une chose de la manière la plus absolue. Un bien est généralement défini, quant à lui, comme une chose susceptible d'appropriation, c'est-à-dire l'objet au moins potentiel d'un droit de propriété. Le bien serait donc totalement sous la maîtrise de son propriétaire, titulaire d'un véritable droit de vie et de mort sur la chose. Cette propriété est même renforcée par l'insaisissabilité (cf. *supra*). Pourtant, il existe des démembrements de la propriété, tels l'usufruit et la nue-propriété.
- 17 Se trouve liée à la notion de propriété celle de patrimoine. Seule une chose susceptible d'appropriation peut « entrer » dans un patrimoine, qui en droit français est toujours celui d'une personne, privée ou publique.
- 18 L'article 16-5 du Code civil affirme en tout cas la nullité des « conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits » : texte qui se trouve – pour ce qui concerne les produits au moins –, en complète contradiction avec de nombreuses dispositions du Code de la Santé publique. Car s'il en était ainsi, les produits sanguins stables ne pourraient faire l'objet de conventions, et leur qualification de médicament serait remise en cause. Peu au clair semble-t-il avec ses propres concepts, le législateur français a surtout voulu donner des repères aux praticiens de la santé et de la recherche biomédicale, tout en affirmant (parfois maladroitement) des principes depuis longtemps dégagés par la jurisprudence.
- 19 S'il est question de propriété il est alors question de bien (selon le vocabulaire habituellement utilisé) et moins classiquement de marchandise, expression qui fait davantage référence à la consommation qu'à la possession dans la permanence (Martin, 2007, pp. 293) : en effet, ce qui n'est pas appropriable demeure une *res communes* et le terme de bien est défini en étroite symbiose avec celui de propriété (Cornu, 2000,

p. 107 ; Mezghani, 2003, p. 203-204 ; Paul, 2002, p. 64-67), comme celui de marchandises. Les produits et les services de santé sont marchands : ils sont donc a priori soumis au droit du commerce, national ou international. Il est possible de les intégrer dans le patrimoine d'une personne, physique ou morale. Les stocks de médicaments font partie du fonds de commerce d'un pharmacien, comme d'un laboratoire fabricant et fournisseur (« meubles corporels compris dans un fond de commerce et destinés à être vendus » : Cornu, 2000, p. 538), ils apparaissent à ce titre dans les comptes. Nous sommes encore dans le cadre de la propriété de l'article 544 du Code civil précité.

- 20 Mais la notion de propriété a connu un profond renouvellement de sens avec le développement, déjà historiquement ancien, de la propriété intellectuelle : et cette histoire est depuis longtemps internationalisée¹⁵. L'existence même de cette propriété ouvre la possibilité de droits sur une chose ou un bien qui soient de nature différente, et surtout qui aient des fondements différents : ici, un travail d'innovation (et pas seulement la transmission familiale ou contractuelle). On dépasse ainsi largement le simple démembrement (strictement réglementé par le Code civil), pour aller déjà vers l'idée d'une « propriété simultanée », selon l'expression utilisée dans l'article introductif à ce dossier : il suffirait alors de poursuivre simplement cette logique, qui profite certes souvent aux plus forts, mais en d'autres temps a permis aux artistes et écrivains de pouvoir revendiquer une rémunération normale de leur travail.
- 21 Le rapport de la personne à la chose passe en effet par le droit subjectif. La forme et le contenu de ces droits peuvent varier, à partir du thème de la propriété : ce rapport peut impliquer un accès direct, une consommation immédiate de la chose, ou bien une possession et une jouissance continues, ou encore une propriété réduite à un *fructus*, prérogative de la propriété permettant la perception de profit. Rien n'interdit a priori d'envisager une conciliation de droits différents, et c'est peut-être là que l'idée de bien public peut trouver son originalité, au moins pour la question de la santé, en droit international.

2. Les fondements d'un droit international des biens de santé

- 22 Une réflexion sur le bien public et la santé peut en effet se nourrir des traditions des droits internes et de leurs notions, tout en les dépassant : d'une part, des concepts comme ceux d'extra-commercialité sont intéressants dans une certaine mesure ; d'autre part, des formes différentes de propriété ont existé et existent encore dans certaines traditions. Mais le bien public est affirmé en tant que tel dans les normes internationales : il se heurte cependant à de nombreuses difficultés de mise en œuvre en ce qui concerne la santé, en dépit du caractère séduisant de l'idée (2.1) ; pourtant des solutions doivent être imaginées, et elles peuvent passer par la recherche de procédures fondées juridiquement sur le droit aux soins comme chose incorporelle et sur le médicament comme bien fongible ou chose de genre (2.2).

2.1. Le bien public ou la valeur non marchande de la santé : les prémisses d'une multi-propriété sur les médicaments (et autres biens de santé)

23 Les concepts du droit international « prospectif » placent la santé sur le même plan que la paix ou le développement : c'est dire qu'il ne saurait exister d'ordre juridique international satisfaisant sans que les besoins en santé de la population mondiale soient assurés. La force de l'argument demande cependant que la mesure des obstacles d'ordre juridique notamment soit prise, afin d'utiliser au mieux les concepts présents (2.1.1). En particulier, la coexistence de plusieurs formes de propriété pourrait être une réponse pertinente (2.1.2).

2.1.1. La santé comme bien public mondial ou bien commun : forces et obstacles juridiques

24 A propos d'une autre question, celle de l'eau, et de l'inégale répartition (naturelle cette fois — c'est nous qui l'ajoutons) face au besoin d'accès a priori égal pour tous, on peut lire sous la plume de Sylvie Paquerot : « *Le droit international ne semble pas, pour l'heure, apte à résoudre cette difficile équation dans la mesure où la logique de marché s'y trouve de plus en plus largement intégrée, logique qui n'a jamais su, à ce jour, résoudre les enjeux de redistribution* » (Paquerot, 2002, p. 225) : jamais su ou jamais voulu ? Nous nous sommes permis ici de prolonger ce très pertinent constat. L'auteur écrit aussi, en résumé de son ouvrage, que « souveraineté et marché se conjuguent pour bloquer une évolution du droit international qui tienne véritablement compte de la nature des ressources considérées » (Paquerot, 2002, 4^{ème} de couverture).

25 La santé est pourtant l'un des quatre biens publics mondiaux cités ou recensés par le PNUD¹⁶. « *Au sens étroit, le bien public mondial est celui pour la production duquel le marché est défaillant* » (Martin, 2007, p. 305). Ce premier aspect implique l'idée de pénurie et donc de danger pesant sur l'humanité, d'autres structures devant pallier les insuffisances du marché. On ne peut s'empêcher de penser à la notion d'accaparement en Ancien droit français, source d'un délit. L'idée est que personne n'a le droit de conserver pour soi et de priver autrui d'une ressource vitale (ainsi les denrées alimentaires sous l'Ancien Régime) : pourrait-on considérer comme délit international l'accaparement des ressources médicales ? Mais qui pourrait être poursuivi ? Le droit international reconnaissant la légitimité du brevet (et il s'agit de *hard law*) d'une part, et la reconnaissance de délits internationaux devant avoir pour base une convention internationale¹⁷, d'autre part, aucune règle juridique ne peut actuellement soutenir une telle idée.

26 D'autre part, l'argumentation qui sous-tend la réflexion sur le développement durable, et sur le péril qu'il y a à sur-consommer des ressources vitales, ne peut être utilisée ici puisqu'il ne s'agit pas d'une ressource naturelle, susceptible de disparition, mais d'un produit fabriqué et indéfiniment renouvelable (la perpétuation de l'innovation est une autre question). Tout au plus pourrait-on raisonner par analogie en disant que c'est la « ressource » humaine qui risque de se tarir, mais le maintien de la progression démographique en dépit des carences sanitaires ne permet pas de parler en terme de quantité. Que l'on ne se trompe pas : le droit aux soins ou un quelconque droit au médicament ne saurait s'envisager que comme un droit individuel, parce que le corps, la

vie et la mort sont individuels. Ceci, même si des solutions peuvent passer par des accords dont l'un des partenaires est une collectivité, un Etat par exemple¹⁸.

- 27 Le marché est cependant bien défaillant pour satisfaire les besoins : la rareté ici est-elle le résultat d'une répartition inéquitable, d'une sur-consommation dans certains pays ou d'une sous-production ? A priori, tout semble dépendre du produit considéré : pour les médicaments contre le paludisme ou la tuberculose, il ne saurait être évidemment question d'une sur-consommation, et c'est l'absence de marché (dans son sous-entendu de besoins « payants » ou susceptibles de le faire) qui est en cause ; pour le sida en tant que pandémie, c'est visiblement une mauvaise répartition entre les zones géographiques ; et s'il y a sur-consommation de certains médicaments (ce qui est à démontrer : voir cependant, sur les excès en termes de « *produits de pure convenance* », Remiche, 2000, p. 202), il n'est pas certain qu'un éventuel excédent au regard des besoins ici ait vocation à se répartir là où ils sont mal satisfaits, puisque cela dépend là encore du marché.
- 28 Le marché est dominant pour le médicament comme pour tout bien marchand. Les produits ou les biens de santé sont des marchandises pour le droit international (nous l'avons dit plus haut), ils relèvent de la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente internationale de marchandises, du droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (donc ils sont soumis aux règles de libre-échange). Le commerce international de la santé existe bel et bien, dans un environnement en outre fortement concurrentiel. Or la santé est une valeur non marchande, et c'est à ce titre qu'elle peut être regardée comme valeur ou comme bien commun (ou public). Ce paradoxe est développé à travers la thèse de Clotilde Jourdain-Fortier (2006, p. 437), dont l'originalité est de ne pas voir une antinomie entre le commerce international et cette valeur également internationale. Il s'agit plutôt de concilier deux réalités, dont la seconde n'est d'ailleurs qu'en émergence.
- 29 On peut tirer à notre avis de cette thèse l'idée que le droit aux soins est une chose hors commerce, sur le plan international (ou un droit inaliénable, si l'on préfère ce vocabulaire) : en effet, personne ne saurait céder un tel droit, ou y renoncer, par n'importe quel acte juridique. A titre d'exemple, il est impossible qu'une personne incluse dans un protocole d'expérimentation de tel médicament en cours d'autorisation, renonce pour le futur à revendiquer des soins (en particulier à l'égard du laboratoire promoteur de l'expérimentation). Elle ne saurait y renoncer ni par elle-même, ni par l'intermédiaire de toute autre personne, privée comme publique, la représentant. C'est là encore prendre le problème par le truchement de la personne, de l'individu, même si une fois encore les accords ou les procédures de mise en œuvre peuvent être collectifs (ainsi la procédure de licence obligatoire, demandée forcément par un Etat).
- 30 En outre, parler de bien commun ou public fait référence à la proclamation, sinon à l'effectivité de droits collectifs sur les médicaments ou les autres biens de santé (prothèses, matériel, voire services). Parler de valeur non-marchande est davantage un constat : il existerait, au nom d'une telle valeur, des biens qui auraient vocation à focaliser différents droits, ce qui suggère l'idée de multi-propriété, et peut trouver une assise grâce à des concepts familiers au juriste de droit interne.

2.1.2. Des biens de santé, objets possibles de formes différentes de propriété

- 31 Le terme de bien, dans l'expression bien public, n'est pas du tout pris dans le même sens que par le droit français (entre autres) : la santé comme l'environnement ou la connaissance sont des valeurs, des objectifs. Or un bien est d'abord pour le juriste une

chose, identifiable dans sa matérialité ou dans l'ensemble des prérogatives qui peuvent s'exprimer sur la « scène » juridique, et dont on peut imaginer la transmission par un contrat notamment. Il faut donc raisonner en passant de la valeur à la chose, comme nous venons de le faire pour cette chose incorporelle hors commerce qu'est à notre avis le droit aux soins.

- 32 Le terme de bien au sens que nous dirions « purement juridique » ou interne concerne aussi tout ce que nous avons appelé « biens de santé » (cf. *supra*) (médicaments, prothèses etc). Lorsqu'ils consistent en des innovations, ils sont brevetables pour une durée de vingt ans (durée de base ne comprenant pas les éventuelles protections complémentaires, dues par exemple aux extensions de gamme). L'instauration d'un système mondialisé de protection par brevet est le fruit d'une revendication des laboratoires innovants, se fondant sur le constant besoin d'innovation du secteur. Une revendication parallèle fondée sur les besoins en santé publique peut donc très logiquement conduire à la création d'un droit d'accès au médicament qui est un droit de la personne, fondé sur le droit aux soins, inaliénable, en constituant même un corollaire ou une déclinaison particulière.
- 33 Mais est-ce un rêve inaccessible, ou un moyen réaliste de « promotion de la santé », si l'on se réfère à la Charte du même nom signée à Bangkok (*ibid*), et pour laquelle des « coalitions internationales » sont envisageables ? Il est sans doute plus éloigné de la tradition juridique au moins continentale de parler de propriété collective, que de formes différentes de propriété dont le titulaire est individuel : car le corps et la santé sont finalement de l'ordre de l'individu et l'accès n'est pleinement réalisé que si le médicament va jusqu'au patient consentant et informé – en particulier dans le cadre d'un protocole d'expérimentation-. Autrement dit, le droit à l'intégrité physique de chaque personne et le droit aux soins, tous deux choses hors commerce, se déclinent l'un en droit de consentir au traitement, l'autre, comme nous venons de le dire, en droit d'accès au médicament.
- 34 La propriété peut en effet revêtir des formes diverses, ce qui implique différents types de prérogatives. Ainsi, dans la pluralité de droits qui peuvent porter sur une chose, il y aurait un « droit d'usage », qui, grâce à la mise en œuvre de mécanismes nationaux ou internationaux, pourrait constituer une prérogative de chaque individu face à la pénurie ou l'accaparement (cf. plus haut). Une prérogative sur quels biens ? Est-il nécessaire que ceux-ci soient identifiés ? La distinction entre choses certaines et choses de genre ou biens fongibles peut être utilisée.
- 35 Il nous semble en effet important que les juristes s'efforcent de démontrer – par les moyens les plus divers – la pertinence juridique de réflexions sur la propriété perçue comme multiforme, ce qui reflèterait mieux la diversité des besoins convergents autour d'une chose telle que le produit de santé (dans son ensemble). Nous rappellerons ici nos précédentes conclusions à propos du droit interne français : plusieurs rapports existant entre une chose (pour autant qu'elle soit un peu complexe) et la personne, plusieurs droits sont envisageables, dont un droit d'usage.

2.2. Un droit d'usage identique sur une chose de genre : le fondement d'une « procédure d'accès équivalent »

36 Un médicament existe comme bien indépendamment de sa marque ou des droits d'exclusivité qui peuvent porter sur lui : il est identifiable par son principe actif, qui constitue le seul possible bien commun : tout produit dont la bioéquivalence¹⁹ à l'égard d'un autre est démontrée lui est parfaitement substituable, et correspond à la notion classique de chose de genre (2.2.1). Dès lors, la propriété industrielle doit se combiner avec cet « usus » virtuel de toute personne sur le médicament, grâce à une procédure susceptible de faire la part des différents droits de propriété (2.2.2).

2.2.1. L'applicabilité de la notion de chose de genre

37 En droit français par exemple, on peut bénéficier d'une créance sur une certaine quantité de choses de genre, ou choses fongibles, c'est-à-dire sur des choses substituables les unes aux autres (blé, par exemple). Lorsqu'une certaine quantité de blé est vendue, ce qui est sûr dans l'objet du contrat est la quantité et la qualité, l'espèce, non l'identité : il est en effet impossible de dire si tel grain de blé ou tel autre répondant au « genre » de blé vendu fait partie de ce qui sera effectivement livré, le vendeur remplissant parfaitement son obligation s'il respecte qualité et quantité définies dans le contrat.

38 Plus que toute autre, la chose de genre se prête à une certaine « virtualisation » du droit de propriété. La propriété n'étant pas transférée comme c'est le principe dès la conclusion du contrat (*solo consensu*), l'acheteur est « virtuellement » propriétaire de tout grain de blé appartenant jusque là au vendeur, jusqu'à ce que l'obligation de livraison ait été accomplie (Cornu, 2005). On le comprend, même dans le cadre de la propriété de l'article 544 du Code civil, la signification concrète de la propriété dépend de la chose.

39 Or le principe actif (identifié par la dénomination commune internationale ou DCI) peut être vu comme une chose fongible : que le médicament soit breveté ou non n'a pas d'incidence ou ne devrait pas en avoir sur la qualité de la chose, car il s'agit d'un droit qui ne l'affecte pas dans sa substance. Il constitue un droit exclusif d'exploitation et de fabrication, servant à rémunérer le travail d'innovation et à permettre le financement de nouvelles recherches ; de même, la marque est un élément indépendant du principe actif. C'est d'ailleurs en se référant à ce dernier que beaucoup de pays revendiquent aujourd'hui une rémunération pour le savoir ancestral face au phénomène de la bio-prospection : c'est une extension du concept de brevetabilité hors de sa définition occidentale qui est réclamée (Abdelgawad, 2007, pp. 355-362). L'on voit que la molécule comme bien peut être le support de différents droits, ayant des fondements différents, et constituant des formes de propriété diverses puisqu'elles ont vocation à concrétiser des relations différentes entre les personnes et les choses (Cf fin partie I).

40 Du point de vue de la personne, qui fonde l'existence de cette possible propriété « virtuelle » aux lieu et place d'une obligation contractuelle, le « droit d'usage » serait ainsi le même, que le médicament soit sous brevet ou pas. Il revient donc à la communauté internationale de mettre en œuvre des moyens équivalents d'accès à un médicament breveté ou à un générique. Suivant la voie ouverte par la licence obligatoire, l'objectif serait une « procédure d'accès équivalent », le but ultime étant de rendre l'accès au médicament breveté sans obstacle lié à ce brevet : la licence obligatoire et les

importations parallèles étant un moyen, qui ne resterait peut-être pas le seul, car la procédure actuelle ne peut suffire à couvrir les difficultés de santé publique et n'a pas vocation à la permanence. La souplesse des notions est à la base du système, celle de « santé publique » en particulier, qui est d'une extrême importance dans le mécanisme, est laissée à l'appréciation des Etats. Sa reconnaissance par les Etats développés notamment est très conjoncturelle, liée en particulier à la crise de l'anthrax, en 2001, ayant conduit les Etats-Unis à exiger de Bayer une baisse du prix du Cipro (Kahn, 2007, p. 230). Le droit de l'OMC fonctionne dans une logique de négociation permanente, et d'adhésion des Etats. La « procédure d'accès équivalent » serait le principe, l'élargissement, la généralisation d'un système qui paraît se mettre peu à peu en place.

2.2.2. La mise en œuvre imaginable d'un droit d'usage sur le principe actif et d'une procédure d'accès équivalent

41 Une procédure de cet ordre a déjà été mise en place dans le cadre de l'OMC, même si elle ne répond que partiellement à la question (Ravillard, 2004, p. 535). Issu de la Déclaration de Doha de 2001 et de la décision du 30 août 2003, le système actuellement en vigueur est le suivant :

- Chaque Etat est tenu d'adopter une loi sur le brevet, et de respecter le principe de la brevetabilité du médicament innovant : voilà qui semble déjà une défaite par rapport à l'argument de la non-brevetabilité des médicaments, parfois soulevé, et donc par rapport à l'idée des biens publics mondiaux ; pour autant, le conflit a trouvé un terrain juridique commun, comme l'a montré récemment le procès de Chennai en Inde²⁰.
- Une procédure d'octroi de licence obligatoire peut être menée à l'encontre du laboratoire qui détient le brevet ; cette licence permet de passer outre, tout à fait légalement, au monopole dudit laboratoire ;
- Enfin, en cas d'incapacité démontrée (sauf pour les Pays les Moins Avancés) à produire des médicaments, des « importations parallèles » sont possibles. C'est l'apport principal de la décision de 2003, car l'on s'est vite avisé que permettre la copie de médicaments ne suffirait pas à résoudre les pénuries si les pays producteurs n'avaient pas le droit d'exporter vers les pays non producteurs²¹. Désormais, la décision a été intégrée à l'accord, dont l'article 28 excluait la possibilité de telles importations (Dias Varella, 2004, p. 106). Cela constitue, selon C. Chemtob-Concé, un véritable « droit aux génériques » (Chemtob-Concé, 2004, p. 3694).

42 Cependant, les conseillers de l'OMC eux-mêmes ont longtemps pu constater que le système, certes encore neuf, n'était pas utilisé (Tran Wasescha, 2007, p. 243), pour différentes raisons, dont la lourdeur de la procédure, conséquence de son caractère précisément exceptionnel : il constitue en effet une dérogation à la logique de la protection par brevet. Cependant, une demande d'importation parallèle a été déposée le 17 juillet 2007 par le Rwanda, concernant le TriAvir, une trithérapie contre le SIDA actuellement sous brevet. De son côté, le gouvernement canadien a notifié le 4 octobre 2007 qu'il avait autorisé le laboratoire Apotex à produire une version générique de ce produit, afin de répondre aux besoins du Rwanda. Cette « première » est un vif espoir²².

43 La licence obligatoire existe d'ailleurs en dehors de l'OMC, dans de nombreux droits étatiques : il est possible d'affirmer une forme de propriété virtuelle sur la molécule du médicament, fondée sur la santé publique, et de manière plus prospective sur le droit au soins : le droit aux soins constituant en effet, nous l'avons dit, avec le principe du

consentement aux soins, deux piliers de l'extra-commercialité de la personne humaine (cf. *supra*).

- 44 Cette forme de propriété est parfaitement conciliable au moins en théorie avec une propriété intellectuelle, plusieurs types de propriété pouvant exister sur le même bien, en l'occurrence le principe actif. Et la protection de la santé publique et du droit aux soins des personnes doit être une logique équivalente à celle de la continuité de l'innovation. Il s'agit tout simplement de concilier l'équité et le marché, problème récurrent lorsque le droit international se penche sur la question du développement.
- 45 Bien sûr, pour la mise en pratique, nous avons conscience qu'une multitude de difficultés d'ordres les plus divers se lève. Qu'il nous soit seulement permis d'avancer quelques pistes basées sur des pratiques existantes.
- 46 La mise en œuvre d'un droit d'usage, inspiré de la propriété, ou d'une procédure généralisée d'accès ne peut d'abord se faire sans la mise en place de systèmes de santé cohérents et dotés de moyens, que la situation économique de bien des pays rend totalement illusoire²³. Pourtant, en matière de traitements contre le sida par exemple, une gratuité des soins a pu être établie ces dernières années (au moins pour les anti-rétroviraux - ARV de première ligne). Ensuite, les problèmes de contrefaçon relèvent de la lutte contre la criminalité internationale, qui ne peut se faire sans une collaboration des Etats.
- 47 Le domaine semble privilégier largement la négociation (les Initiatives pour Accélérer l'Accès, à l'initiative de l'industrie, les négociations « directes » entre compagnies et pays, entre compagnies et ONG ou fondations etc.), qui aboutissent à un « écheveau des réductions de prix » selon le vocabulaire de Médecins Sans Frontières.
- 48 D'autre part, les accords sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce-ADPIC- constituant un minimum, les extensions de protection déjà consenties dans le cadre d'actuels accords bilatéraux (les « ADPIC + ») devraient être compensées par un recours facilité à la licence obligatoire, et non aggravées par une limitation de cette licence ou des importations parallèles, comme cela est parfois le cas au mépris cette fois des ADPIC²⁴.

Conclusion

- 49 Bien ainsi protégé, bien complexe, support de droits différents, le principe actif médicamenteux peut être vu comme un bien commun, ou un bien public, au sens où tout individu a virtuellement un droit à l'accès, fondé sur un droit aux soins lui-même hors commerce ou inaliénable. Un pays doit pouvoir faire une procédure, non contentieuse a priori et sans dépendre de l'initiative d'offre des fabricants, dès la mise sur le marché du médicament : la logique étant celle d'un droit à la source sur le principe actif comme bien destiné à tous, dès l'innovation et donc concomitamment à la naissance du droit de propriété intellectuelle. L'avantage serait double :
- D'une part, un tel système peut permettre de mettre en chantier suffisamment tôt et systématiquement des négociations sur le prix, autour de la notion de « prix équitable ». La prévention des litiges est une voie que le juriste (même le moins utopiste) a vocation à vouloir privilégier.
 - D'autre part, une certaine unification des critères pourrait à terme voir le jour (avec une convention Unidroit par exemple) : indice de développement humain, PIB etc.

- 50 La complexité du monde vécu par l'Homme d'aujourd'hui est mal représentée par les aspects souvent univoques que les forces du marché mettent au premier plan. Et si le droit a besoin de la force pour exister, n'oublions pas qu'il n'a pas été conçu pour céder devant elle²⁵.

BIBLIOGRAPHIE

- ABDELGAWAD W. (2007) « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels », in *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, direction I. Moine-Dupuis dir., Lexisnexis, coll. Credimi, Dijon, pp. 323-362
- CHEMTOB-CONCE M.C. (2004) « Accès aux médicaments essentiels dans les pays en développement et respect du droit des brevets : un changement de position en faveur du droit à la santé », *Gazette du Palais*, doct. p. 3691-3695
- CORNU G. (2000) *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, articles « Bien » et « Marchandise »
- DIAS VARELLA M. (2004) « L'organisation mondiale du commerce, les brevets, les médicaments et les rapports Nord-Sud : un point de vue du Sud », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, p. 79-117
- DUMOULIN J. (2000) « Les brevets et le prix des médicaments », *Revue internationale de droit économique*, numéro 1, pp 45-69
- JOURDAIN- FORTIER C. (2006) *Santé et commerce international, contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, préf. E. Loquin, Litec Lexisnexis, coll. Credimi, Dijon, 623 pages
- KAHN A.E. (2007) Les licences obligatoires, in *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, pp. 219-243
- LOISEAU G. 2000 : Typologie des choses hors commerce, *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 47-63
- LOQUIN E., MOINE-DUPUIS I. (2007) Produits thérapeutiques d'origine humaine et extra commercialité, in *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, pp. 411-453
- MARTIN A., 2007 : Le médicament, une marchandise pas comme les autres, in *Le médicament et la personne*, pp. 279-307
- MEZGHANI A. (2003) « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », in *Rec. cours La Haye*, n° 303
- MOINE I. (1997) *Les choses hors le commerce* LGDJ, préf. E. Loquin, 422 pages.
- MUENNICH F.E. (2000) Les brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments, *Revue internationale de droit économique*, préc., pp 71-81.
- PAQUEROT S. (2002) *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, préf. R. Petrella, Bruylant, Mondialisation et droit international.

- PAUL F. (2002) *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, 257 pages
- RAVILLARD P. (2004) « La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus des négociations de l'OMC », *Propriétés Intellectuelles*, n° 10, p. 524
- REMICHE B. (2000) « Conclusions : le brevet pharmaceutique entre intérêts privés et publics : un équilibre impossible ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, p. 197-208
- TRAN -WASESCHA T.-L. (2007) La mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'accord sur les Adpic et la santé publique, in *Le médicament et la personne*, préc. pp 243-262
- VAN DEN BRINK H. (2007) Existe-t-il des médicaments essentiels auxquels privilégier l'accès, in *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, préc. pp105-115.
- VELASQUEZ G. (2007) L'accès aux médicaments est un droit de l'homme mais les médicaments pour tous sont une affaire privée, in *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, préc. pp117-124
- Sites internet :
- www.acessmed-msf.org
- <http://bilaterals.org>
- <http://leem.org>
- <http://paris.msf.org>
- <http://remed.org>
- <http://ustr.gov>
- <http://who.int/research/fr/>

NOTES

1. A titre d'exemple récemment donné par Médecins Sans Frontières, le fluconazole (traitement contre la candidose maternelle) coûte 20\$ au Kenya, où il est protégé par un brevet. Le même produit, sous forme générique, est vendu 0,60\$ en Thaïlande (msf.fr/site/site.nsf/pages/camelomarche ; cf. les constatations des études américaines, Dumoulin, 2000, p. 55).
2. Un médicament nouveau n'est mis sur le marché qu'après 10 à 12 ans de recherches, et lorsqu'il est commercialisé, le laboratoire a besoin des ressources que procure ce qui reste de la durée de protection par brevet pour tirer profit de ses ventes et couvrir les frais de recherche/développement de l'innovation suivante.
3. Nous nous permettrons de ne pas trancher ici entre les deux notions, dont la définition juridique n'est pas affirmée aujourd'hui.
4. Assemblée Plénière, 31 mai 1991, D. 1991.417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; JCP 1991-II-21752, comm. Bernard, concl. Dontenville, note Terré ; RTDCiv. 1991, p.517, obs. Huet-Weiller.
5. Cf. avis du 23 février 1987 (ccne-ethique.fr/français/start/htm).
6. La valeur constitutionnelle de ce droit est reconnue par différents Etats, dont la France (Préambule de la Constitution de 1946) ; Cf Velasquez, 2007, p.123. Mais elle s'adresse aux Etats, qui doivent en tenir compte dans les lois qu'ils adoptent (y compris les lois sur la propriété intellectuelle). L'extra commercialité elle interdit les conventions ayant pour objet un tel droit (la convention étant la « loi » des parties, selon notamment l'article 1134 du Code civil).

7. Les peines de l'exercice illégal de la pharmacie sanctionnent le non-respect de ce monopole (art. L . 4223-1 Code de la Santé publique).
 8. Articles L.1221-1 et suivants.
 9. Civ.1^{ère} 9 octobre et 11 décembre 1985 – Bull. 1985 -1-n°251 et 348
 10. Loi du 9 juillet 1991, art. 14-5e
 11. Loi et art. préc.
 12. A l'exception de médicaments non soumis à prescription médicale.
 13. Enfin, il faut noter que les informations ou les données sont considérées comme des biens en droit français. Or les informations et données médicales sont réglementées et ne peuvent circuler librement.
 14. En cas de conflit à propos d'un bien, il est important de savoir quel droit régit le statut de ce bien.
 15. Avec notamment la Convention de l'Union de Paris, ratifiée par 183 pays.
 16. Les trois autres étant : la paix et la sécurité ; l'environnement ; la connaissance et l'information.
 17. En vertu du respect du principe de la légalité des délits et aussi de la pratique suivie depuis le Traité de Nuremberg.
 18. Dans les hypothèses de contrats entre laboratoires et personnes publiques notamment.
 19. La bioéquivalence signifie grosso modo que le médicament générique a les mêmes effets, sa preuve est indispensable pour la mise sur le marché de ce dernier.
 20. Ce procès, commencé en janvier 2007, opposait le laboratoire Novartis aux « génériqueurs » indiens qui souhaitaient copier un médicament (le glivex) anti-cancéreux : le litige portait précisément sur la réalité de l'innovation (consistant dans la modification de la formule chimique du principe actif), donc sur la condition de la brevetabilité, et non sur le principe de celle-ci : la Haute Cour de Justice de Chennai a débouté Novartis le 6 août 2007, en décidant qu'aucun brevet ne pouvait être déposé sur la nouvelle formule.
 21. La fabrication de médicaments demande des moyens technologiques et financiers qui la mettent hors de portée d'un grand nombre de pays.
 22. Cf site de l'OMC, et mediaterre.org/afrique-centrale/genpdf, consulté en novembre 2007.
 23. Cf Droit et santé en Afrique, 1^{ère} animation scientifique régionale du réseau « droit de la santé » de l'Agence universitaire de la francophonie – Etudes hospitalières, Bordeaux, 2006.
 24. Voir les textes de ces accords sur ustr.gov (en anglais), et sur le site de l'OMC.
 25. Cf Rousseau, *Le contrat social*.
-

RÉSUMÉS

La santé constitue un domaine dans lequel les notions de bien commun ou de bien public mondial sont particulièrement pertinentes. Il faut cependant préciser de quels biens il est question. A titre d'exemple, le droit français comporte des notions susceptibles de qualifier le droit aux soins (comme droit inaliénable), ou le médicament, objet de propriété intellectuelle comme de propriété « traditionnelle ». Un droit international des biens de santé peut de la même manière être fondé sur un droit d'usage de chacun sur la molécule qui est la même dans le médicament générique et celui de marque. Une procédure d'accès équivalent aux produits, brevetés ou non,

pourrait être mise en œuvre par principe dès la découverte, afin de parvenir rapidement à des prix équitables.

Health is a field particularly suitable for notions as commons or public goods. It is necessary however to know which goods may be concerned. For instance, French lawyers use concepts which can be used in order to qualify right to care (as an inalienable right), or medicine as an object of intellectual property as well as “traditional” one. An international law for health goods could be also based on a right of use for each person on the molecule which is the same in the generic drug or in the patented one. A process of “equivalent access” to licensed or free products could be initiated, from the discovery itself to the use, in order to obtain rapidly fair prices.

INDEX

Mots-clés : santé, bien commun, propriété, médicament, brevet, générique, droit d'accès

Keywords : health, commons, property, drug, patent, free drug, right of access

AUTEUR

ISABELLE MOINE-DUPOUIS

Isabelle Moine-Dupuis est Juriste à l'Université de Bourgogne, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)