

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA RHÉTORIQUE DES DROITS HUMAINS DANS LE DÉBAT SUR LA DÉROGATION À
CERTAINES DISPOSITIONS DE L'ACCORD SUR LES ADPIC PROPOSÉE À L'OMC
LORS DE LA PANDÉMIE DE COVID-19

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

EMMANUELLE BAHARY

JANVIER 2026

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.12-2023). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon directeur de mémoire Rémi Bachand pour son accompagnement, son expertise, ses conseils, sa patience et son dévouement tout au long de la rédaction. Son encadrement et sa passion ont été essentiels dans l'élaboration de ce travail de recherche.

Je tiens également à remercier ma famille, mes amis et mes collègues de travail pour leurs encouragements qui ont grandement soutenu ma motivation. Leur présence et leur support firent tout la différence dans mon expérience de rédaction.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	ii
RÉSUMÉ	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 Cadre théorique	22
1.1 Introduction	22
1.2 Le droit comme langage et l'argumentation	23
1.2.1 L'indétermination du droit	23
1.2.2 Les institutions et leurs préjugés structurels	26
1.3 Les droits humains.....	29
1.3.1 L'indétermination des droits humains	30
1.3.2 L'instrumentalisation des droits humains : quelles implications politiques?.....	33
1.3.3 La rhétorique de l'urgence et détourner l'attention des causes structurelles	36
1.4 La rhétorique des droits humains, la technique et l'expertise.....	38
1.4.1 De l'indétermination du droit à la gouvernance par l'expertise.....	38
1.4.2 La technique et la mise en œuvre des droits humains.....	42
1.5 Conclusion.....	43
CHAPITRE 2 Le discours en défaveur de la Dérogation	45
2.1 Introduction	45
2.2 Droits humains et propriété intellectuelle	47
2.2.1 Fondements théoriques des droits humains et de la propriété intellectuelle	47
2.2.2 Le(s) droit(s) à la propriété intellectuelle	53
2.3 Les arguments économiques.....	54
2.3.1 Le fonctionnement de la propriété intellectuelle	56
2.3.2 L'abordabilité des produits de santé.....	61
2.3.3 Les capacités de production du Tiers-Monde	65
2.4 Les arguments juridiques.....	67
2.4.1 La propriété intellectuelle pour le droit à la santé	68
2.4.2 Le système de licences obligatoires.....	73
2.5 Conclusion.....	75
CHAPITRE 3 Le discours en faveur de la Dérogation	78
3.1 Introduction	78
3.2 Les droits humains et la Dérogation	79

3.2.1	Les droits économiques, sociaux et culturels	80
3.2.2	L'approche coopérative dans le contexte de la pandémie	86
3.2.3	Les droits humains en situation d'urgence	88
3.3	Les arguments économiques.....	91
3.3.1	L'interférence des droits de propriété intellectuelle avec la santé.....	92
3.3.2	Démystifier les bons effets de la PI sur l'innovation et l'accès aux médicaments	93
3.3.3	Promouvoir les bons effets du partage de technologie à grande échelle.....	98
3.4	Les arguments juridiques.....	101
3.4.1	Le nationalisme vaccinal	102
3.4.2	Les obstacles politiques aux licences obligatoires.....	105
3.4.3	Obstacles politiques à l'utilisation des flexibilités	107
3.5	Conclusion.....	111
CONCLUSION		113
BIBLIOGRAPHIE.....		127

RÉSUMÉ

Ce mémoire est une analyse argumentative des discours présentés à l'OMC en faveur et en défaveur de la Dérogation proposée le 2 octobre 2020 par l'Inde et l'Afrique du Sud. Cette dernière avait comme objectif de suspendre pour la durée de la pandémie de COVID-19 certaines dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* pour préserver la santé publique et remédier à l'iniquité vaccinale. Elle se base sur l'idée controversée selon laquelle l'Accord interfère avec un accès abordable et équitable aux produits de santé à l'échelle mondiale. Le cadre théorique utilisé servira à conceptualiser une rhétorique des droits humains, un modèle argumentatif reposant sur l'instrumentalisation à des fins de justification de politiques économiques. Ce modèle argumentatif a la particularité d'utiliser l'indétermination du droit, des droits humains et de la technique pour formuler de multiples réponses contradictoires simultanément valides, ainsi que la prétention à l'objectivité de l'aspect formel du droit, fondamental des droits humains et scientifique de la technique pour apparaître apolitique et non-arbitraire. En recadrant ces discours dans le modèle proposé, nous verrons que l'instrumentalisation des droits humains contient plusieurs problèmes, notamment la légitimation d'arguments opposés pouvant autant être destinés à la réalisation du droit qu'à la défense d'intérêts entrant en conflit avec son objet.

Mots clés : approches critiques – propriété intellectuelle – analyse discursive – droits humains – rhétorique des droits humains

ABSTRACT

This memoir is an argumentative analysis of the narratives presented at the WTO in favor or against the Derogation submitted by India and South Africa on October 2nd, 2020. The latter aimed to suspend some of the WTO TRIPS Agreement dispositions for the duration of the COVID-19 pandemic to preserve public health as well as serving as a remedy to vaccinal inequity. It is based on the controverted idea that the Agreement interferes with an affordable and equitable access to health products at a global scale. The theoretical framework will contribute to conceptualize a human rights rhetoric, an argumentative model based on the instrumentalization of human rights to justify economic policies. This argumentative model uses law, human rights and technical indeterminacy to formulate multiple simultaneously valid contradictory answers, and the claim to objectivity of the formal aspect of the law, the fundamental aspect of human rights and the scientific aspect of expertise to seem non-political and non arbitrary. By reframing these narratives in the proposed model, we'll see that human rights instrumentalization is problematic at multiple levels, notably the legitimization of opposed arguments that can be destined as much to the law's realization as to the promotion of interests that are at odds with its object..

Keywords : critical approaches – intellectual property – argumentative analysis – human rights – human rights rhetoric

INTRODUCTION

La planification de la réponse appropriée à la pandémie de COVID-19 a fait l'objet de beaucoup de discussions sur la scène internationale. L'une d'entre elle fut un débat ayant eu lieu à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et destiné à déterminer s'il fallait suspendre ou non certaines dispositions de *l'Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC)*¹ appliquées aux médicaments durant la crise sanitaire. Une dérogation proposée le 2 octobre 2020 par l'Inde et l'Afrique du Sud (ci-après, la Dérogation)² avait comme objectif de faciliter l'accès aux produits de santé et de minimiser les conséquences de la pandémie et y mettre fin plus rapidement possible. Sur la page de l'OMC destinée à la question du système de propriété intellectuelle (PI) instauré par *l'Accord sur les ADPIC* en lien avec la pandémie de COVID-19 est décrit l'objet de ces désaccords :

La manière dont un système de propriété intellectuelle (PI) est conçu au niveau national ou régional – et l'efficacité de sa mise en œuvre - peut jouer un rôle important en facilitant l'accès aux technologies existantes et en soutenant la création, la mise au point et la diffusion de nouvelles technologies, telles que des médicaments, des vaccins et des dispositifs médicaux, en réponse à la pandémie de COVID-19. Cette question – la relation entre la PI et la réponse à la pandémie – a suscité de vifs débats à l'OMC et en dehors et constitue pour les Membres de l'OMC une priorité en matière d'assistance technique et d'appui aux politiques³.

Il y avait consensus quant au fait qu'il fallait maximiser la réponse à la pandémie pour protéger la population mondiale contre la maladie en garantissant l'accès mondial aux produits de santé. Or, l'accès aux médicaments essentiels étant un droit inclut dans le droit à la santé⁴, nous considérons que cette discussion s'inscrit dans l'objectif plus général d'assurer le meilleur état de santé

¹ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, Ann. 1C (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

² OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Dérogation à certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC pour la prévention, l'endigement et le traitement de la COVID-19*, Doc. IP/C/W/669 [OMC, *Dérogation*], au para 12.

³ OMC, « ADPIC, le système de propriété intellectuelle et la COVID-19 », en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_and_covid19_f.htm> [OMC, *ADPIC, le système de propriété intellectuelle et la COVID-19*].

⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Fiche d'information no 31, Le droit à la santé*, Organisation mondiale de la santé [HCNUDH, *Fiche no 31*], à la p 4.

réalisable de la population mondiale en contexte de pandémie, dans la défense contre une crise sanitaire. La coopération trilatérale entre l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), l'OMC et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et les travaux qui en sont issus sont vitaux pour comprendre l'étendue multifactorielle de ce problème. Leur objectif est de « servir de référence aux décideurs au sens le plus large du terme [...] souhaitant obtenir une présentation complète de l'ensemble des questions, y compris sur les institutions et les concepts juridiques dont ils sont peut-être peu familiers⁵», témoignant d'une certaine obscurité des liens techniques entre la santé, la PI et les méthodes de gouvernance. Son document *Une approche intégrée de la santé, du commerce et de la PI pour faire face à la pandémie de COVID-19* a tout d'abord affirmé que :

Malgré les avancées enregistrées récemment dans le domaine sanitaire, la santé et le bien-être des populations des quatre coins de la planète demeurent soumis à des menaces complexes et intriquées qui sont profondément ancrées dans les déterminants sociaux, économiques, politiques et environnementaux de la santé⁶.

On mentionne ensuite les résolutions des Nations Unies (NU) en réponse à la pandémie de COVID-19 qui affirment que l'accès équitable aux médicaments doit être une priorité mondiale⁷. En résumé, ces documents ont désigné la coopération internationale et le multilatéralisme comme les moyens de réaliser un accès abordable rapide et équitable aux produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19. Cet objectif d'éliminer l'iniquité vaccinale constitue une priorité mondiale. Ils ont également encouragé l'innovation ouverte et le partage de technologies et ce, conformément aux dispositions de l'*Accord sur les ADPIC*. Ils ont également exprimé le souhait de réaliser la

⁵ OMC, dir, *Une approche intégrée de la santé, du commerce et de la PI pour faire face à la pandémie de COVID-19: Deuxième mise à jour, mai 2023*, Erscheinungsort nicht ermittelbar, WTO, 2024 [OMC, *Une approche intégrée du commerce et de la PI*] à la p 2.

⁶ *Ibid* à la p 3.

⁷ Voir *Garantir à tous les pays un accès équitable, rapide et universel, à un coût abordable, aux vaccins mis au point pour lutter contre la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19)*, Doc off AG NU, 76e sess, A/RES/76/175 (2022); *Solidarité mondiale dans la lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19)*, Doc off AG NU, 74e sess, supp n1, A/RES/74/270 (2020) [*Solidarité mondiale dans la lutte contre la COVID-19*]; *Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19*, Doc off AG NU, 74e sess, A/RES/74/274 (2020) [*Coopération visant à assurer l'accès mondial au matériel contre la COVID-19*]; *Riposte à la COVID-19*, Doc off OMS, 73e Assemblée mondiale de la santé, WHA73.1 (2020) [OMS, *Riposte à la COVID-19*]; *Renforcer la production locale de médicaments et d'autres technologies sanitaires pour en améliorer l'accès*, Doc off OMS, 74e Assemblée mondiale de la santé, WHA74.6 (2021); *Renforcement de la préparation et de la riposte de l'OMS aux urgences sanitaires*, Doc off OMS, 74e Assemblée mondiale de la santé, WHA74.7 (2021); *Garantir à tous les pays un accès équitable, rapide et universel, à un coût abordable, aux vaccins mis au point pour lutter contre la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19)*, Doc off AG NU, 49e session, A/HR/RES/49/25 (2022).

répartition équitable des capacités de production pharmaceutique et fait valoir une interprétation de l'Accord destinée à soutenir le droit des États à garantir la santé publique et encourager l'innovation et la distribution des produits de santé. Ils ont également offert un soutien technique pour recourir aux dispositions de l'Accord et ont demandé à l'OMS de développer des stratégies de recherche pour le développement de médicaments et leur distribution équitable.

Comme l'affirme Alicia Ely Yamin, les questions d'économie politique influencent grandement la « distribution de la santé et des maladies » à travers les sociétés. À partir du moment où l'organisation du pouvoir se fait par l'élaboration intentionnelle de politiques spécifiques, l'état de santé peut refléter des asymétries de pouvoir⁸. La question des stratégies économiques et industrielles à adopter pour la maximisation de la santé de la population mondiale fut débattue lors de négociations menées à l'OMC. Le Conseil des ADPIC fit figure d'enceinte d'échanges entre les acteurs aux positions divergentes⁹. On a identifié les informations sur le système des ADPIC comme étant « la base empirique essentielle pour l'élaboration des politiques dans un environnement commercial en pleine évolution, dans l'intérêt mutuel de toutes les parties prenantes¹⁰ ». En résumé, d'une part on affirmait que la conservation de la PI était nécessaire à l'innovation dans le secteur médicale et d'autre part, on estimait que le droit d'exclusivité sur le savoir technologique était inadapté en temps de pandémie mondiale, circonstances exceptionnelles en vertu desquelles il fallait partager ce dernier à tous les fabricants pour garantir un approvisionnement maximal. L'OMPI entend par PI les « œuvres de l'esprit » utilisées dans le commerce. Sa protection par le droit permet à leurs créateurs de « tirer une reconnaissance ou un avantage financier de leurs inventions ou créations ». Dans la définition fournie par l'Organisation, on affirme qu'en « conciliant de manière appropriée les intérêts des innovateurs et ceux du grand public, le système de la propriété intellectuelle vise à favoriser un environnement propice à l'épanouissement de la créativité et de l'innovation »¹¹. Comment les négociations ayant eu lieu à

⁸ Alicia Ely Yamin, « The right to health », dans Jackie Dugard et al. dir, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 159 [Ely Yamin] à la p 160.

⁹ Voir par exemple OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Groupe de travail du commerce et du transfert de technologie, *Propriété intellectuelle, licences volontaires et transferts de technologie* (2 octobre 2023), OMC Doc IP/C/W/704/Rev.1 [OMC, PI, licences volontaires et transferts de technologie], au para. 2.

¹⁰ OMC, ADPIC, *le système de propriété intellectuelle et la COVID-19*, supra note 3.

¹¹ OMPI, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle? », en ligne : <<https://www.wipo.int/fr/web/about-ip>>.

l'OMC, entre les acteurs cherchant à faire valoir leurs positions en faveur ou en défaveur d'une suspension temporaire des droits de PI se sont-elles déroulées?

Contexte pandémique : les Conférences ministérielles et la Dérogation

Des préoccupations en lien avec les potentiels effets néfastes de l'Accord sur les ADPIC ont été exprimées le 2 octobre 2020 avec la soumission au Conseil des ADPIC d'une proposition de dérogation à l'Accord par l'Inde et l'Afrique du Sud. Cette dernière suggérait, dans le contexte de circonstances exceptionnelles liées au contexte sanitaire, de déroger à certaines mesures de l'Accord pour permettre la prévention, l'endiguement et le traitement de la COVID-19. Elle avait comme objectif de permettre à des fabricants de se munir de la technologie nécessaire pour produire les produits de santé destinés à la lutte contre la pandémie, d'augmenter les stocks par l'accélération de la production et de diminuer les coûts de ces traitements¹². La communication proposait que :

Les obligations des Membres de mettre en œuvre ou d'appliquer les sections 1, 4, 5 et 7 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC, ou de faire respecter ces sections au titre de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC, feront l'objet d'une dérogation en ce qui concerne la prévention, l'endiguement ou le traitement de la COVID-19 pendant [X] ans à compter de la décision du Conseil général¹³.

Ces sections se rapportent aux droits d'auteur, aux dessins et aux modèles industriels, aux brevets et à la protection des renseignements non divulgués. L'administration étatsunienne de Joe Biden et la représentante au commerce Katherine Tai ont exprimé leur soutien à la proposition le 5 mai 2021¹⁴, s'ajoutant au soutien précédemment exprimé par 100 autres États. Les coauteurs de la Dérogation ont par la suite présenté une proposition révisée le 21 mai 2021, répondant aux préoccupations formulées à l'endroit du libellé jugé trop large de la version initiale, concentrant ainsi la suspension des droits de PI sur les « produits et technologies de santé¹⁵ ». L'Union Européenne (UE) s'est toutefois opposée à cette initiative en présentant un projet de déclaration le

¹² OMC, *Dérogation*, *supra* note 2, au para 12.

¹³ *Ibid*, au para 1.

¹⁴ Thiru Balasubramaniam, « Les négociations relatives à la dérogation à l'Accord ADPIC demeurent incertaines en amont de la CM12 », *International Institute for Sustainable Development* (7 juin 2022) , en ligne : <https://www.iisd.org/fr/node/16626> [Balasubramaniam, *Les négociations demeurent incertaines*].

¹⁵ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2, au para 4.

4 juin 2021 qui réaffirmait, en reprenant la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*¹⁶, la non-interférence du système de PI avec la capacité des États à prendre des mesures pour garantir la santé publique¹⁷. Le 18 juin 2021 fut présenté par l'UE un nouveau projet de déclaration qui reconnaissait que la situation sanitaire, du fait de la gravité, se qualifiait juridiquement en tant qu'urgence, ce qui permettrait l'utilisation des flexibilités de l'Accord prévues pour protéger la santé publique. Elle encourageait cependant à fournir des rémunérations abordables en compensation aux détenteurs de brevets et simplifiait le processus de notification mandatoire¹⁸.

Les négociations entre États Parties destinées à déterminer si la Dérogation serait adoptée ou non devaient débiter au cours de la douzième conférence ministérielle de l'OMC (CM12) mais la tenue de cette dernière fut reportée à plusieurs reprises durant deux ans. Des négociations informelles entre l'Afrique du Sud, les États-Unis, l'Inde et l'UE furent organisées à partir de novembre 2021 pour accélérer l'arrivée à un consensus. En mars 2022, un texte divulgué fit l'objet de vives critiques dans la mesure où il diluait et diminuait grandement les dispositions proposées dans le texte de la Dérogation¹⁹. Le 3 mai 2022 fut publié le texte formel de la Communication du Président du Conseil des ADPIC, quasi identique au texte divulgué²⁰, document avait davantage l'apparence d'une décision de l'OMC issue des négociations quadrilatérales qu'une dérogation. L'UE fut le seul acteur à l'approuver directement, étant très semblable au projet de déclaration qu'elle avait soumis le 18 juin 2021 en réponse au texte de la Dérogation. Malgré l'incertitude quant à l'approbation du texte, il fut rendu public pour la tenue de la CM12 en tant que possible alternative

¹⁶ OMC, *Déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, 14 novembre 2001, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/2 [*Déclaration de Doha sur les ADPIC*].

¹⁷ OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Réponses d'urgence en matière de politique commerciale à la crise de la COVID-19 : Propriété intellectuelle* (4 juin 2021), OMC Doc IP/C/W/680 [OMC, *Réponses d'urgence*].

¹⁸ OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Projet de déclaration du conseil général sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique dans les circonstances d'une pandémie* (18 juin 2021), OMC Doc IP/C/W/681 [OMC, *Projet de déclaration*].

¹⁹ Balasubramaniam, *Les négociations demeurent incertaines*, *supra* note 14. Voir aussi « Briefing Paper : Comments on the leaked draft text of discussions facilitated by the Director-General of the World Trade Organization with respect to the TRIPS Waiver proposal », *Third World Network*, (avril 2022) [*Third World Network*, Briefing Paper].

²⁰ OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Communication du Président* (3 mai 2022), OMC Doc IP/C/W/688.

au texte de la Dérogation proposée et a suscité l'inquiétude du fait de sa marge d'action et de son éventuelle effectivité. Selon ses critiques, le texte proposé complexifiait les flexibilités présentes dans l'*Accord sur les ADPIC* et était à l'image d'un système dont les dispositions destinées à sauvegarder la santé publique étaient impraticables. La Dérogation proposée suggérait de lever les barrières au partage de technologies sur un large spectre d'éléments, comme les brevets, les renseignements non divulgués, les droits d'auteur et les modèles industriels. Il s'éloigne du contenu de la Dérogation du 2 octobre et reprend plutôt la rigidité des positions de l'UE exprimée dans sa proposition de déclaration du 18 juin 2021, notamment en remettant les mécanismes d'octroi de licences obligatoires au centre du texte en affirmant que la suspension des droits de PI devrait être limitée aux vaccins. Il installe également un critère d'éligibilité des Membres pour l'utilisation de la Dérogation. Selon les commentateurs du *Third World Network*, ce n'est pas suffisant pour permettre aux autres fabricants de produire et de réduire l'iniquité vaccinale. L'ambiguïté juridique notamment aux regards de l'éligibilité des États Membres pour l'applicabilité de la Dérogation, de nouvelles mesures additionnelles à celles contenues dans l'Accord de l'OMC et l'application limitée aux vaccins anti-COVID et non à tous les produits de santé destinés à la lutte contre la pandémie ont semé des préoccupations²¹.

Pendant la CM12 fut adoptée la Décision ministérielle sur l'*Accord sur les ADPIC* en date du 17 juin 2022, et est presque identique au document divulgué²². La treizième Conférence ministérielle de l'OMC (CM13) ayant eu lieu du 26 février au 2 mars 2024, était destinée à déterminer si les dispositions de la Décision du 17 juin 2022 seraient étendues aux autres produits de santé que les vaccins, mais aucun consensus n'a pu être obtenu quant à une potentielle extension²³. Ainsi, une initiative pour suspendre urgemment mais temporairement les effets d'un accord de l'OMC a été grandement et laborieusement discuté, en raison de désaccords profonds sur les effets économiques de l'instrument juridique. Considérant des dynamiques interétatiques déjà difficiles à l'OMC, l'incapacité de cette dernière à répondre rapidement et convenablement à la pandémie vis-à-vis du

²¹ Siva Thambisetty et al, « The COVID-19 TRIPS Waiver Process in Critical Review: An Appraisal of the WTO DG Text (IP/C/W/688) and Recommendations for Minimum Modifications » (2022), en ligne : <<https://www.ssrn.com/abstract=4124497>>, à la p 4. Voir aussi *Third World Network*, Briefing Paper, *supra* note 19.

²² OMC, Conférence ministérielle, *Décision ministérielle sur l'Accord sur les ADPIC* (adoptée le 17 juin 2022), OMC Doc WT/MIN(22)/30.

²³ OMC, « 13ème Conférence ministérielle : Note d'information - Propriété intellectuelle » (avril 2024), en ligne: <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc13_f/briefing_notes_f/trips_f.htm>.

supposé conflit juridique entre l'accès aux médicaments et la propriété intellectuelle pouvait « inciter les membres à questionner la pertinence de l'organisation dans la réponse aux besoins urgents de ses membres²⁴ ». Mais Duncan Matthews, dans son article « Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health », a démontré que les activités récentes de l'OMS ont ranimé ces tensions entre les droits de PI et le droit à la santé qui existaient depuis longtemps et qu'il estime susceptibles de persister à l'avenir²⁵. La pandémie survient dans un contexte d'augmentation de l'utilisation des droits de PI et du développement de régimes juridiques additionnels aux ADPIC, lié à un désir de sécurité de la part des investisseurs intéressés par les entreprises de plus en plus globalisées²⁶. Nous verrons plus loin que ces augmentations s'expriment notamment par des stratégies de prolongation et de multiplication des droits de PI pour bloquer l'utilisation du savoir technologique. Dans quel contexte juridique et politique ces discussions sont-elles survenues? Quel est l'historique, à l'OMC, de la question des liens entre la propriété intellectuelle et la santé publique?

Contexte juridique et politique à l'OMC : l'accès aux médicaments et les ADPIC

L'*Accord sur les ADPIC* est une annexe de l'*Accord de Marrakech instituant l'OMC* et est né d'une initiative étatsunienne destinée à internationaliser le droit à la PI selon ses standards. L'élaboration de cet instrument juridique puisait dans le droit étatsunien et permettait de rendre plus contraignant le système de PI à travers l'OMC et son organe de règlement des différends²⁷. Durant les négociations du cycle d'Uruguay entre 1986 et 1994 – soit le cycle ayant mené à l'institution de l'OMC –, les États-Unis exerçaient une influence particulièrement forte au forum du GATT. Les négociations furent conclues le 15 avril 1994, en rendant l'adoption de l'*Accord sur les ADPIC* obligatoire pour tous les Membres de l'OMC, mettant en place une forme de système de protection

²⁴ Balasubramaniam, *Les négociations demeurent incertaines*, supra note 14.

²⁵ Duncan Matthews, « Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health » dans Willem Grosheide dir. *Intellectual Property and Human Rights Intellectual Property and Human Rights : A Paradox*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2010, 328.

²⁶ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Propriété intellectuelle et innovation : Coopération transfrontières entre les offices de propriété intellectuelle* (3 mars 2023) Doc OMC IP/C/W/697.

²⁷ Jean-Marc Thouvenin et Anne Trebilcock, *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Nanterre, Bruylant ; CEDIN, 2013 [Thouvenin et Trebilcock] à la p 1813.

de la PI et marquant le début de l'utilisation des brevets pharmaceutiques pour la plupart des pays du Tiers-Monde²⁸. Lors des négociations, les États Membres furent divisés en fonction de leur volonté d'exempter ou non certains secteurs de protections strictes des droits de PI pour laisser place à des systèmes de droit plus flexibles. Les pays du Tiers-Monde comme l'Inde, le Nigeria, le Mexique, l'Uruguay et l'Argentine ont proposé que les produits pharmaceutiques soient complètement exemptés de l'obligation d'être protégés par des brevets ou que la protection des brevets à leur endroit se fasse à la discrétion des États. La plupart des pays du Tiers-Monde ne permettaient pas l'octroi de brevets pour les produits pharmaceutiques avant le cycle d'Uruguay. Au contraire, les États-Unis et plusieurs pays Européens ont proposé d'inclure tous les secteurs technologiques dans l'*Accord sur les ADPIC*²⁹. Cette division se rapportait à des préoccupations sur l'accès aux médicaments. L'obligation de garantir des brevets pour les produits pharmaceutiques résulterait en la création d'un monopole pharmaceutique. Des États formulèrent des inquiétudes à l'égard du respect du droit à la santé³⁰. Pour certains auteurs, l'*Accord sur les ADPIC* fut le résultat de mécanismes de négociations asymétriques et un régime de droit très robuste fut adopté aux dépens des intérêts sociaux économiques des pays du Tiers-Monde. Avec l'objectif d'étendre la protection des brevets sur les médicaments déjà existants dans les pays « développés » aux pays « moins développés », les firmes étatsuniennes ont fait valoir leurs intérêts dans les négociations. L'Accord fut adopté de manière à couvrir les secteurs ayant été sélectionnés par les pays Occidentaux³¹. On a donc assisté à l'émergence d'un monopole à l'échelle mondiale et la concentration de l'industrie pharmaceutique en Occident. Ce dernier a été créé par l'expansion des droits de PI et l'augmentation de leur pratique. Malgré les contestations des pays du Tiers-Monde qui dénonçaient une monopolisation du savoir technologique et de sa marchandisation, la

²⁸ Morris K Odeh, « Rethinking the Pharmaceutical Knowledge- Economy: Patents, the TRIPS Agreement, and Skewed Utilitarianism in the Evolving Ideological Paradigms » (2024) 4:Automne 2024 *African Journal of International Economic Law* [Odeh] p 74.

²⁹ *Ibid* à la p 92.

³⁰ Holger P Hestermeyer, « Economic, Social, and Cultural Rights in the World Trade Organization : Legal Aspects and Practice » dans Christophe Golay, Eibe Riedel et Gilles Giacca, dir, *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014 260 [Hestermeyer], p 281.

³¹ Odeh, *supra* note 28 à la p 92.

recherche médicale, centralisée, s'est concentrée sur les maladies et problèmes de santé affligeant les pays occidentaux et laissant de côté les pays plus pauvres³².

À la fin des années 1990, les organisations pour les droits humains commencèrent à lier une forte application des droits de Pi à un accès amoindri aux médicaments³³. En 2000, la Sous-commission des droits de l'Homme adopta une résolution dans laquelle elle estime que l'*Accord sur les ADPIC* :

[N]e rend pas compte comme il convient de la nature fondamentale et de l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, notamment le droit de chacun de jouir des bienfaits des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à l'autodétermination, il y a des conflits apparents entre le régime relatif aux droits de propriété intellectuelle contenu dans l'Accord, d'une part, et le droit international relatif aux droits de l'homme, de l'autre³⁴.

Elle prôna la primauté des droits humains et demanda aux États de légiférer en conséquence et aux organisations internationales de coopérer pour prioriser la réalisation des droits humains. Un agenda fut mis sur pied dans la perspective de faire réaliser cette primauté, consistant en l'adoption de résolutions par la Commission des droits de l'Homme, l'analyse des ADPIC par le Haut-Commissariat des droits de l'Homme et une déclaration du Conseil des DESC. Certains de ces travaux critiquent l'*Accord sur les ADPIC* et les règles de protection de PI expansives, mais d'autres identifient au contraire des objectifs communs entre le régime de droits humains et de PI et cherchent à proposer une interprétation de l'Accord qui respecte et promeut les droits humains³⁵. On amena le propos au Conseil des ADPIC en 2001 qui décida de tenir des discussions spéciales durant le cycle de Doha. Plusieurs pays du Tiers-Monde ont alors fait valoir les articles 2 et 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC)*³⁶ portant sur

³² Stephen Gill « Market Civilization and New World Order » dans Stephen Gill et Claire Cutler dir. *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

³³ *Déclaration de Doha sur les ADPIC*, supra note 16.

³⁴ Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Droits de propriété intellectuelle et droits de l'homme*, Rés. 2000/7, en ligne : HCDH <https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8200> [SCDHNU, *Droits de PI et droits de l'homme*], préambule.

³⁵ Laurence R Helfer, « Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-Existence? » (2004) 22:2 *Netherlands Quarterly of Human Rights* [Helfer] à la p 175.

³⁶ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada 19 août 1976) [PIDESC].

l'exercice des droits contenus dans le traité et sur le droit à la santé, l'intervention éventuelle du Comité des droits économiques sociaux et culturels (DESC) et la primauté des droits humains³⁷.

Ces discussions ont donné lieu à des négociations à l'OMC. On mit en place des flexibilités aux articles 30 et 31 de l'Accord qui ont permis aux États de faire exception à leurs obligations en matière de protection de la PI pour garantir leur santé publique. L'adoption de la *Déclaration de Doha* en 2001 affirmait que l'Accord ne portait pas préjudice au droit à la santé et prônait une interprétation du traité telle qu'elle n'interférerait en aucun cas avec la santé publique. À la suite de cette clarification de l'*Accord sur les ADPIC*, on adopta une dérogation en 2003 qui permettait aux pays du Tiers-Monde sans capacités de production d'importer des génériques. Elle fut transformée en amendement à l'Accord en 2017, lequel devait donner aux pays importateurs et exportateurs les moyens d'outrepasser leurs obligations en matière de PI. Cette dernière disposition se veut l'incarnation d'un équilibre dans l'*Accord sur les ADPIC* entre PI et accès aux médicaments, le moyen pour les États sans capacités de production pharmaceutique – l'Accord interdisait l'utilisation de licences obligatoires à des fins d'exportation – à utiliser l'article 31 de l'Accord, d'où la création de l'article 31 *bis*. Carlos Correa – avocat et économiste professeur à l'Université de Buenos Aires ayant participé aux négociations du cycle d'Uruguay – a estimé que les effets de ces amendements étaient une avancée, mais qu'il serait toutefois nécessaire de simplifier les procédures pour s'en servir efficacement³⁸. Les étapes nécessaires à l'entrée en vigueur des flexibilités, notamment la négociation de licences volontaires, impliquaient des délais associés à de lourdes procédures³⁹. Les pays du Tiers-Monde sont donc restés dubitatifs, notamment en raison de certaines ambiguïtés relativement aux moyens les plus efficaces de se procurer des médicaments abordables :

Par exemple, les fabricants de médicaments génériques et les gouvernements ont rencontré des difficultés à conclure des partenariats pour l'obtention de licences dans l'absence d'étapes claires aux procédures législatives et administratives, qui aideraient à établir des mécanismes clairs de prise de décision et de responsabilité. Également,

³⁷ *Déclaration de Doha sur les ADPIC*, supra note 16.

³⁸ Carlos Correa, *Policy Brief 57 : Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines?*, South Center, 2019.

³⁹ Muhammad Zaheer Abbas & Shamreeza Riaz, « Pro-Access Amendment to the WTO TRIPS Agreement: Will affordable access to essential medicines remain a pipe dream for poor countries? » (2017) 12:6 *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 451 [Zaheer Abbas & Riaz].

fixer une compensation adéquate, comme prévu par l'article 31(h) de l'Accord sur les ADPIC, n'a jamais été prévisible ou facile à administrer. De plus, et d'importance similaire, d'autres questions persistent, notamment quels pays se qualifient pour des importations parallèles, comment composer avec les complexités des accords d'octroi de licences, assurer la rapidité lors des urgences de santé publique, et coopérer avec les compagnies pharmaceutiques, alors que ces dernières ont peu d'incitatifs à la coopération [notre traduction]⁴⁰.

En 2010, l'observation annuelle de la mise en œuvre de l'article 31 *bis* de l'Accord a mis en lumière l'utilisation par le Rwanda de cette mesure permettant un système de licence obligatoire, à l'endroit de l'entreprise canadienne TrivAvir®. Nicholas Vincent, dans son article sur l'échec de l'article 31 *bis* écrit ainsi que les délais observés étaient incompatibles avec l'action requise en situation d'urgence, ont provoqué une inquiétude chez les utilisateurs futurs et une désincitation à l'utilisation des flexibilités⁴¹. Le fait que l'acquisition d'une licence obligatoire soit temporaire et doive être renouvelée désincite également les fabricants de produits génériques à s'en munir⁴². Le Canada affirma toutefois que les livraisons de produits TriAvir® destinés au traitement contre le SIDA au Rwanda s'étaient faites de manière « efficace, effective et opportune » et ce même s'il a fallu trois ans pour obtenir la livraison finale⁴³. Le Régime canadien d'accès aux médicaments (RCAM), soit le système interne permettant l'octroi de licences obligatoires de la part du Canada, est un mécanisme lourd en procédés bureaucratiques, qui fut dénoncé par le Rwanda comme étant « un système vise plutôt à compliquer l'accès aux médicaments en période d'urgence sanitaire »⁴⁴.

Force est de constater que les récits historiques recensés sur l'Accord sur les ADPIC mettent en lumière une lutte constante entre les États-Unis et l'Occident ayant voulu instaurer et maintenir un fort régime de PI international et le Tiers-Monde désirant diminuer la rigidité de ses mesures et faire valoir le droit de leurs populations à la santé. Les débats juridiques dépendent toutefois des observations pragmatiques l'on peut effectuer sur les dimensions économiques et sociales des

⁴⁰ Michael Trebilcock, « The TRIPS Vaccine Waiver Controversy » (12 juillet 2021), en ligne (WorldTradeLaw.net): *International Economic Law and Policy Blog* <<https://ielp.worldtradelaw.net/2021/07/guest-post-the-trips-vaccine-waiver-controversy.html>> [Trebilcock].

⁴¹ Nicholas Vincent, « TRIP-ing Up: The Failure of TRIPS Article 31bis » (2021) 2020 *Gonzaga Journal of International Law* 1 [Vincent] aux pp 19-21.

⁴² Zaheer Abbas & Riaz, *supra* note 39.

⁴³ Vincent, *supra* note 41.

⁴⁴ Marc-André Gagnon, « Vaccins : recherche publique, profits privés » (2021) 813 *Relations* 6 [Gagnon].

droits dont il est question. Un débat juridique sur un outil destiné à influencer le comportement des industries dépend inévitablement des visions d'économie politique des acteurs engagés dans la discussion dans la mesure où l'appréciation de faits pragmatiques s'organise tout de même dans une théorie sociale plus générale. Ainsi les débats sur les droits de PI sont aussi menés sur le terrain de la technique économique, soit des effets concrets de certaines mesures et législations sur l'environnement économique, le marché et l'industrie. Les discours entrent en opposition dans la mesure où ils présentent des appréciations différentes de son utilité en tant qu'instrument économique destiné à réaliser, à long terme, la maximisation des conditions de vie de la population mondiale par l'entremise du financement de la recherche, de l'innovation et du développement. Comment a-t-on historiquement décrit les liens entre les droits de PI et l'innovation?

Contexte historique : l'innovation et le développement

Une perspective de développement basée sur l'importance des transferts de technologie repose sur le caractère effervescent de l'innovation et la co-constitution des savoirs technologiques. La recherche et le développement s'effectuent toujours à partir de données scientifiques préexistantes et les transferts de technologie accélèrent donc le développement des différents secteurs. Le partage d'une culture scientifique ou la mise en commun des savoirs actualisent les sujets de recherche et investissent ainsi les recherches menées dans des sujets n'ayant pas encore été traités ailleurs. Toute monopolisation du savoir technologique constitue donc un obstacle au contact de certains chercheurs avec une base de données utile à partir de laquelle les prochaines innovations pourraient être effectuées de manière rapide. Bernard Rémiche dit à ce sujet que le processus de développement technologique d'un État requiert une période « d'apprentissage par copiage » des technologies venant d'ailleurs. Il relève qu'une multitude de pays aujourd'hui considérés comme étant développés ont traversé un processus de développement lors de périodes où ils bénéficiaient de législations peu protectrices en matière de brevets, ou même interdisaient explicitement la protection des travaux étrangers, pouvant s'industrialiser par mimétisme des innovations venues d'ailleurs⁴⁵. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont par exemple opté pour une stratégie de libéralisation du savoir technologique au moment de leur développement, permettant

⁴⁵ Bernard Rémiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI:1 *Revue internationale de droit économique* 83 [Rémiche] à la p 90.

l'établissement des infrastructures et des capacités technologiques aujourd'hui protégés par les droits de PI⁴⁶. Au XIX^e siècle, les États-Unis étaient un grand importateur de technologies et le copiage faisait partie de leur stratégie d'industrialisation. Lorsque les États-Unis ont compris que les brevets étrangers avaient le potentiel de limiter leur développement technologique, ils en ont interdit l'application au pays pour 46 ans dans l'objectif de maximiser l'accès aux technologies développées outre-mer. Lorsque cette interdiction fut levée en 1836, les frais associés aux brevets étaient dix fois plus élevés pour les étrangers que pour les citoyens étatsuniens jusqu'en 1861. Les États-Unis sont aujourd'hui le plus grand promoteur des droits de PI, présentant ce que Morris K. Odeh qualifie d'une attitude priorisant la « marchandisation du savoir et des paradigmes idéologiques orientés vers le marché devant l'accès au savoir et aux technologies⁴⁷».

Durant la seconde moitié du XIX^e siècle, le mécontentement de nations comme l'Allemagne, la Suisse, le Japon, le Danemark et le Pays-Bas à l'égard de l'interférence du système de brevets avec le libre commerce et la compétition devint répandu et fort. Elles affirmaient que les inventeurs n'avaient pas besoin de retours financiers pour innover et que la PI représentait ainsi un obstacle au bien-être public. L'intérêt des brevets fut remis en cause et discuté. Certains systèmes de PI furent abolis dans la vague du mouvement anti-brevet associé à un cadre normatif lié à l'idéologie du libre commerce et de l'utilitarisme économique. Ce mouvement fut stoppé en 1873 par le lobbying des compagnies pharmaceutiques et la crise économique. Les systèmes de PI refirent leur apparition, mais plusieurs des systèmes de PI de cette époque excluaient les médicaments du savoir brevetable⁴⁸. En Asie du Sud-Est, les premiers stades de développement de pays comme le Japon, la Corée et Taïwan se sont également déroulés lors d'une période où leurs systèmes de PI étaient faibles, ce qui permit la consommation de technologies étrangères et l'industrialisation. Ces régimes de PI ont facilité l'absorption de savoir technologique étranger par des firmes locales. Cela a également permis aux firmes locales de perfectionner ou d'adapter les technologies absorbées⁴⁹. À la fin du XIX^e siècle, les premières firmes pharmaceutiques ne dépendaient pas des retours de la PI pour financer leur recherche et le secret dans l'industrie était considéré comme non éthique.

⁴⁶ Odeh, *supra* note 28 à la p 100.

⁴⁷ *Ibid* p 68.

⁴⁸ Odeh, *supra* note 28 à la p 70.

⁴⁹ *Ibid* à la p 100.

Les universités étatsuniennes détenaient des politiques contre les brevets médicaux. Avec le temps, l'industrie pharmaceutique s'est divisée entre les acteurs qui endossaient ou rejetaient les brevets médicaux. Durant la Première guerre mondiale, les acteurs qui s'étaient opposés aux brevets ont commencé à épouser les protections de PI alors que les États ont identifié cette dernière comme étant un moyen de maximiser la croissance des entreprises. L'industrie pharmaceutique Occidentale a alors développé une forte dépendance à cet outil désormais jugé légitime⁵⁰. Dans les années 1960-1970, la PI était considérée comme « monopole, obstacle à une libre et forte concurrence », mais tolérée en tant qu'exception⁵¹ et ainsi peu de brevets furent administrés avant les années 1970, la pratique de protection des médicaments restant peu populaire même si les pays Occidentaux avaient commencé à l'autoriser⁵². Toutefois, les pays du Tiers-Monde sont restés hésitants à faire usage du brevetage médical. Cette attitude était le reflet d'un calcul selon lequel des droits privés à l'usage exclusif d'un savoir technologique causeraient plus de coûts que de bénéfices : on désirait élaborer des politiques permettant la fabrication de génériques à faibles coûts et limiter les possibilités qu'il existe un monopole des médicaments essentiels. Par exemple, après l'indépendance de l'Inde, la mise en place de la *Loi sur les brevets de 1970*⁵³ excluait les produits pharmaceutiques des produits brevetables ou alors ne les protégeait que pour une période de sept ans par opposition aux autres technologies protégées quatorze ans durant.

D'autres pays comme la Corée du Sud, le Brésil, l'Argentine et le Mexique optèrent pour des systèmes qui présentaient de faibles protections pour les médicaments durant les années 1960 et 1970. Cette approche rencontra une forte opposition de la part des firmes pharmaceutiques multinationales Occidentales, qui leur faisait des reproches de nature morale et économique, dénonçant une forme de piratage et un désavantage pour les pays Occidentaux. Les États-Unis se sont dotés d'un système appelé le « Spécial 301 » permettant au Représentant Étatsunien au commerce (USTR) de mener des investigations sur les pays desquels ils estimaient présenter des systèmes de protection de la PI trop faibles et imposer des sanctions à leur endroit⁵⁴. Entre les

⁵⁰ *Ibid* à la p 72.

⁵¹ *Rémiche, supra* note 45 à la p 90.

⁵² *Odeh, supra* note 28 à la p 71.

⁵³ *Loi sur les brevets* (Inde), 1970.

⁵⁴ *Odeh, supra* note 28 à la p 72.

années 1970 et 1990, les États-Unis ont utilisé ce système pour sanctionner plus d'une douzaine de pays, parvenant à faire pression sur les gouvernements pour qu'ils implantent des systèmes de PI qui allaient faire bénéficier leur industrie pharmaceutique. L'Inde, en raison de sa loi sur les brevets, figure donc sur la liste d'observation prioritaire du Spécial 301⁵⁵. La normalisation de l'usage de la PI s'est étendue à l'Europe, à l'Asie du Sud-Est et aux anciens pays de l'URSS après le développement technologique de ces pays durant les années 1980 et 1990⁵⁶. Une nouvelle analyse identifiait la PI non plus comme un obstacle à la concurrence mais « un outil extrêmement utile dans ce jeu de la concurrence ». Ce fut dans l'intérêt des pays plus avancés de renforcer le système de PI pour maintenir leur position dominante dans le secteur technologique et ce dernier fut donc consolidé au moment du cycle d'Uruguay⁵⁷. Selon les sources consultées, la volonté d'adopter ou non un fort système de PI dépend du « niveau de développement » de l'État dont il est question. Pour atteindre les niveaux d'industrialisation qu'ils connaissent aujourd'hui, il semblerait que tous les pays développés soient passés par une phase où les droits de PI étaient moindres pour importer des technologies étrangères, développer des infrastructures et innover. Nous pouvons en conclure que les pays aujourd'hui moins développés ne pourront connaître de processus de développement semblable sans une réduction ou une suspension des droits de PI et qu'une fracture technologique est entretenue à la fois par la protection des droits de PI et comme nous le verrons plus loin les mesures de droit économique destinées à faire appliquer la théorie des avantages comparatifs. Tout en gardant en tête que l'économie d'aujourd'hui est particulièrement dépendante de la gestion des données et des informations, cela mettrait en opposition les objectifs de riposte à la pandémie de COVID-19 plus tôt nommés de démocratiser et étendre les moyens de production à l'échelle globale et la conservation des droits de PI.

Problématique, question de recherche et hypothèses

Ces quelques remises en contexte historique, politique et juridique nous amènent à faire plusieurs constats sur l'histoire que l'on écrit sur les débats menés sur la scène internationale à propos de la potentielle interférence des droits de PI – et plus spécifiquement de l'*Accord sur les ADPIC* – avec

⁵⁵ *Ibid* à la p 73.

⁵⁶ *Ibid* à la p 71.

⁵⁷ *Rémiche, supra* note 45 à la p 90.

l'accès aux médicaments et donc la santé publique. Premièrement, dans un contexte d'urgence sanitaire, une partie de la population mondiale s'est mobilisée pour qu'on intervienne juridiquement et que l'on suspende temporairement des règles de droit international qui, selon certains, nuisent à la capacité des États de garantir l'effectivité du droit à la santé de leur population. Les négociations à l'OMC, laborieuses et longues, ont confronté cette revendication à la position inverse qui prône le bien fondé et l'utilité économique des droits de PI, en plus de nier leurs effets négatifs sur la santé publique. Le texte de la dérogation adoptée à l'issue de la CM12 ne ressemble en rien à celui qui avait été proposé le 2 octobre 2020. Deuxièmement, cette discussion fut un épisode s'inscrivant dans un débat déjà mené à l'OMC depuis longtemps, se démarquant du simple fait du caractère urgent de la crise sanitaire identifiée. L'*Accord sur les ADPIC* fut controversé dès son élaboration, dans un contexte de négociations où on considère les intérêts de certains pesaient davantage que d'autres. Les luttes entre l'Occident et le Tiers-Monde, les États qui y étaient favorables ou non, ont mené à l'adoption d'amendements destinés faciliter la garantie de la santé publique en cas d'urgence et pallier ce déséquilibre. Mais ces flexibilités font l'objet de procédures trop laborieuses pour que les États ne voient leurs effets réels. Troisièmement, des analyses historiques des débats sur la PI et de son usage pour les produits pharmaceutiques se concluent en liant le « stade de développement » d'un État ainsi que son développement technologique à son système de PI et son appréciation de la PI à ces facteurs également. La libéralisation du savoir et les faibles systèmes de protection de la PI ont permis le développement technologique et industriel des États aujourd'hui « développés ». Depuis le renforcement de ces systèmes de PI, plusieurs soutiennent que l'industrie pharmaceutique dépend désormais des revenus générés par les droits de PI pour leur financement. Cette affirmation fait également l'objet de débats sur les effets des droits de PI.

En recensant la littérature, nous avons rencontré énormément de discours critiques de l'*Accord sur les ADPIC*. Comment argumente-t-on en faveur ou en défaveur d'une suspension temporaire des droits de PI dans ce contexte politique? Comment revitalise-t-on la critique de cet instrument juridique ou des, ou au contraire, propose-t-on une argumentation pour le défendre? Comme nous l'avons vu, ces deux positions furent défendues en vertu de leur prétention à vouloir garantir l'accès rapide, global, abordable et équitable aux médicaments et donc le droit à la santé. Quel rapport les deux discours entretiennent-ils réellement avec les droits humains, et quelles mécaniques de

légitimation seraient enclenchées en cas d'instrumentalisation des droits humains? Dans son article « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Seizing Institutional Power », Martti Koskeniemi affirme que le *mainstreaming* des droits humains, soit leur utilisation systématique, est une stratégie de saisie du pouvoir institutionnel⁵⁸. Les conflits sociaux sont présentés comme des conflits entre droits humains mais ne peuvent être résolus qu'en confrontant les droits les uns aux autres. Ils doivent être évalués selon leur pouvoir relatif et cela par la consultation d'experts détenant des compétences techniques pertinentes dans le contexte spécifique dans lequel les droits interviennent. Koskeniemi désigne ces experts comme appartenant à des groupes épistémiques qui défendent leur préférences spécifiques ou leurs points de vue à l'aide du langage des droits⁵⁹. Autrement dit, il existe une tendance en droit international à formuler ses préférences avec le langage des droits humains et de l'expertise à des fins de légitimation de ses politiques pour la saisie du pouvoir institutionnel. Koskeniemi affirme qu'il n'y a pas lieu de ne se positionner en faveur ou en défaveur de ce phénomène, dans la mesure où c'est un mécanisme de saisie du pouvoir pouvant avoir de bons comme de mauvais effets⁶⁰. Par ailleurs, dans son article de 2002 : « The International Human Rights Regime : Still Part of the Problem? », David Kennedy érige une liste d'hypothèses sur les potentiels coûts ou problèmes du mouvement des droits humains. Il insiste sur le besoin d'évaluer les effets de ces droits de manière très spécifique à la situation, de manière comparative et contextuelle, évoquant par exemple le fait qu'un calcul des coûts et des bénéfices peut avoir tendance à surestimer le blâme ou le crédit qu'il convient d'attribuer au régime. Cette liste permet de cerner certaines des potentielles mauvaises utilisations des droits humains⁶¹. Quel sont les risques associés aux mauvais effets d'une telle instrumentalisation des droits humains? Quelle importance revêt une attitude critique à leur égard? Cette utilisation accrue des droits humains dans l'objectif de saisir le pouvoir institutionnel nous incite à questionner le potentiel critique du discours de ces droits et sur les risques associés à leur pouvoir légitimant.

⁵⁸ Martti Koskeniemi, « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power » (2010) 1:1 *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, [Koskeniemi] à la p 47.

⁵⁹ *Ibid* à la p 53.

⁶⁰ *Ibid* à la p 47.

⁶¹ David Kennedy, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15:4 *Harvard Human Rights Journal* 101 [Kennedy] à la p 104.

C'est donc face à ce large éventail de possibilités en termes d'utilisation des droits humains que nous avons pour ambition de mener un travail de recherche s'intéressant au rapport qu'entretient le débat sur les droits de PI appliqués aux produits de santé anti-COVID avec une rhétorique des droits humains. Dans quelle mesure ces discours instrumentalisent-ils les droits humains et les mécaniques de légitimation qui leurs sont associées? Comme nous le verrons, il n'est pas seulement question de normativité dans le type d'argumentation étudié. Nous considérons qu'une rhétorique des droits humains consiste en davantage qu'un renvoi juridique spécifique aux textes de droit, qu'en une pratique conventionnelle d'un syllogisme juridique, mais plutôt en la mobilisation de moyens multisectoriels dans l'objectif de maximiser les droits⁶². Dans l'Observation générale no 3 du Comité des DESC sur les obligations des États, le paragraphe 9 défend la réalisation progressive et indirecte des droits contenue à l'article 2 paragraphe 1 du *PIDESC* :

[C]ette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux États parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question [nos caractères soulignés]⁶³.

Il est attendu des États qu'ils assurent une effectivité minimale des droits humains. L'élaboration de politiques qui permettront d'atteindre cet objectif leur revient. Des outils d'économie politique peuvent alors devenir l'instrument duquel on pourra dire que « la fin justifie les moyens »⁶⁴. L'atteinte d'un « objectif global » directement lié au rehaussement des conditions de vie, par l'innovation dans le secteur pharmaceutique en est un consistant en la maximisation de la réalisation des droits humains, l'environnement économique pouvant être désigné comme une « réalité du monde ». La légitimité, puis la suspension ou non des mesures de l'*Accord sur les ADPIC* dépend ainsi de ces deux éléments : l'énonciation du désir d'accès équitable et global aux produits de santé destinés à la lutte contre la pandémie (qui fut observée dans les deux textes principaux au centre du débat, à savoir la Dérogation et le projet de Déclaration déposé par l'UE)

⁶² Ely Yamin, *supra* note 8 à la p 161.

⁶³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation Générale n°3 : *Nature des obligations des États parties*, Doc off CES NU, 5e sess, Doc NU E/1991/23 (1990) [Observation Générale no3] au para 9.

⁶⁴ Laurence R. Helfer, "Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property" (2007) 40:3 *UC Davis L Rev* 971 [Helfer] à la p 1018.

ainsi qu'une suggestion convaincante de moyens pragmatiques de mise en œuvre de ce droit. Un discours en faveur ou en défaveur de la Dérogation est, selon nous, basée sur trois éléments : premièrement un objectif de réalisation des droits humains, deuxièmement les effets de ses dispositions sur un système économique et troisièmement, des arguments juridiques basés sur les deux éléments précédents.

Les débats entre deux approches différentes ne cherchent donc qu'à déterminer la meilleure marche à suivre pour la réalisation d'un objectif de réalisation des droits humains. En débattant de l'interférence de la PI avec l'accès aux médicaments, beaucoup d'auteurs mentionnent la fragmentation du droit, la spécialisation des différentes branches non hiérarchisées⁶⁵. Mais les positions vis-à-vis de la Dérogation proposée le 2 octobre 2020 dépendent davantage d'une vision économique que d'une question de hiérarchisation du droit. Si on se rapporte aux discours proposés, les acteurs en défaveur de la Dérogation le sont parce qu'ils estiment que ce n'est pas un moyen juridique qui permettra à l'atteinte des objectifs de lutte contre la pandémie et au contraire empiètera sur les capacités innovantes de l'industrie pharmaceutique⁶⁶. Les acteurs en faveur de la Dérogation, à l'inverse, estiment qu'il existe une différence entre la téléologie de l'Accord et ses effets empiriques aux niveaux économique et social. L'approbation, ou non, de l'*Accord sur les ADPIC* dépend de la vision des acteurs de la compatibilité ou non des régimes juridiques et des effets du droit économique sur les droits humains comme moyen de réalisation ou comme menace. Il est évident, après les remises en contexte proposées, que la défense d'une position ou d'une autre doit faire preuve d'un discours proposant un aspect technique convaincant et la poursuite d'une finalité légitime. Comment le débat étudié intervient-il dans la tendance au *mainstreaming* des droits humains décrite par Koskeniemi? Quels rapports les deux discours proposés de part et d'autre du débat sur la Dérogation proposée à l'OMC le 2 entretiennent-ils avec une rhétorique des droits humains? Quelles sont les stratégies argumentatives de légitimation des politiques relevant d'une rhétorique des droits humains utilisées de part et d'autre du débat sur la Dérogation proposée

⁶⁵ Hestermeyer, *supra* note 30 à la p 260.

⁶⁶ Voir Bryan Christopher Mercurio, « WTO Waiver from Intellectual Property Protection for COVID-19 Vaccines and Treatments: A Critical Review » (2021) 62 *Virginia Journal of International Law* 9 [Mercurio]. Voir aussi James Bacchus, « An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines », :78 (16 décembre 2020), en ligne : <<https://www.cato.org/free-trade-bulletin/unnecessary-proposal-wto-waiver-intellectual-property-rights-covid-19-vaccines>> [Bacchus].

le 2 octobre 2020 à l'OMC? Nous formulons l'hypothèse que les deux discours utilisent des arguments liés à une rhétorique des droits humains, lesquels sont supportés par une vision d'économie politique particulière, qui à son tour justifie une argumentation juridique qui semble objective et légitime.

L'objectif de ce mémoire est strictement théorique, soit d'évaluer comment les discours énoncés à l'occasion de la discussion de la Dérogation s'inscrivent en continuité ou non avec la tendance à utiliser le langage des droits humains et de la technique pour légitimer des arguments défendant des préférences spécifiques et politiques. D'une part, des outils d'analyse argumentative permettront de comprendre l'utilisation du discours. Les droits humains, les théories économiques destinées à réaliser ces derniers et l'expertise technique des internationalistes sont au centre de la formation d'un discours se voulant légitime et convaincant. Parce que les droits humains peuvent aussi bien être un moyen d'émancipation qu'un vecteur discursif légitimant des politiques qui peuvent agir en faveur de rapports de domination mondiaux du fait de leur caractère légitimant, nous cherchons à comprendre où se situent l'utilisation des droits humains dans les discours de part et d'autre du débat sur la Dérogation dans ce spectre. D'autre part, une approche critique permet d'avoir une conception structurelle et historique, à l'échelle globale des enjeux d'économie politique de la situation. Cette approche nous permettra de détenir les outils nécessaires pour identifier les discours ou les stratégies argumentatives qui entretiennent les rapports de domination. Dans la mesure où l'*Accord sur les ADPIC*, l'OMC et une pratique abusive des droits humains font l'objet de critiques formulées pour une partie significative d'entre elles par des auteurs adoptant une approche marxiste, nous confronterons les discours proposés à ces critiques pour en juger le caractère cohérent.

Le mémoire se divisera en trois chapitres et une conclusion. Le premier chapitre sera destiné à l'établissement du cadre théorique. Nous avons déterminé trois thématiques centrales à la recherche pour l'analyse des discours étudiés : la formulation d'un discours argumentatif stratégique qui doit répondre à une question juridique précise formulée à l'OMC, l'instrumentalisation des droits humains et la présentation d'arguments techniques ou de l'expertise. Nous nous inspirerons en un premier lieu de travaux sur la structure du droit, l'indétermination du droit et l'argumentation. Nous nous intéresserons en deuxième lieu aux politiques de la pratique des droits humains, qui consiste elle-même en une stratégie discursive, notamment avec des auteurs

marxistes qui ont proposé des analyses sur les tendances de cette pratique. Nous établirons finalement quelques points sur le rôle de la technique dans l'argumentation, pour ensuite mieux comprendre comme cette dernière s'inscrit dans le discours. Les chapitres 2 et 3 porteront respectivement sur les discours en défaveur et en faveur de la Dérogation et auront la même structure : nous analyserons en premier lieu les arguments issus d'une rhétorique des droits humains, puis la vision d'économie politique les justifiant et finalement l'argumentaire juridique proposé. Le deuxième chapitre décrira le discours en défaveur de la Dérogation. Nous verrons que la philosophie de John Locke et l'utilitarisme sont à la base des liens entre la PI et les droits humains et qu'avec le temps, la possibilité d'une interprétation qui respecte et promeut les droits humains de l'*Accord sur les ADPIC* s'est popularisée. Nous verrons le rôle que joue la PI en tant qu'incitatif et finalement les arguments juridiques élaborés sur ces bases. Le troisième chapitre décrira le discours en faveur de la Dérogation. Nous verrons qu'il adopte une approche plus communautariste et une pratique souvent associée à la pratique des DESC. Nous verrons ensuite que sur le plan économique, il remet en question le rôle que joue la PI dans le processus d'innovation. Nous reverrons ensuite les arguments juridiques mis de l'avant. La conclusion fera la critique de ces deux discours, en essayant d'évaluer leur cohérence. Nous avons choisi pour illustrer les discours étudiés, ce après avoir consulté un grand volume de sources, des documents qui nous semblaient illustrer et synthétiser les deux positions que nous voulions dépeindre.

CHAPITRE 1

Cadre théorique

1.1 Introduction

Dans ce premier chapitre, nous allons développer le cadre théorique nécessaire pour répondre à notre question de recherche. Cette dernière cherche à savoir quels rapports les discours proposés de part et d'autre du débat sur la Dérogation décrite en introduction entretiennent avec une rhétorique des droits humains et quelles stratégies argumentatives sont utilisées à des fins de légitimation des discours. Pour détecter les stratégies argumentatives, nous nous inspirerons des travaux qui associent à la structure et à la pratique du droit un ensemble de propriétés qui en font un langage se prêtant à l'argumentation et à la justification de politiques destinées à la défense d'intérêts particuliers. Considérant qu'une rhétorique des droits humains consiste en l'argumentation juridique en faveur de politiques précises destinées à la réalisation des droits humains, nous nous intéresserons à la pratique des droits humains, à leur instrumentalisation dans le discours et aux implications politiques de ces dernières. Comme il s'agit d'une réalisation qui passe par la mise en œuvre de plusieurs politiques multifactorielles liées à d'autres domaines, nous devons également nous intéresser au rôle de la technique et de l'expertise particulièrement en économie politique. Nous cherchons à comprendre comment sont articulés les discours et quelles sont leurs lacunes ou leurs incohérences. En premier lieu, nous nous intéresserons à l'indétermination structurelle du droit et à ses conséquences. L'interprétation du droit dépend des préjugés structurels des institutions effectuant cette interprétation. Cette dernière est politique du fait de l'orientation politique des individus et de leur pouvoir discrétionnaire. En deuxième lieu, nous chercherons à comprendre les effets et les implications politiques que peut avoir l'instrumentalisation des droits humains dans le discours. Nous verrons qu'ils présentent les caractéristiques associées à la structure du droit et que leur spécificité rend ces caractéristiques encore plus marquées. Ils sont considérés comme particulièrement difficiles à remettre en question du fait des caractéristiques qu'on leur prête (ils sont selon une conception commune fondamentaux, éthiques et universels) en plus d'être fortement liés à l'idéologie libérale. Nous verrons que dans la mesure où ils sont le principal instrument juridique destiné à l'émancipation, ils encadrent cette dernière et limitent les possibilités de réforme de l'ordre mondial et de remise en question de ses rapports de pouvoir. La dénonciation des violations des droits détourne le regard des causes

structurelles liées à l'économie politique. En troisième lieu, nous verrons en quoi l'indétermination du droit et des droits humains crée l'opportunité d'utiliser les expertises pour justifier des argumentations juridiques ou des politiques publiques. Pour la mise en œuvre d'une norme qui nécessite des infrastructures juridiques, politiques et économiques, le choix associé à la mesure qui sera le plus efficace dépend de cette autorité des experts, lesquels sont eux-mêmes en désaccord entre eux. La multiplicité des expertises offre aux juristes une sélection d'arguments adaptés à la thèse qu'ils désirent défendre. Une rhétorique des droits humains consiste en une argumentation avec trois volets principaux : la mobilisation de droits humains qui permet d'énoncer un objectif accepté et légitime, des arguments économiques et politiques issus d'expertises et un argument juridique – dans ce cas-ci, lié à la pertinence ou non d'adopter la Dérogation – qui dépend de la validité des autres affirmations. Pour chacun d'entre eux, nous pouvons retrouver deux éléments principaux comme constantes théoriques: l'indétermination et la prétention à l'objectivité. Ce premier chapitre servira à justifier cette structure en trois volets que nous utiliserons pour les analyses de discours aux chapitres 2 et 3.

1.2 Le droit comme langage et l'argumentation

Dans cette partie, nous verrons plusieurs concepts relatifs à la structure du droit qui nous permettront de comprendre ce en quoi ce dernier est considéré comme un langage ambigu avec lequel on peut formuler une multitude d'arguments issus d'une rhétorique des droits humains. La pratique du droit ne revient pas au simple exercice rationnel et objectif de l'application du syllogisme juridique, de trouver la juste règle de droit adaptée à une situation donnée. Le droit étant indéterminé, plusieurs réponses juridiques sont simultanément valides. Cela fait du raisonnement juridique un discours qui dépend de la compétence du juriste qui la propose et une argumentation destinée à défendre ses politiques, ses intérêts et/ou sa vision du monde.

1.2.1 L'indétermination du droit

Rémi Bachand définit l'indétermination structurelle du droit comme l'« incapacité à donner une seule réponse à un problème juridique particulier⁶⁷ ». Chaque expression ou principe de droit a son inverse et l'un comme l'autre peut être utilisé pour qualifier juridiquement une situation, c'est-à-

⁶⁷ Rémi Bachand, *Les subalternes et le droit international: une critique politique*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018 [Bachand] à la p108.

dire traduire en droit la réalité⁶⁸. Le droit n'est pas un système de contraintes mais de possibilités, « une langue qui permet aux acteurs d'articuler leurs prétentions politiques dans un langage vernaculaire légitime et commun⁶⁹ ». Koskeniemi souligne le contraste entre l'aspect formel du droit et arbitraire du politique. Le premier est considéré comme étant lié au normatif et distinct du substantif et le second se rapporte davantage aux valeurs et aux comportements des États⁷⁰. C'est l'aspect normatif, associé au consentement nécessaire pour l'adoption d'une norme, qui donne son apparence objective et donc sa légitimité au droit. Le droit propose un code pour faire de la politique plutôt qu'une structure objective qui permet de limiter ou d'encadrer la pratique de celle-ci avec une base légitime et objective. Duncan Kennedy a décrit les droits comme les médiateurs s'interposant entre les valeurs et les faits. Par leur universalité, ils font appel à une rationalité commune. Quand ils entrent en conflit, c'est la politique portée par les juges qui va trancher entre les deux raisonnements juridiques proposés dans un litige⁷¹.

De la thèse de l'indétermination du droit découlent trois conséquences. La première est le caractère politique de la nature et des effets de l'argumentation juridique et de l'utilisation des normes. Les acteurs de la pratique du droit devraient reconnaître, assumer et poursuivre explicitement leur positionnement politique dans le cadre de leur pratique – soit de cesser de prétendre à l'objectivité. La seconde est que la pratique juridique ne consiste pas à trouver la bonne application du syllogisme juridique, mais bien de convaincre une communauté à l'aide d'un argument juridique. Cette intention dans l'argumentation implique donc l'élaboration de stratégies argumentatives efficaces. La troisième est que le droit atteint un niveau supérieur de détermination lorsque les institutions limitent par leurs préjugés structurels le spectre d'interprétation et de pratique⁷². La référence à une norme pour invoquer sa juste application est un argument legaliste, qui a l'avantage de paraître objectif et légitime par sa référence directe au droit lui-même considéré ainsi. Toutefois, il cache l'agentivité de l'acteur et les choix effectués dans les processus juridiques utilisés, le choix des normes qui sont plusieurs à pouvoir s'appliquer simultanément dans une même situation. Dans

⁶⁸ Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument: Reissue with a New Epilogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 [Koskeniemi].

⁶⁹ *Ibid* à la p125.

⁷⁰ *Ibid* à la p 569.

⁷¹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997, à la p 305.

⁷² Bachand, *supra* note 67 à la p 127.

l'épilogue de *From Apology to Utopia*, Koskeniemi affirme que ce décisionnisme est intrinsèque à la pratique du droit international⁷³. Ces choix s'imposent à plusieurs étapes de l'appréciation puis la qualification d'une situation juridique. Selon Olivier Corten et Jean Salmon, le syllogisme juridique est illusoire : l'application du droit relève plutôt de la mise en œuvre d'une dialectique. Elle consiste en l'énonciation d'une règle *imparfaite*, puis de la constatation de l'existence d'un fait juridique et sa classification⁷⁴. Chacun d'entre ces moments propose une sélection de possibilités vis-à-vis desquelles le juriste a à effectuer un choix pour trouver la règle imparfaite la plus adaptée à la situation et ce choix ne fait pas consensus, d'où la multiplicité des réponses possibles. Ensuite, plus le droit est déterminé – et il l'est quand il est pratiqué à l'intérieur d'institutions –, plus le spectre de possibilités sera réduit en fonction de l'institution à l'intérieur de laquelle on pratique le droit. La compétence juridique est la capacité à présenter ces choix comme adaptés à la situation de manière convaincante pour qu'ils n'apparaissent pas arbitraires. La déformation par ce tri dans l'information à toutes les étapes de la pratique juridique nous mène à théoriser une inadéquation entre la réalité empirique et le discours juridique, lié notamment au caractère imparfait de la norme mentionné plus haut, lequel est le plus souvent laissé de côté dans le discours juridique. Le caractère légitimant de l'argument légaliste et l'agentivité masquée des acteurs nous mène à théoriser une autre inadéquation, se situant elle entre les motifs et les justifications des acteurs sur leurs positions et politiques.

Pour ces fins d'analyse du discours juridique, Olivier Corten propose le « positivisme critique » dans lequel le droit est vu comme un fait social et comme un discours augmenté. Le droit international implique des dynamiques de légitimation de la domination qui reposent sur ladite objectivité des normes et du raisonnement légal. Il perçoit la « persistance du caractère formaliste et positiviste du discours du droit international comme étant le résultat d'un processus de légitimation des formes contemporaines de domination qui caractérisent la société internationale⁷⁵ ». Corten propose une épistémologie affirmant que le droit doit être le plus en contact avec la réalité empirique possible, soit descriptif et non normatif. L'utilité du positivisme critique s'inscrit donc

⁷³ Koskeniemi, *supra* note 68 à la p 596.

⁷⁴ Jean Salmon et Olivier Corten, *Droit international et argumentation*, Collection de droit international, Bruxelles, Bruylant, 2014 [*Salmon et Corten*] à la p 13.

⁷⁵ Olivier Corten, *Le discours du droit international: pour un positivisme critique*, Collection Doctrine(s), Paris, Editions A. Pedone, 2009 à la p 8.

dans la mise en branle des techniques formelles du droit qui éclipsent les finalités politiques qu'elles portent⁷⁶. Le mode de pratique même du droit international est politique et contingent et reproduit par des rapports de domination. Ce désir d'ancrer le droit dans le réel implique donc forcément l'utilisation d'une approche multidisciplinaire et la consultation d'expertises issues de disciplines qui pourront guider le droit et la gouvernance de sorte à atteindre efficacement les objectifs de ce dernier (non pas à des fins d'argumentation). Mais l'exercice de légitimation d'objectifs politiques par leur formulation en droit peut mener à des utilisations nocives du droit ou contraires à son objet. Jean Salmon et Olivier Corten ont proposé un cadre conceptuel permettant de faire référence à ce type de pratique. Le concept de fiction est défini comme « un procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation, de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer les conséquences juridiques découlant de la qualification⁷⁷ ». Une pratique contraire systématique peut entraîner la désuétude d'une règle et ainsi son extinction. La doctrine joue quant à elle un rôle important dans la « systématisation du droit et des esprits », la construction d'abstractions servant l'idéologie de la classe dominante⁷⁸. Nous considérons que ces pratiques permettent d'agir contre les objectifs mêmes du droit et représentent ainsi une instrumentalisation problématique de celui-ci. S'il est possible de créer une telle culture juridique du fait de l'indétermination du droit, par quel procédé la pratique juridique se politise-t-elle en premier lieu? Quels sont les effets de la troisième conséquence de l'indétermination du droit, c'est-à-dire que les possibilités d'interprétation du droit sont limitées par les préjugés structurels des institutions au sein desquelles l'interprétation du droit s'effectue? Quelles sont les implications d'une détermination par les institutions des interprétations possibles à faire des normes de droit international?

1.2.2 Les institutions et leurs préjugés structurels

Nous verrons dans les discours étudiés qu'on effectue plusieurs interprétations des instruments juridiques impliqués dans le débat. Nous associons l'existence de ces plusieurs interprétations à l'influence des préjugés structurels des institutions sur la pratique du droit. On définit les préjugés structurels comme étant les préférences enchâssées dans les institutions, orientant le jugement ou les décisions des individus qui les incarnent et proposant un degré supérieur de détermination du

⁷⁶ *Ibid* aux pp 9-23.

⁷⁷ *Salmon et Corten, supra* note 74 à la p 449.

⁷⁸ *Ibid* à la p 451.

droit⁷⁹. Les individus sont indissociables de leurs milieux disciplinaires, institutionnels et idéologiques et les préjugés structurels vont donc influencer les choix qui forment le raisonnement juridique. Selon D'Souza, tous les acteurs ont leur propre contexte institutionnel et une orientation idéologique spécifique à leur interprétation des droits⁸⁰. Corten et Salmon insistent sur le fait que même la constatation des faits est idéologique, car elle consiste en un traitement qui diffère en fonction des intérêts de l'acteur qui l'effectue⁸¹. Selon Rémi Bachand, le droit est précisé quand les institutions et leurs individus le mettent en œuvre⁸². Les préférences d'une conscience collective propres à une institution permettront de venir à un consensus au sein de celle-ci quant au sens à donner aux expressions juridiques⁸³. Les préjugés structurels, de nature idéologique, limitent le spectre de possibilités au moment de la qualification juridique d'une situation en privilégiant certaines interprétations et éliminant d'autres⁸⁴. Les éléments clés de la structure du droit qui sont directement liés à son caractère indéterminé, soit l'institutionnalisation, la législation, la dépolitisation et l'internationalisation sont intrinsèques au libéralisme et contribuent donc également à le maintenir, ainsi que les rapports de domination qu'il assure⁸⁵. Autrement dit, la structure du droit et sa pratique contribuent à la reproduction du libéralisme et à la reproduction des rapports de domination qui lui sont propres. Nous verrons que ses caractéristiques empêchent l'adaptation du droit à la réalité sociale et nuisent à l'établissement d'une structure juridique flexible pouvant être ajustée aux besoins du monde empirique au bénéfice de l'idéologie libérale dominante.

Koskenniemi fait une *critique interne* du libéralisme au sein duquel est pratiqué le droit international. Le droit et le comportement des États sont en co-constitution et s'entretiennent mutuellement : le comportement des États est contraint par le droit, mais ce sont les États qui sont à l'origine des traités destinés à les contraindre. La structure du droit et son incapacité à reconnaître

⁷⁹ Koskenniemi, *supra* note 68 à la p 596.

⁸⁰ Radha D'Souza, *What's Wrong with Rights? Social Movements, Law and Liberal Imaginations*, Pluto Press, 2018 [D'Souza] à la p 7.

⁸¹ Salmon et Corten, *supra* note 74 à la p 13.

⁸² Bachand, *supra* note 67 à la p 126.

⁸³ *Ibid* à la p 128.

⁸⁴ *Ibid* à la p 129.

⁸⁵ D'Souza, *supra* note 80 à la p 10.

son imperfection et sa subjectivité empêchent les changements qui permettraient son évolution ou son adaptation à la réalité sociale. Koskenniemi compte parmi ses objectifs scientifiques d'inciter les juristes à repousser les limites de ce qu'on estime envisageable en tant qu'internationaliste. Le langage et la rationalité juridiques paraissent apolitiques et objectifs, ce qui les immunise de toute critique. Les États agissent dans ce cadre et reproduisent le droit selon ces termes qui contraindront à nouveau leur comportement à l'avenir. Cette co-constitution consiste ainsi en une reproduction politique qui ne parvient pas à justifier la prédominance du libéralisme qui est enchâssé dans un ensemble de normes de pratiques qui sont considérées comme naturelles et nécessaires en vertu du droit international, mais qui sont en réalité politiques et contingentes⁸⁶. Il soutient d'ailleurs que le droit international est ce que les internationalistes en font, du fait de la co-constitution entre la pratique du droit international et lui-même. Dénonçant les limites très rigides du langage en ce qui concerne le droit et le cadre restreint à l'intérieur duquel les internationalistes pratiquent le droit ou pensent leurs projets politiques, le droit international est coincé dans ses propres préjugés disciplinaires⁸⁷. La pratique du droit n'a rien du système objectif, unitaire et cohérent que ce dernier incarne dans l'imaginaire collectif en raison du modèle de division des pouvoirs. Elle est empruntée pour reformuler des politiques qui entretiennent des rapports de domination. Les décisions de politique étrangère s'effectuent au moment de l'argumentation. L'articulation d'un argumentaire est la formulation en termes acceptables et apparemment légitimes des politiques qui ne bénéficient qu'aux intérêts de celui qui la formule. Entre d'autres mots, la pratique de la grammaire du droit revient à faire de la politique⁸⁸.

Koskenniemi fait également une *critique externe* du droit international. Toute la pratique du droit est politique car la compétence juridique permet de défendre toutes les positions. Les règles ne prévoient pas parfaitement les décisions, l'écart doit être comblé par le libre-arbitre de ceux qui pratiquent le droit. Or, comme nous avons vu plus haut, les individus appartiennent à des institutions aux orientations politiques fortes qui orientent leurs décisions. Ces préjugés structurels agissent dans l'entretien des rapports de domination. À cette caractéristique forcément politique de la pratique du droit, Koskenniemi associe le clivage entre l'Occident et le Tiers-Monde comme le

⁸⁶ Koskenniemi, *supra* note 68 à la p 601.

⁸⁷ *Ibid* à la p 616.

⁸⁸ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Doctrines, Paris, Pedone, 2007 [Koskenniemi] à la p 145.

plus grand défi. Autrement dit, la pratique du droit international et les institutions qui ont été mises sur pied pour sa mise en œuvre ont eu des effets qui ont historiquement surtout privilégié l'Occident. L'ensemble de la pratique juridique maintient le *statu quo* tout en étant contingent, c'est-à-dire créé historiquement et politiquement sans que cela soit perçu comme étant le cas, plutôt envisagé comme la seule alternative possible – soit nécessaire⁹⁰. Les inadéquations entre réalité et la qualification juridique et entre le motif et la justification juridique sont d'autant plus possibles et entretenues dans ces conditions de reproduction d'un système imparfait. Le fond et la forme (la structure) du droit s'entretiennent mutuellement pour maintenir les rapports de domination qu'ils contiennent. Un des volets d'une rhétorique des droits humains consiste en une argumentation juridique qui est destinée à faire paraître comme objectif et légitime un projet politique traduit en termes juridiques. Les institutions libérales de droit international maintiennent toutefois la pratique du droit dans une forme de stagnation où cette dernière sert à l'argumentation sans pouvoir s'actualiser et s'ajuster à la réalité sociale et entretiennent des rapports de pouvoir asymétriques. La réalisation des droits humains représente l'objectif à atteindre dans les argumentations relevant d'une rhétorique des droits humains. Les droits humains présentent ces mêmes caractéristiques et leur statut particulier augmente les effets de ces caractéristiques. Quelles sont les conséquences de la structure du droit spécifiquement dans le régime des droits humains?

1.3 Les droits humains

Les droits humains détiennent les mêmes caractéristiques associées à la structure du droit discutés précédemment : ils sont indéterminés, considérés comme apolitiques en plus de présenter plusieurs caractéristiques qui les rendent spécifiques et particuliers, notamment un très large éventail de potentiels. Ils peuvent ainsi consolider des progrès sociaux, outiller des projets émancipatoires mais aussi servir à légitimer des politiques et dénoncer des violations des droits sans proposer des mécanismes de changements politiques structurels qui pourraient corriger les causes profondes de ces violations. Leur pratique relève d'une culture telle que leur invocation est extrêmement courante. Ils portent le modèle politique de l'État libéral et s'imposent comme le seul outil

⁹⁰ Koskeniemi, *supra* note 68 à la p 607.

disciplinaire destiné au progrès social et peuvent donc détourner l'attention des potentiels projets de réformes structurelles.

1.3.1 L'indétermination des droits humains

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, nous estimons que l'indétermination s'impose dans tous les volets d'une rhétorique des droits humains. Les droits humains étant particulièrement ambigus, ils sont sujets à une multitude d'interprétations. Le concept d'humanité est destiné à faire de tous les individus des sujets de droit et s'oppose ainsi au concept de souveraineté étatique. Si tout individu est de caractère humain, l'humanité concerne l'ensemble de ces sujets et les phénomènes qui se rapportent à ce caractère. Les droits humains sont ainsi propres à l'humanité, à tous les individus humains, d'où leurs caractères universels, fondamental et inné. Le concept d'humanité est lui-même indéterminé et ne détient, selon Costas Douzinas, pas d'essence spécifique⁹¹. Il fait appel à des dimensions d'universalité et d'inaliénabilité, ce qui donnerait aux droits humains un poids particulièrement important : ils seraient partagés par tous les individus sans exception, naturels et intrinsèques au caractère humain d'un individu. Ils seraient fondamentaux et irrévocables et leur interdépendance impliquerait qu'ils forment un régime cohérent et unitaire⁹². Les droits humains sont considérés comme apolitiques et donc d'autant plus utiles pour participer à une démonstration qui se distancie de l'arbitraire et qui se veut légitime. Plus encore, dans leur application, le poids moral et éthique de leur invocation efface les spécificités du contexte et rend difficile la contestation de leur utilisation : ce tournant rhétorique vers l'éthique fait obstacle à la formulation d'éventuelles critiques⁹³. Contrairement à cette vision, la théorie critique considère que les droits humains sont plutôt le résultat de luttes sociales spécifiques et contextuelles et ont été, au moment de leur constitutionnalisation, retirés de leur contexte et consolidés au sein de textes dits universels qui devaient pouvoir s'appliquer au niveau global. Ils sont particulièrement vagues et indéterminés et se prêtent à une multitude d'interprétations⁹⁴. Selon Koskenniemi, du fait de leur caractère légitimant, leur invocation est devenue régulière, pratique courante, même banale et

⁹¹ Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: the Political Philosophy of Cosmopolitanism*, London ; New York, Routledge-Cavendish, 2007 [Douzinas] à la p 57.

⁹² *Ibid* aux pp 55-56.

⁹³ Koskenniemi, *supra* note 88 à la p 145.

⁹⁴ Douzinas, *supra* note 91 aux pp 188-189.

surbureaucratisée. Bien qu'ils aient autrefois joué un rôle central aux mécanismes d'émancipation, leur utilisation systématique a fait diminuer leur potentiel émancipateur⁹⁵. Ils seraient passés d'un contexte révolutionnaire (au moment de leur formulation) à un contexte dogmatique de *mainstreaming* jonché de procédures administratives, lequel néglige les spécificités des situations dans lesquelles ils sont invoqués. Koskenniemi insiste alors sur la nécessité d'adopter une attitude continuellement critique envers le régime des droits humains, attitude que nous tentons de poursuivre dans le cadre de l'écriture du mémoire⁹⁶.

La difficulté à remettre en question les caractères inaliénable et universel qu'on leur prête est comparable à ce que critique Koskenniemi à propos d'un régime juridique inconscient de lui-même et ainsi reproduit avec les lacunes qu'il contient, résultant en la persistance de défauts et l'entretien de rapports de pouvoir. Koskenniemi va jusqu'à affirmer qu'une période hégémonique se caractérise par un système juridique au sein duquel on se représente des droits comme « échappant à toute idéologie ou toute politique ». Ils sont dans l'imaginaire commun « purs, objectifs et autosuffisants⁹⁷ ». Dans son article de 2002 sur les droits humains, Kennedy critique l'étroitesse du domaine du régime des droits humains et ainsi ses angles morts qui contiennent des éléments selon lui nécessaires à une amélioration significative de la réalisation des droits humains. Il mentionne notamment l'idée selon laquelle l'isolation de l'économie comme une discipline indépendante empêcherait la possibilité de modifier cette dernière. Le langage des droits est utile pour les questions étatiques, mais pas pour les questions économiques et l'objectif de réalisation des droits éclipse les projets de redistribution en contexte de fortes inégalités⁹⁸. Selon Mark Goodale, une bonne pratique des droits humains doit faire preuve d'une posture critique vis-à-vis de l'expression d'un projet moral contenu dans un système économique. L'utilisation des droits humains dépend des valeurs morales que l'on désire mettre de l'avant à travers l'organisation du capitalisme. L'apparence nécessaire de l'organisation de l'économie et les valeurs morales qu'elle semble contenir est donc conditionnée politiquement par les préjugés structurels de certaines institutions. Les valeurs de liberté individuelle, allant main dans la main avec le fonctionnement du libre marché,

⁹⁵ Koskenniemi, *supra* note 88 à la p 145.

⁹⁶ Koskenniemi, *supra* note 58 à la p 55.

⁹⁷ Koskenniemi, *supra* note 88 à la p 208.

⁹⁸ Kennedy, *supra* note 61 à la p 109.

furent ainsi mobilisées par les néolibéraux à la suite de la Deuxième guerre mondiale⁹⁹. Pour les internationalistes, les droits humains sont le moyen d'émancipation de choix. Ils apparaissent comme purement objectifs et revêtissent le rôle d'un instrument à la fois professionnel et messianique¹⁰⁰.

Mais plus que la reproduction d'un régime juridique défaillant, Koskenniemi décrit dans la pratique des droits humains une « culture de la mauvaise foi »¹⁰¹. Il dénonce une façade issue d'une tradition utilisée pour subvenir à des objectifs idéologiques. Avec l'expansion des droits humains, le fait que les arguments viennent en paires de sorte qu'à tout droit il en existe un contraire valide juridiquement est aussi applicable au régime lui-même¹⁰². Ils sont devenus un moyen de formulation des politiques des plus puissants et nantis, en plus d'être le moyen d'émancipation des dominés et de jouir d'une immunité issue de leur association éthique¹⁰³. Douzinas supporte également que tout élément peut désormais faire l'objet d'un droit, touchant tous les aspects de la vie quotidienne. Ils permettent ainsi de dépolitiser une multitude de réalités politiques auxquelles on est confronté¹⁰⁴. Des droits issus de contextes divergents s'inscrivent dans un ensemble contradictoire, sans que ses contradictions ne soient reconnues, expliquées ou prises en considération et l'invocation régulière des droits humains inspire alors le scepticisme¹⁰⁵. C'est dans ce contexte d'utilisation répandue mais plus ou moins sincère des droits humains que nous nous donnons l'objectif de confronter des discours juridiques sur les droits humains et d'utiliser un cadre conceptuel s'intéressant aux « qualifications juridiques abusives » ou aux « fictions ». En effet, cette évolution du régime des droits humains vers un ensemble de normes dont l'usage systématique fait céder la place de son potentiel émancipateur à celui de l'instrumentalisation appelle à un regard critique de l'ordre des bases théoriques fournies par Corten et Salmon : l'instrumentalisation fallacieuse du droit destinée à des intérêts pouvant entrer en contradiction avec son objet. Une rhétorique des droits humains

⁹⁹ Mark Goodale, *Reinventing Human Rights*, Stanford University Press, 2022 [Goodale] à la p 32.

¹⁰⁰ Anne Orford, « Embodying Internationalism: The Making of International Lawyers » (1999) 19:1 *Aust Year Book Int Law Onl* 1 [Orford].

¹⁰¹ Koskenniemi, *supra* note 88 à la p 198.

¹⁰² D'Souza, *supra* note 80 à la p 3.

¹⁰³ *Ibid* à la p 5.

¹⁰⁴ Douzinas, *supra* note 91 à la p 70.

¹⁰⁵ Koskenniemi, *supra* note 88 à la p 198.

cherche à légitimer un projet politique en l'exprimant en termes juridiques et à légitimer une argumentation juridique en posant un objectif de réalisation des droits humains. L'indétermination de ces derniers permet ainsi une multitude de propositions juridiques contraires entre la réalisation des droits et l'argumentaire juridique défendu. Mais la pratique des droits humains est généralement menée par des institutions libérales et implique ainsi le maintien des rapports de pouvoirs contenus dans les institutions. Quelles sont les stratégies argumentatives particulières aux droits humains et leurs effets politiques?

1.3.2 L'instrumentalisation des droits humains : quelles implications politiques?

Pour retrouver les marques d'une rhétorique des droits humains dans les discours, nous considérons l'énonciation d'un objectif de réalisation des droits et des thématiques spécifiques internes à la pratique des droits humains. Les droits humains sont un outil stratégique discursif particulièrement puissant comme ils détiennent un statut particulier sur la scène internationale, une forme de sacralisation qui se prête à l'idolâtrie. Comme David Kennedy l'a écrit, ils peuvent toutefois faire diversion, car le régime qu'ils composent devient la seule ambition d'émancipation en tant que levier limité pour contester les rapports de domination inscrits dans l'ordre international¹⁰⁶. Ils sont monnaie courante dans une pratique répandue qui s'apparente au partage d'une culture internationale basée sur la reproduction du modèle politique libéral. David Kennedy estime que les droits humains font partie intégrante de la gouvernance mondiale. Le respect de ces droits offre un statut de légitimité telle que les revendications de structurelles relevant de l'économie politique ne sont plus envisagées¹⁰⁷. Cette pratique superficielle permet ainsi aux acteurs d'acquérir la reconnaissance des autres acteurs de la scène internationale. Le livre de Radha D'Souza, *Social Movements, Law, and Liberal Imaginations* analyse la manière dont le régime des droits humains est une promesse de liberté et d'émancipation formulée par le libéralisme idéologique. Ils servent à exclure de l'imaginaire collectif le maintien de rapports structurels, notamment les monopoles transnationaux¹⁰⁸. Une multitude d'institutions, dont les organisations internationales et le droit international, se sont revendiqués comme étant l'héritage des Lumières avec le régime des droits,

¹⁰⁶ David Kennedy, « The international human rights regime: still part of the problem? » dans Colin Murray et al, dir, *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ D'Souza, *supra* note 80 à la p 24.

contribuant à faire la promotion d'un modèle politique spécifique, hiérarchisant ainsi les États des Premier, Second et Tiers-Monde par niveaux de démocratie¹⁰⁹. Le contexte de leur expansion durant la période d'après-guerre a profondément lié les droits humains au colonialisme, dans la mesure où ceux-ci ne devaient pas compromettre l'ordre mondial en place¹¹⁰. L'ensemble des institutions internationales permet de conduire la politique étrangère étatsunienne et sa promotion des droits humains sur tous les aspects par une société civile internationale impliquée dans l'économie de marché, d'où l'ancrage de la démocratie dans le libéralisme classique¹¹¹. Le retour du régime des droits humains après la Guerre Froide a manqué de démontrer le lien avec l'économie politique, gardant toutefois un langage et des remèdes uniques. Ainsi les critiques du capitalisme relevant de l'économie politique n'ont pu être formulées autrement qu'avec des méthodes de persuasion et d'argumentation juridiques en faisant appel au registre moral¹¹².

Selon Rémi Bachand, les droits humains sont un élément important des matrices de subordination. Ils sont les moyens d'émancipation des systèmes juridiques et donc marqueurs de légitimité. Ils sont vus comme objectifs et incontestables et jouent ainsi un rôle dans une compréhension du sens commun entre les acteurs. Agissant comme le cadre des mouvements sociaux, ils représentent les stratégies occidentalisées de résistance et d'organisation politique des sociétés. L'expansion des droits humains comme moyen d'émancipation a ainsi pour effet de déradicaliser les revendications politiques. Ils agissent en vertu d'une promotion de l'État libéral et s'imposent comme l'objectif auquel les États devraient aspirer. Ils promeuvent un modèle de gouvernance de la modernité, allant de pair avec la démocratie représentative et l'économie de marché¹¹³. Costas Douzinas lie la démocratie libérale et l'économie de marché, mettant cette dualité au centre des enjeux de sécurité¹¹⁴. Parce que les droits humains sont le conduit des représentations possibles des projets politiques d'émancipation, on en revient à l'idée selon laquelle les causes structurelles d'asymétries économiques globales à la racine même de crises ou de violations des droits humains ne peuvent

¹⁰⁹ *Ibid* à la p 29.

¹¹⁰ *Goodale, supra* note 99 à la p 80.

¹¹¹ *D'Souza, supra* note 80 à la p 34.

¹¹² *Ibid* à la p 44.

¹¹³ *Bachand, supra* note 67.

¹¹⁴ *Douzinas, supra* note 91 à la p 32.

être adressés. Le modèle politique véhiculé par le droit international et sa pratique sont celui de la démocratie à faible intensité, au sein de laquelle on cherche à corriger, à petite échelles, les dommages collatéraux du capitalisme¹¹⁵. Dans son livre *Human Rights and Empire*, Costas Douzinas affirme que le cosmopolitisme fait partie intégrante de l'idéologie propre à l'ordre mondial libéral. Il décrit ce dernier comme une mise en commun de l'expérience des injustices pour délaisser la souveraineté étatique au profit d'une communauté mondiale. Ce que Douzinas qualifie de processus de cosmopolitanisation implique que le discours des instances non étatiques devient un discours de l'humanité entière, cherchant donc à unifier celle-ci¹¹⁶. Le cosmopolitisme est donc une structuration spécifique et politique de la pratique des droits humains. L'idéologie cosmopolitique implique une pratique des droits humains qui est ancrée dans l'éthique, et telle que l'expérience spécifique est étendue à l'universel, dans une prétention à l'unicité du droit et de la communauté internationale. Le chapitre d'Olivier Corten sur « La persistance de l'argument légaliste » affirme que la démocratie cosmopolitique a pour effet de moraliser la vie politique et « qui tend à placer au-dessus de la souveraineté et de l'État les valeurs fondamentales de dignité humaine¹¹⁷ ». On priorise l'effectivité d'un droit commun, devant lequel les individus deviennent des citoyens du monde¹¹⁸. Dans sa taxidermie de la stratégie des droits, Koskeniemi cite également la pratique liée à la démocratie cosmopolite qui constitutionnalise la démocratie et les droits en cherchant à soutenir le discours des marginaux. Cette approche est toutefois susceptible de sous-estimer la rigidité des institutions et la mauvaise foi dans la pratique des États¹¹⁹.

Dans ce processus, Douzinas repère la persistance d'une attitude postcoloniale dans la mesure où les violations des droits humains auxquelles on s'adresse collectivement, consistant par exemple en des manques de nourriture ou d'un accès compromis aux médicaments, sont identifiés comme étant le résultat de problèmes de gouvernance nationale ou de corruptions locales¹²⁰. On identifie donc les concepts de solidarité, d'universalisme, de coopération, de coordination et d'action

¹¹⁵ Bachand, *supra* note 67 à la p 129.

¹¹⁶ Douzinas, *supra* note 91.

¹¹⁷ Salmon et Corten, *supra* note 74 à la p109.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 110.

¹¹⁹ Koskeniemi, *supra* note 88 à la p 222.

¹²⁰ Douzinas, *supra* note 91.

conjointe comme faisant partie d'un discours cherchant à synchroniser l'action des acteurs. Les défis à relever sont ceux de la communauté internationale, mais cette vision ne va alors que dans un sens : ils ne trouvent pas leur cause dans la manière dont l'ordre mondial est organisé politique, mais seulement leurs solutions. Dans ce mémoire, nous nous intéressons plus spécifiquement au droit à la santé et une partie importante de l'argumentation se rapportera donc aux thématiques que l'on associe généralement aux DESC. Selon Mark Goodale, les DESC particulièrement se sont révélés être un « mirage aux conséquences particulièrement insidieuses ». Non seulement leur potentiel émancipateur s'est évanoui face à des facteurs structurels plus larges, mais leur émergence en tant que seul mécanisme de justice socioéconomique fut accompagnée d'un discours selon lequel leur violation découlait d'un échec des États à remplir leurs obligations en matière de protection des droits¹²¹. Il rappelle que, selon Marx, l'expression des droits civils et politiques (DCP) ou des DESC s'inscrit dans une approche liée à la relation entre l'individu et la collectivité, opposant nécessairement l'un à l'autre. Le droit à la propriété implique la jouissance exclusive d'un bien et représente un bon exemple de la manière dont les droits et libertés de chacun sont vus comme étant limités par ceux des autres individus¹²². Mais le débat étudié survient dans un contexte très précis de crise sanitaire mondiale. Les enjeux étant plus importants, l'argumentation proposée par les acteurs en contexte d'urgence n'est pas tout à fait la même. Quelles sont les spécificités d'une rhétorique des droits humains de l'urgence?

1.3.3 La rhétorique de l'urgence et détourner l'attention des causes structurelles

Comme nous le verrons dans les chapitres à venir, les discours en faveur et en défaveur de la Dérogation ont insisté sur l'urgence dans laquelle il fallait agir pour remédier à la situation. Sur la scène internationale, les crises et désastres humains apparaissent comme nécessitant une attention urgente, car ils relèvent d'une atteinte grave aux conditions de vie et au meilleur état de santé des individus concernés. Mais pour certains auteurs, ces crises ne sont que symptomatiques. L'organisation de la structure internationale repose sur des rapports de domination et de subordination relevant de l'économie politique, qui sont à l'origine de ces situations d'urgence. L'organisation de l'économie n'est toutefois pas considérée comme sujette à des projets politiques

¹²¹ Goodale, *supra* note 99 à la p 33.

¹²² *Ibid.*

valides ou possibles, vues davantage comme quelque chose de nécessaire qu'historique, contingent et reproduit politiquement. Le régime des droits humains, comme l'unique instrument disciplinaire d'émancipation, est destiné à répondre aux situations de crise et contribue ainsi à maintenir une forme d'ignorance perpétuelle et institutionnelle de la manière dont l'économie politique est impliquée dans le conditionnement de ces enjeux. Ce détournement permet aux acteurs concernés d'agir symboliquement plus qu'efficacement, de satisfaire l'opinion publique et d'apparaître comme une autorité légitime et responsable dans la mesure où elle aborde et cherche à régler les maux faisant les premières de l'actualité. Finalement, cette attitude constitue une sorte de pratique de « politique du pansement », pouvant prétendre à s'intéresser aux dommages sans adopter une attitude de prévention.

Par exemple, selon Hilary Charlesworth la pratique du droit se concentre sur les situations de crise et généralise ainsi des mesures exceptionnelles à la pratique juridique courante¹²³. Il n'existerait donc pas de mécanisme de mise à jour et d'actualisation du droit international ou de moyen de corriger ses propres contradictions pour les mécanismes en lien avec la pratique régulière. Toute la pratique du droit relève de réactions immédiates à des situations exceptionnelles et ne s'intéresse ainsi pas aux manières par lesquelles le droit international peut influencer les structures internationales. Martti Koskiennemi commente également les discussions autour des crises, affirmant qu'elles rendent « invisible l'extrême injustice du système de répartition mondiale de la richesse » comme si elle était une nécessité ne pouvant être impactée par le droit¹²⁴. Mark Goodale parle de colonialisme passif, une forme de colonialisme qui ne se reconnaît pas lui-même. Représentant le seul levier destiné à « la liberté, la justice et la paix dans le monde », l'instrumentalisation des droits humains ont permis de justifier l'inverse même de ces valeurs¹²⁵. On ajoute ainsi à l'argument de Charlesworth l'idée selon laquelle l'attention donnée aux crises n'est pas seulement une mauvaise répartition des ressources juridiques du point de vue internationaliste, mais aussi une caractéristique qui permet le maintien d'asymétries économiques internationales. Non seulement la pratique du droit est disproportionnellement axée sur des situations de crise, mais elle désavantage sciemment une partie massive de la population. Susan

¹²³ Hilary Charlesworth, « International Law: A Discipline of Crisis » (2008) 65:3 *The Modern Law Review* 317.

¹²⁴ Koskiennemi, *supra* note 88 à la p 167.

¹²⁵ Goodale, *supra* note 99 à la p 147.

Marks affirme que les violations des droits humains ne sont les symptômes de causes profondes que le langage des droits ne permet pas d'aborder¹²⁶. L'exclusion des questions d'économie politique pour un traitement des crises uniquement reviendrait ainsi à choisir d'ignorer la source des problèmes identifiés par le droit pour maintenir une pratique juridique internationale superficielle. Mark Goodale affirme également que le système international des droits humains n'offre aucun cadre permettant de faire résistance à l'organisation de l'économie globale. Les exclus de cette organisation sont toutefois à l'origine des crises au cours desquels on constate de violations des droits humains¹²⁷. Les caractéristiques spécifiques aux droits humains ont comme effets de légitimer un argumentaire juridique visant la réalisation des droits tout en comportant de nombreuses lacunes qui perpétuent des rapports de domination et empêchent le régime des droits humains d'identifier et de prévenir les violations des droits à leur cause structurelle. Mais l'indétermination des droits humains a une autre conséquence liée aux termes de leur mise en œuvre. Les dispositions des droits humains étant vagues, les expertises sur les moyens politiques et économiques d'effectuer leur mise en œuvre s'impose également en tant que dernier volet d'une argumentation relevant d'une rhétorique des droits humains.

1.4 La technique, l'expertise et la gouvernance

Dans cette partie, nous explorerons le rôle de l'expertise dans l'argumentation relevant d'une rhétorique des droits humains. Nous verrons que les contradictions au sein de l'expertise créent une multitude d'arguments d'autorité pouvant justifier des argumentations juridiques opposées. Les droits humains demandant la réalisation de plusieurs standards socioéconomiques, leur mise en œuvre est sujette à beaucoup de propositions d'économie politique différentes.

1.4.1 De l'indétermination du droit à la gouvernance par l'expertise

La légitimité attribuée aux arguments juridiques ne relève pas seulement de l'objectivité associée à la formalité du droit comme vu précédemment, mais aussi du titre d'expert porté par les internationalistes. Comme nous l'avons vu en première partie, la compétence juridique est la capacité à proposer des arguments juridiques dont le contenu et la forme sont cohérents. Ces

¹²⁶ Susan Marks, « Human Rights and Root Causes » (2011) 74:1 *Modern Law Review* 57.

¹²⁷ Goodale, *supra* note 99 à la p 151.

arguments semblent rationnels, objectifs et désintéressés politiquement. Kennedy affirme toutefois que la pratique du droit est inévitablement une pratique politique. Comprendre l'école de pensée ou l'idéologie qui se cache derrière un discours est pour lui la clé pour développer une analyse juridique qui permettra d'effectuer les liens nécessaires entre la pratique du droit et son étude, la théorie¹²⁸. S'avouer convaincu par un raisonnement juridique revient pour lui à abandonner la remise en question de certaines prémisses morales ou politiques qui sont à la base de l'argumentation proposée¹²⁹. On retrouve donc dans la conceptualisation de l'expertise par Kennedy une nouvelle fois le trait observé plus haut soit : la prétention à une proposition objective et rationnelle qui permet de masquer le décisionnisme politique qui se situe derrière :

Les experts [en droit international] dictent au nom de l'universel, le bien public, la volonté générale, la nécessité pratique de la raison, ou les vérités objectives du savoir scientifique. Parfois il semble que personne ne décide – tout le monde argumente à propos et interprète des décisions prises ailleurs à un autre moment par quelqu'un d'autre. Les experts qui sont en désaccord les uns avec les autres sont bien au courant des lacunes, des conflits et des ambiguïtés de leurs analyses. Leur travail juridique et politique relève davantage de l'argumentation que de la raison. Le travail d'expert est positionné, stratégique, une prise de position autant qu'une entreprise de persuasion [notre traduction]¹³⁰.

Mais Kennedy affirme que l'étude du droit international devient controversée et que sa pratique, en expansion, devient diffuse et plus faible, d'où la manipulation du champ juridique par l'exercice de la théorie¹³¹. Dans son ouvrage *A World of Struggle : How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Kennedy cherche à comprendre les forces et les vulnérabilités des expertises et affirme que le travail des experts interagit avec les luttes politiques alors qu'il est considéré comme étant objectif et rationnel. Il étend la thèse de l'indétermination du droit à toutes les disciplines : chaque affirmation effectuée dans un champ d'étude peut être reprise pour argumenter en faveur d'une démonstration politique. L'ensemble du savoir représente donc une ressource d'informations pouvant être sélectionnées pour créer un motif potentiellement distinct

¹²⁸ David Kennedy, « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 *German YB Int'l L* 353 [Kennedy] à la p 355.

¹²⁹ *Ibid* à la p 357.

¹³⁰ Kennedy, *supra* note 128 à la p 356.

¹³¹ *Ibid* à la p 356.

des justifications qui ont poussé un acteur à adopter le comportement qu'il a eu¹³². Mais cette transfusion du savoir aux arguments n'est pas unidirectionnelle. Les phénomènes étudiés par leurs experts sont influencés par ces derniers lorsqu'ils les décrivent. L'expertise est à l'origine d'actes performatifs qui peuvent interagir avec l'évolution des forces sociales¹³³. Selon Anne la formation universitaire est particulièrement importante dans la compréhension qu'ont les experts d'eux-mêmes en tant que scientifiques et en tant que juristes acteurs de la scène internationale. Les prémisses de la discipline sont jugées comme allant d'elles-mêmes, relevant de la technique juridique¹³⁴.

Le moment d'élocution des experts s'accompagne d'un ensemble d'effets secondaires sociaux et politiques en lien avec leur objet d'étude. La présentation de résultats de recherche comme des faits rationnels et incontestables éclipse le rôle de la science dans les rapports de domination ou dans la distribution des richesses. La pratique et la théorie s'entre légitiment et leur co-constitution résulte en la contenance des champs d'étude dans des limites établies par les grandes prémisses sur lesquelles reposent les institutions¹³⁵. Dans son article « La raison scientifique et la discipline du droit international », Orford inspecte la relation entre la pratique du droit international et l'idéal objectif, positiviste et orienté sur l'action qui a fait pression sur le champ durant son histoire. Elle conclut que les modèles et idéaux scientifiques ont été contingents, soit créés politiquement et historiquement et en relation de co-costitution¹³⁶. Les instruments de droit sont composés de dispositions issues de plusieurs écoles de pensées qui s'affrontent. Les luttes au sein des institutions juridiques résultent en une sélection d'outils permettant de défendre des options politiques, mais cette sélection dépend tout juste de ce qui est offert, pensé et estimé comme étant possible par l'expertise¹³⁷. C'est cette restriction des possibles qui explique ce que l'on a mentionné plus tôt, soit le fait que le droit, comme seul conduit légitime, puisse représenter une distraction des

¹³² David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton Oxford, Princeton University Press, 2016 [Kennedy].

¹³³ *Ibid* à la p 4.

¹³⁴ Orford, *supra* note 100.

¹³⁵ Kennedy, *supra* note 132 à la p 5.

¹³⁶ Anne Orford, « Scientific Reason and the Discipline of International Law » (2014) 25:2 *European Journal of International Law* 369.

¹³⁷ Kennedy, *supra* note 132 à la p 10.

ambitions de changements radicaux¹³⁸. C'est le conflit de plusieurs argumentations opposées qui vont organiser la vie économique et politique. Mais la reproduction d'un ordre international et de ses rapports de domination ne peuvent être compris sans l'identification de la politique et des limites de l'expertise¹³⁹. À cela, Koskenniemi ajoute une observation sur l'évolution du droit international moderne. Toujours dans le cadre du désir de rendre ce dernier plus objectif alors qu'il est perçu comme étant plus politique que le droit national, la fragmentation en plusieurs branches de droit spécialisé était destinée à contribuer à l'augmentation du caractère apolitique du droit international. On a ainsi assisté à un renversement des anciennes dynamiques de pouvoir et un redoublement du caractère indéterminé du droit dans la mesure où la qualification juridique – et l'aboutissement du raisonnement juridique – dépendait du régime juridique choisit pour régler le problème légal auquel les juristes étaient confrontés. S'ajoute ainsi à la thèse des préjugés structurels un niveau d'indétermination du droit tel que les différents régimes juridiques et leurs différentes institutions détiennent leurs propres instruments de droit qui offrent des réponses aux problèmes juridiques confrontés. Les conflits politiques sont ainsi vus comme des conflits juridiques qui opposent plusieurs régimes et institutions aux projets divergents, ce qui permet l'exercice du pouvoir privé plutôt que de le limiter. La place des experts issus de milieux disciplinaires différents, soit l'instauration de systèmes fonctionnels, a ainsi complètement changé la structure du droit international en inscrivant en son sein une couche additionnelle d'indétermination liée au régime juridique et au système fonctionnel dont il est question pour répondre à un problème juridique¹⁴⁰. Dans le cadre d'une argumentation relevant d'une rhétorique des droits humains, la justification avec des arguments d'économie politique permet d'ancrer l'argumentation dans l'aspect pragmatique de mesures intervenant auprès de l'industrie pharmaceutique et de la justifier avec une forme d'expertise qui bénéficie d'un statut autoritaire. Mais la fonction des experts du droit international ne correspond pas à un usage de la raison destiné à la découverte réelle de la meilleure stratégie d'action, mais seulement à la présentation d'un système justifiant la forme juridique du projet politique qu'ils projettent réaliser.

¹³⁸ *Ibid* à la p 17.

¹³⁹ *Ibid* à la p 5.

¹⁴⁰ Martti Koskenniemi, « The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics » (2007) 70:1 *Modern Law Review* 1 [*Koskenniemi*] aux pp 1-8.

1.4.2 La technique et la mise en œuvre des droits humains

Le droit étant ambigu et indéterminé, les termes de sa mise en œuvre concrète ne sont pas détaillés. Dans l'optique de la réalisation des droits humains dans le cadre d'une rhétorique des droits humains, cela implique plusieurs propositions techniques contradictoires destinées à l'atteinte du même objectif. Kennedy affirme que les politiques de développement, desquelles l'objectif est la réalisation de l'ensemble des droits humains et le rehaussement des conditions de vie, sont à l'intersection de politiques économiques, sociales, historiques et culturelles sur le droit et la gouvernance. Toutefois, l'énonciation d'objectifs de réalisation des droits humains n'est pas toujours accompagnée de la marche à suivre pour assurer leur mise en œuvre de manière cohérente avec l'objet du droit. Les juristes jouent un rôle d'intermédiaire entre un ensemble de facteurs sociaux et leur traduction en droit¹⁴¹. Si l'indétermination est quelque chose qui peut effectivement s'étendre aux autres disciplines que le droit, l'utilisation de l'expertise est une nouvelle occasion d'exprimer des orientations politiques dans l'interprétation de la réalité sociale et la prescription de solutions adaptées désirées. Nous effectuons une différence entre un argument légaliste et un argument juridique issu d'une rhétorique des droits humains. Le premier est une différence directe à la norme, alors que le second inclut des directives de gouvernances associées à la réalisation du droit humain dont il est question. C'est pourquoi il est possible de distinguer trois volets à cet argument, soit l'énonciation du droit à réaliser, les politiques publiques et économiques à adopter pour y parvenir et l'argument juridique concernant les normes impliquées par ce processus de mise en œuvre. La particularité de ce type d'argument est qu'il dépend donc de visions très subjectives du bon fonctionnement des services sociaux et de la spécificité des infrastructures des États dont il est question. Par exemple, selon Alicia Ely Yamin, le droit à la santé dépend non seulement de la réalisation des autres droits humains et des systèmes juridiques et de santé, mais aussi « des interprétations de l'égalité et de phénomènes comme le commerce et les politiques fiscales relative à la gouvernance économique¹⁴² ». Les capacités de réalisation des droits dépendant hautement des moyens technologiques existants et à disposition, les conditions de réalisation du droit à la santé au regard du droit international « doivent être régulièrement revisitées du fait de l'évolution des tendances technologiques, économiques, épidémiologiques et démographiques ». L'acceptabilité

¹⁴¹ Kennedy, *supra* note 132 à la p 8.

¹⁴² Ely Yamin, *supra* note 8 à la p 159.

des traitements dépend des avancées technologiques observées¹⁴³. La technique médicale joue un rôle très important dans le secteur pharmaceutique, notamment pour les procédures de mise en vente des médicaments et la technique industrielle ou commerciale pour leur commercialisation¹⁴⁴. La légitimité et le caractère convaincant de l'argumentation juridique dépend donc directement de l'efficacité (ou l'efficacité perçue) des mesures économiques et politiques destinées à la réalisation d'un objectif énoncé.

1.5 Conclusion

Pour comprendre comment étaient composés les argumentations issus d'une rhétorique des droits humains, nous avons développé un cadre théorique comportant trois grandes thématiques : l'indétermination du droit, les droits humains et la technique. Reprendre les apports permettant de déceler les stratégies argumentatives et la politique contenues dans le discours à travers ces trois thèmes sera nécessaire pour évaluer des discours relevant d'une rhétorique des droits humains et proposant une vision économique pour justifier leur position vis-à-vis d'un débat depuis longtemps controversé. Nous cherchons toutefois à clarifier et à nuancer l'objectif du mémoire : moins que d'adopter d'emblée les prémisses proposées par les approches critiques, nous les utiliserons tout simplement pour mettre en relief les discours étudiés durant les chapitres suivants. Nous ne sommes pas de l'avis que la pratique du droit, des droits humains, ou de la technique soient complètement à rejeter. Pour Mark Goodale, le système des droits humains n'est ni à antagoniser dans son ensemble, ni à idéaliser, ni à considérer suffisant en tant que moyen permettant de parvenir à la maximisation des droits humains et à l'équité politique à l'échelle globale. Il a permis d'améliorer la situation de plusieurs populations, mais également de légitimer des rapports de pouvoir asymétriques. « Il a toujours été d'une importance critique, mais pas de la manière que les promoteurs du système auraient imaginées¹⁴⁵ ». L'objectif est ainsi de contribuer à un exercice issu d'une perspective critique à l'endroit du régime des droits humains, lequel pourrait être mobilisé pour légitimer des politiques autres ou mêmes contraires à son objet dans le cadre d'arguments juridiques.

¹⁴³ Ely Yamin, *supra* note 8 à la p 162.

¹⁴⁴ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 1592.

¹⁴⁵ Goodale, *supra* note 99 à la p 147.

Seulement, voir la pratique des droits humains comme au centre d'une pratique argumentative permet de prendre conscience de leur nature comme langage offrant un large spectre de possibilités, de l'émancipation à des discours fallacieux permettant de défendre les intérêts des plus puissants. Nous avons présenté les raisons pour lesquelles nous estimons que le droit peut être un outil de légitimation des politiques ainsi que les mécaniques de légitimation à travers le droit que nous illustrerons dans les chapitres à venir avec des exemples issus des discours étudiés. Le caractère légitimant attribué aux éléments discutés dans ce chapitre, le droit, les droits humains et l'expertise repose notamment sur l'oubli collectif – disciplinaire – du fait que l'instrumentalisation de ces éléments se fait à des fins d'argumentation. L'autorité des éléments étudiés – le droit, les droits humains et l'expertise – découle d'un détournement conscient disciplinaire du fait que ces derniers soient sollicités à des fins d'argumentation. L'indétermination laisse place à une utilisation plus libre de ces éléments dans l'argumentation et la prétention à la légitimité permet de solliciter un consentement aux effets d'une argumentation juridique qui semble objective et non contaminée de l'arbitraire du politique.

CHAPITRE 2

Le discours en défaveur de la Dérogation

2.1 Introduction

Le discours en défaveur de la Dérogation proposée par l'Inde et l'Afrique du Sud peut être résumé avec l'affirmation qu'il est plus avantageux du point de vue de la santé publique mondiale et de la maximisation de l'accès aux médicaments de préserver les droits de propriété intellectuelle tels qu'ils sont protégés par l'*Accord sur les ADPIC*¹⁴⁶ et de se servir des dispositions destinées aux exceptions pour jouir des flexibilités prévues par cet accord. Dans son article « An Unnecessary Proposal », James Bacchus a fait une critique du discours en faveur de la proposition de dérogation présentée par l'Inde et l'Afrique du Sud devant l'OMC. Selon lui, l'idée de suspendre les droits de PI pour que les médicaments deviennent des biens publics n'est fondé sur aucune preuve crédible. Il a qualifié l'attrait moral de la proposition de superficiel et s'est positionné contre l'affirmation que la Dérogation aurait des effets positifs sur l'effectivité des droits humains¹⁴⁷. En quoi consiste ce discours? Quel rapport entretient-il avec une rhétorique des droits humains? Quelles sont les stratégies argumentatives présentes dans ce discours? Dans ce chapitre nous allons présenter les arguments recensés dans le discours en défaveur de la Dérogation présentée devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Nous verrons si et comment ce narratif relève d'une approche des droits humains en visitant les arguments politiques, économiques et juridiques utilisés. Nous utiliserons des documents qui ont été rédigés dans l'objectif de contester la Dérogation, ainsi que la doctrine issue des auteurs supportant cette contestation. Les deux auteurs principaux choisis pour représenter la position en défaveur de la Dérogation sont James Bacchus et Bryan Mercurio. Le premier fut à plusieurs reprises mandaté à l'Organe d'Appel de l'OMC, y compris en tant que Président. Il fut membre du Congrès étatsunien et négociateur commercial pour le gouvernement. Il fut impliqué dans plusieurs initiatives internationales de développement durable et a présidé les activités internationales de l'une des plus grandes firmes juridiques mondiales¹⁴⁸. Le second est considéré comme l'un des principaux experts sur l'intersection entre le droit commercial et les

¹⁴⁶ *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 1.

¹⁴⁷ *Bacchus*, *supra* note 66.

¹⁴⁸ Centre for International Governance Innovation, en ligne : <<https://www.cigionline.org/people/james-bacchus/>>.

droits de PI. Il a travaillé pour les gouvernements canadien, étatsunien et australien comme fonctionnaire aux politiques commerciales, pratiquant ainsi le droit commercial et le droit à la propriété intellectuelle. Il effectue également un travail de consultation à l'OMPI¹⁴⁹. Nous avons ainsi choisi des auteurs ayant une grande expertise en droit international économique et qui ont été en contact étroit avec ses institutions.

En première partie, nous mettrons les bases des arguments contenus dans le discours en démontrant qu'ils s'inscrivent dans une rhétorique des droits humains telle que nous l'avons défini en introduction : soit la proposition d'instruments politiques et économiques destinés à la réalisation des droits humains. Bien que les fondements théoriques de l'utilisation de la PI ne soient pas directement liés aux droits humains, nous verrons qu'on est venu à considérer la PI comme un moyen utilitariste (indirect) de réalisation du droit à la santé. En deuxième partie, nous explorerons les arguments économiques mis de l'avant pour justifier l'importance du maintien du régime de PI. Nous verrons d'abord plus précisément par quel processus un droit exclusif sur un savoir technologique peut contribuer à l'innovation et à l'accessibilité des produits pharmaceutiques en créant un incitatif pour les inventeurs, sans lequel il n'y aurait aucune production pharmaceutique. Nous nous intéresserons ensuite au rôle de l'importance et de la disponibilité des stocks, et l'effet que ces derniers ont sur les prix des médicaments : soit le contre-argument à l'idée que le monopole créé par la PI rende inabordable les produits pharmaceutiques. Nous verrons finalement qu'un autre argument économique en défaveur d'une suspension des brevets est l'affirmation selon laquelle les pays du Tiers-Monde n'ont pas les infrastructures pour instrumentaliser le savoir technologique auquel ils cherchent à accéder. Ces arguments sont tous prononcés dans l'idée qu'adopter la Dérogation proposée serait contre-productif du point de vue de l'accès aux médicaments et de la santé publique globale. En troisième partie, nous nous intéresserons aux arguments juridiques destinés à la défense de l'*Accord sur les ADPIC*, lesquels sont fondés sur les conclusions des première et deuxième parties. Ces arguments cherchent à démontrer la possibilité de faire une interprétation du traité qui respecte et supporte les droits humains. Nous verrons d'abord que l'utilisation du système de licences obligatoires développé lors de l'adoption de la *Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*¹⁵⁰ fut recommandée et simplifiée pour la

¹⁴⁹ National Press Foundation, en ligne : <<https://nationalpress.org/speaker/bryan-mercurio/>>.

¹⁵⁰ *Déclaration de Doha sur les ADPIC*, *supra* note 16.

protection de la santé publique. Nous verrons ensuite que cette dernière déclaration était destinée à proposer une interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* qui est non seulement respectueuse des droits humains, mais aussi impliquée proactivement dans leur réalisation. Nous verrons finalement que des mécanismes alternatifs issus du droit international sont mis de l'avant et identifiés comme étant les actions qui auront réellement (contrairement à la Dérogation) un impact positif sur l'accès mondial aux produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19.

Dans ce chapitre, nous cherchons à montrer que le discours en défaveur de la Dérogation, en énonçant un objectif de proposer la meilleure réponse possible pour atténuer les conséquences et mettre fin à la pandémie, s'inscrit dans une rhétorique des droits humains en adoptant une posture utilitariste vis-à-vis de la PI. La considération des trois paliers de discours, soit la présentation d'arguments issus d'une rhétorique des droits humains, économiques et juridiques nous permettra de comprendre que l'on cite un objectif de réalisation des droits qui permet d'ancrer le discours dans la morale, l'éthique et la légitimité, des mesures politiques et économiques destinés à la réalisation des droits humains, et un discours juridique en faveur du maintien de règles de droit dont l'usage et l'interprétation sont justifiés par affirmations précédentes.

2.2 Droits humains et propriété intellectuelle

Dans cette section, nous cherchons à démontrer qu'on a justifié aux niveaux philosophique et juridique qu'on pouvait faire un usage de la PI bénéfique pour la réalisation des droits humains. Nous verrons d'abord que les fondements théoriques sur lesquels le discours proposé sont issus de philosophies cherchant à maximiser le bien commun et les conditions de vie. Nous expliquerons ainsi la pensée de Locke sur la propriété privée et l'importance de l'utilitarisme dans l'utilisation de mesures économiques ou privées pour la réalisation d'objectifs généraux bénéficiant à tous. Nous verrons ensuite la relation du droit à la PI aux droits humains. La PI est rarement invoquée comme droit humain en tant que fin, mais plutôt comme moyen pour réaliser les autres droits humains, notamment le droit à la santé et au développement.

2.2.1 Fondements théoriques des droits humains et de la propriété intellectuelle

Nous nous sommes intéressés aux auteurs ayant analysé une rhétorique des droits humains de la propriété intellectuelle, ainsi que les auteurs fondateurs des concepts lui étant associés. Robert L.

Ostergard Jr, dans son article « Intellectual Property : A Universal Human Right? » relève deux tendances de raisons théoriques de cette qualification de la PI comme un droit humain. La première est la théorie de Locke du travail et de la propriété, et la seconde est l'utilitarisme¹⁵¹. Dans le second *Traité du gouvernement civil* datant de 1689, John Locke a inclus le Chapitre V : « De la propriété des choses ». Il y explique que l'avantage (ou l'utilité) ne peut être tiré des ressources qu'à travers l'appropriation de ces dernières et leur transformation par le travail, lequel est le propre de celui qui l'effectue¹⁵². Pour John Locke, « ce qui est laissé en commun serait entièrement inutile, si on ne pouvait en prendre et s'en approprier quelque partie et quelque voie. Il est certain qu'en ces circonstances on n'a point besoin du consentement de tous les membres de la société » : c'est donc le travail qui nous permet de nous approprier légitimement des choses qui pourraient appartenir potentiellement à tous pour créer des bénéfices qui pourraient être partagés¹⁵³. Il a insisté sur le besoin de faire preuve de modération dans l'appropriation pour éviter les contestations de propriété, modération facile à exercer dans la mesure où il considère que les ressources viennent en quantités abondantes¹⁵⁴. Locke a déterminé que ce genre d'appropriation qui concerne des ressources qui semblent illimitées ne peut faire de tort à personne¹⁵⁵. Il a toutefois limité les possibilités d'appropriation avec « les droits d'autrui », affirmant que qu'on ne peut s'approprier un bien si cela porte préjudice à un tiers¹⁵⁶. Les deux grandes prémisses de la pensée de Locke sont donc les suivantes : il faut effectuer un travail *exclusif* (réalisé par un nombre limité de personnes) pour tirer avantage des ressources, ce qui justifie l'appropriation de ces dernières, et la limite de cette appropriation est les droits des autres. Dans la mesure où cette appropriation est bénéfique et inoffensive, elle est donc légitime et éthique.

Selon Anne Orford, les écrits de Locke ont donné naissance à une véritable tradition libérale de la pratique des droits humains. Cette dernière repose sur l'identité du détenteur de droit, s'affirmant comme sujet propriétaire. Dans la conception libérale, par exemple celle de John Locke, le fait de

¹⁵¹ Robert L Ostergard, « Intellectual Property: A Universal Human Right? » (1999) 21:1 *HRQ* 156 [Ostergard] à la p 162.

¹⁵² John Locke, *Traité du gouvernement civil*, classiques des sciences sociales, Chicoutimi, 2002, au para 26.

¹⁵³ *Ibid* au para 28.

¹⁵⁴ *Ibid* au para 31.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 33.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 36.

jouir d'une propriété est un élément de ce qui donne son humanité et sa capacité de travail à un individu¹⁵⁷. Au siècle des Lumières, plusieurs penseurs ont considéré que le droit à la propriété devait être considéré comme un droit fondamental¹⁵⁸. Nous pouvons donc affirmer que ces prémisses donc ancrées dans cette pratique des droits humains. Mais Ostergard qualifie de problématique l'application de la théorie Locke à la PI. Comme nous l'avons vu en introduction, les acteurs critiques de la PI estiment que cette dernière a des effets négatifs sur les droits humains de certains individus, ce qui peut être considéré comme une atteinte aux droits d'autrui ou un préjudice comme Locke l'entendait. Dans la mesure où une innovation se construit à partir du savoir technologique préexistant, l'impossibilité d'accéder à la PI en cas de monopole limite le développement de technologies potentielles qui utiliseraient ce savoir qui pourraient être inventées par des chercheurs non-propriétaires des dernières innovations. Considérant que la PI n'est pas une ressource tangible comme une autre, et que l'inaccessibilité à cette dernière implique forcément l'inaccessibilité d'individus à des ressources qui pourraient contribuer à la réalisation de leurs droits fondamentaux, une rhétorique des droits humains appliquée à la PI doit prouver qu'elle est un *meilleur* moyen pour la réalisation de ces mêmes droits. Il s'intéresse donc également à l'utilitarisme, soit la justification traditionnelle de la nouvelle économie du savoir basée sur le système de brevets¹⁵⁹.

L'utilitarisme a émergé au XIX^{ème} siècle au Royaume-Uni, avec le penseur Jeremy Bentham et consiste à juger les choses en fonction de leurs capacités à produire « bénéfiques, avantages, plaisirs, biens ou bonheur [...] ou prévenir l'apparition de torts, douleurs, malices, ou malheurs [notre traduction] ». Il s'agit de maximiser l'intérêt de la communauté par la maximisation de la somme des intérêts des individus qui la composent. Jeremy Bentham considérait qu'une action était alignée avec le principe de l'utilitarisme quand « sa tendance à augmenter le bonheur de la communauté était supérieure à celle de la diminuer »¹⁶⁰. Selon John Stuart Mill, le critère de cette école de pensée

¹⁵⁷ Anne Orford, « The Subject of Globalization: Economics, Identity and Human Rights » (2000) 94 *American Society of International Law* 146 [Orford, *Globalization*].

¹⁵⁸ Patricia H Werhane et Michael Gorman, « Intellectual Property Rights, Moral Imagination, and Access to Life-Enhancing Drugs », (2005) 15:4 *Business Ethics Quarterly* [Werhane et Gorman] à la p 596.

¹⁵⁹ Ostergard, *supra* note 151 à la p 162.

¹⁶⁰ Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, The collected works of Jeremy Bentham, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, à la p 13.

était « la plus grande somme de bonheur pour le tout », notamment en préservant au maximum les individus de potentielles souffrances¹⁶¹. Une mesure utilitariste doit donc, *in fine*, avoir une influence globalement positive sur les conditions de vie d'une communauté qui se mesure par un calcul rationnel des coûts et des bénéfices. Selon Will Kymlicka, l'utilitarisme propose une moralité ne dépendant pas de dieux ou de religions mais d'une maximisation impartiale du bonheur. Le conséquentialisme, courant auquel appartient l'utilitarisme, demande à celui qui émet des jugements moraux de les justifier par leurs conséquences en expliquant le tort causé par les choses qu'il considère comme étant mauvaises, et le bien causé par une actions jugée bonne. L'utilitarisme permet ainsi de s'assurer que les règles sont utiles. Il priorise le bien-être humain en le mettant au centre de la morale et au centre des activités des institutions¹⁶². Il s'agit d'un calcul rationnel destiné à satisfaire un maximum de préférences individuelles, tout en faisant un examen des conséquences pour la détermination de l'action moralement valide à entreprendre¹⁶³. Les utilitaristes s'intéressant aux règles (*rule-based utilitarianism*) poursuivent d'ailleurs particulièrement souvent la réalisation des droits humains¹⁶⁴.

Ostergard a décrit un utilitarisme se basant sur la responsabilité sociale des individus que le sens moral incite à la contribution au bien commun. La PI est une opportunité de charger certains acteurs exclusivement à un projet qui bénéficiera à la société et qui sera à l'origine des innovations avantageuses. On priorise le bien-être social sur le long terme plutôt que le court, en faisant le compromis de limiter l'accès sur le court terme pour assurer une forme de progrès à long terme. La justification utilitariste de la propriété intellectuelle découle du fait que tous les produits dépendent de la protection fournie par les droits¹⁶⁵. Jeremy Bentham s'est intéressé dans son *Manuel de l'économie politique* à trouver des moyens de maximiser les richesses. Il y a affirmé qu'il était nécessaire de protéger les nouvelles inventions des imitateurs, pour que les inventeurs ne se retrouvent pas face à une concurrence construite avec une invention lui ayant coûté du temps et des ressources, alors qu'il en mérite les avantages associés. S'il ne lui est pas laissé un certain

¹⁶¹ John Stuart Mill, *Utilitarisme*, Classiques des sciences sociales, Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2004, à la p 19.

¹⁶² Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, Oxford [England] : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1990 [Kymlicka] à la p 11.

¹⁶³ *Ibid* à la p 20.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 28.

¹⁶⁵ Ostergard, *supra* note 151 à la p 162.

temps pour bénéficier des avantages créés par l'exclusivité des droits sur son invention, aucune innovation ne pourra s'effectuer, résultat du sentiment de déception du créateur tout comme des travailleurs derrière cette dernière. Mais Bentham recommande de faire prudence vis-à-vis d'un potentiel abus de ces droits, des créateurs demandant des retours trop importants ou une exclusivité disproportionnée, ce qui est contre-productif au regard de l'objectif final de maximisation des bénéfices pour la société¹⁶⁶. La pensée de Bentham implique donc la prémisse selon laquelle sans la jouissance des bénéfices de droits exclusifs pour une période donnée, les individus impliqués dans le processus d'innovation ne poursuivront pas celui-ci.

La PI fut reconnue par les autres utilitaristes également comme un moyen de contribuer à la maximisation du bien-être, le bien-être commun comme le bien-être social. Les biens culturels et le progrès industriel peuvent avoir un effet monétaire positif sur la société. Ils ont développé une notion de bien public en la définissant comme l'alignement des produits privés avec la valeur de leurs effets sociaux. Le droit des brevets, comme garant d'une récompense, incite ainsi les activités innovantes pour les orienter vers des projets d'utilité générale. L'exception à l'action directe pour le bien-être social, soit la gratuité de l'information tout dernièrement découverte, est le besoin de trouver un incitatif à la recherche et au développement¹⁶⁷. Le système de brevet cherche à inciter au développement de nouvelles technologies avantageuses pour un maximum de personnes. Il a comme objectif de lier les intérêts privés aux intérêts publics, et non pas de simplement servir les premiers. La PI est destinée à rendre la technologie accessible au domaine public. Elle a été développée pour limiter les obstacles à l'accès aux médicaments, et non pas en créer¹⁶⁸. Il est le moyen développé par un ensemble de penseurs pour assurer la production humaine de savoir à des fins d'intérêt public, notamment, la réalisation des droits humains.

¹⁶⁶ Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, 3, Works of Jeremy Bentham, John Bowring, dir, Edinburgh, 1843, section 23.

¹⁶⁷ Ritu Paul, « Intellectual Property Rights: A Utilitarian Perspective » (2021), en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3842429> à la p 5.

¹⁶⁸ WIPO, *Preliminary Comments of WIPO to the WHO commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health*. En ligne : <https://www.wipo.int/documents/d/global-health/docs-en-pdf-who_comments.pdf>. [WIPO, *Preliminary Comments*].

Cependant, force est d'admettre que Jeremy Bentham était un grand critique des droits naturels et que sa pensée s'est inscrite contre leur utilisation¹⁶⁹. Il n'est toutefois pas ici question de faire référence aux utilitaristes classiques pour justifier l'utilisation d'une rhétorique des droits humains. Au contraire, nous désirons insister sur le caractère spécifique et situé de la considération du courant utilitariste pour la réalisation des droits humains telle qu'analysée par des auteurs comme Ostergard ou Kymlicka. Premièrement, bien qu'ils fassent référence à des éléments différents, nous sommes de l'avis que la santé publique (une forme de bien-être social, c'est-à-dire l'objet du courant utilitariste) et le droit à la santé individuel sont interdépendants : l'amélioration de la première est forcément nécessaire à la réalisation du second. Dans la Fiche d'information 31 sur le droit à la santé, la santé publique est d'ailleurs présentée comme le moyen de réalisation du droit à la santé, un système par lequel les individus pourront accéder aux ressources nécessaires pour garantir leur droit¹⁷⁰. Deuxièmement, nous rappelons la mention de l'objectif de réalisation de l'accès équitable aux produits de santé (lequel fait partie intégrante du droit à la santé) dans les documents se positionnant en défaveur de la Dérogation ou en faveur du maintien de forts droits de PI. Troisièmement, selon Kymlicka, l'utilitarisme est moins un positionnement politique clair et établi qu'une méthode associée à l'amélioration du bien commun comme morale. En ce sens, il est clair que l'objectif d'au moins plusieurs des défenseurs de l'utilisation de forts droits de PI prend la forme soit d'une volonté de maximisation de la santé publique à court, moyen et long terme, ou de la réalisation des différents éléments du droit à la santé. Le caractère intermédiaire de la PI fait d'elle un instrument qui rejoint un discours rationnel et calculateur à des fins de maximisation du bien commun de la même manière qu'un discours utilitariste le ferait, peu importe quel serait l'objet du déploiement du discours, quelconque élément participant à la réalisation du bien-être sociale choisi. Nous rappellerons l'extrait de l'Observation générale no 3 qui souligne la latitude avec laquelle les États peuvent proposer des politiques indirectes et progressives destinées à la réalisation des droits humains, soit reposant notamment sur l'utilisation de procédures indirectes ou intermédiaires. En ce sens, Koskeniemi affirme dans son article « The Fate of Public International Law » que « l'utilitarisme est la constitution politique d'un monde dépolitisé [notre

¹⁶⁹ Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère, « 3. Les droits de l'homme contre l'utilité sociale. Une critique progressiste : Jeremy Bentham et Auguste Comte », dans *Le Procès des droits de l'homme*, Paris, Éditions du Seuil, 2016 129.

¹⁷⁰ HCNUDH, *Fiche no 31*, *supra* note 4 à la p 4.

traduction]», soit le mode de justification de la politique par l'argumentation experte¹⁷¹. Or, c'est de cette manière que nous avons choisi de définir le concept de rhétorique des droits humains dans le cadre de la recherche, soit une méthode en trois temps où un argument juridique est légitimé par un objectif de réalisation des droits humains et le déploiement d'une mécanique pragmatique et experte de mise en œuvre des droits. En résumé, il existe une identification à la PI en contexte pharmaceutique un moyen intermédiaire de nature technique (juridique et économique) et non politique de parvenir à la réalisation d'un aspect du droit à la santé aux produits de santé.

2.2.2 Le(s) droit(s) à la propriété intellectuelle

Initiée par John Locke, l'importance du droit à la propriété s'est maintenue dans les instruments des droits humains du XX^{ème} siècle. Pour ce qui est de la PI, le droit d'un individu « à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur » est protégé par l'article 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁷². L'article 15 du PIDESC protège le droit de « bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur¹⁷³ ». Comment ce droit est-il utilisé? Quel rapport entretient-il avec l'*Accord sur les ADPIC*? Le droit humain à la propriété intellectuelle et à la jouissance des intérêts qui en découle est relativement peu invoqué dans le discours en défaveur de la Dérogation du 2 octobre 2020. Certains acteurs revendiquent « leur droit à la propriété » dans le contexte du débat, mais généralement l'argumentaire repose sur l'utilité économique du droit à la PI, et non pas son caractère humain ou fondamental. Ce droit n'a pas non plus été repris par les instruments juridiques destinés à la protection de la PI, comme l'*Accord sur les ADPIC* la *Convention de Berne*, de Rome ou de Paris n'en font aucune mention. Ces instruments font davantage référence à des droits « privés » ou des droits « exclusifs », qui s'appliquent plutôt dans le secteur privé que le secteur public. Helfer a interprété leur utilisation, la formulation d'un « droit d'un individu à la propriété intellectuelle » comme la mise de l'avant d'un désir de réalisation des bons effets économiques et sociaux de la PI,

¹⁷¹ Koskeniemi, *The Fate of Public International Law*, *supra* note 140 à la p 29.

¹⁷² *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A(III), Doc off AGNU, 3 e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71, art. 27 alinéa 2.

¹⁷³ PIDESC, *supra* note 36 art. 15 1 c).

plutôt qu'une forte considération pour ce que cette dernière signifie pour les individus qui en bénéficient¹⁷⁴.

L'observation général no 17 du Comité des DESC s'est intéressée à l'interprétation de l'article 15 alinéa 1 c) du *PIDESC*. Elle a effectué la distinction entre le droit protégé par cette disposition et les droits de propriété intellectuelle des autres instruments juridiques, le premier appartenant au régime des droits humains – lesquels sont «[f]ondamentaux, inaliénables et universels» et «inhérents à la personne» – les seconds étant instrumentaux et négociables – «les moyens dont les États peuvent se servir pour promouvoir l'esprit d'innovation et de créativité, encourager la diffusion de productions créatives et innovantes [...] dans l'intérêt de la société dans son ensemble»¹⁷⁵. Le Comité fait donc une importante distinction entre les deux droits, le premier destiné à assurer un niveau de vie suffisant pour le créateur, et le maintien d'un patrimoine culturel et étant limité très clairement par les autres droits contenus dans le même article ; le second destiné selon lui à protéger la maximisation des intérêts commerciaux, mais détenant un potentiel de maximisation des intérêts de l'ensemble¹⁷⁶. Nous explorerons ce potentiel en troisième partie. Comment a-t-on justifié au niveau économique le lien entre la réalisation des droits humains et l'action contre-intuitive de monopoliser le savoir technologique? Par quel processus économique et industriel la PI représente-t-elle un moyen de réalisation des droits humains?

2.3 Les arguments économiques

La théorie économique des brevets est apparue dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, notamment durant les années 1960. On a établi les bases de la légitimité des brevets, en leur associant deux fonctions : celle de l'incitatif à l'investissement, et une informative, correspondant à l'obligation de partager le savoir technologique acquis après la période déterminée¹⁷⁷. On a estimé que cette deuxième fonction répondait à l'inquiétude liée à l'exclusivité des fruits de l'innovation

¹⁷⁴ Helfer, *supra* note 64 à la p 980.

¹⁷⁵ Comité des DESC, *Observation générale No 17 (2005): Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte)* Doc off CES NU, 35^e sess, E/C.12/GC/17 au para 1.

¹⁷⁶ *PIDESC*, *supra* note 36 art. 15 1 b).

¹⁷⁷ Armin Mertens et Marc Scheufen, « Intellectual property and fourth industrial revolution technologies: how the patent system is shaping the future in the data-driven economy » (2024) 57:1-2 *Eur J Law Econ*, 275 à la p 277.

du fait de la monopolisation du savoir, imposant aux détenteurs de brevets une obligation de partager les connaissances après la fin de la période de protection de leur PI. Depuis les années 1980, la littérature se concentre sur la détermination de paramètres de durée et de couverture optimales des brevets, pour trouver l'équilibre optimal entre les bénéfices et les coûts de la protection de la PI. Le modèle de Nordhaus fut considéré comme un pionnier en la matière, en liant les bons effets des droits de PI à l'élasticité des prix du produit en demande. La doctrine plus récente s'est intéressée à des propositions de modèles qui proposaient des variations en termes de couverture, de temps de protection, de l'utilisation de licences obligatoires, ou d'autres alternatives au système de brevets. Des études furent également menées sur les effets positifs des incitatifs à l'investissement et depuis les années 2000 des processus d'innovation ouverte ou des mises en commun des technologies ont été discutées¹⁷⁸. Il existe donc une pratique cherchant à trouver les termes optimaux de conditions des brevets en fonction de l'environnement économique pour maximiser leurs effets bénéfiques sur l'accès à l'innovation.

Comme l'a noté le Haut-commissariat des droits de l'homme dans son rapport de 2001, les débats sur la PI se resserrent surtout autour des mécanismes techniques et des effets concrets de cette dernière sur le commerce des médicaments. Qu'il existe des mesures juridiques dans *l'Accord sur les ADPIC* qui théoriquement protègent les droits humains, cela est incontesté. De même pour les bons effets d'une innovation fructueuse et productive et la production de nouveaux produits de santé. Les désaccords de part et d'autre du débat, soit la bienfaisance ou la nocivité des droits de PI relèvent d'une appréciation de ses effets pratiques, donc économiques et industriels. Les acteurs en défaveur de la Dérogation soutiennent que l'Accord n'interfère pas avec la réalisation du droit à la santé et l'accès aux médicaments et au contraire qu'une suspension des droits de PI affecterait la volonté des scientifiques à innover, et le développement de nouvelles technologies et de nouveaux médicaments. Le discours étudié défend une théorie économique qui décrit l'innovation comme étant indissociable des revenus générés par les droits de propriété intellectuelle, et ainsi l'effectivité du droit à la santé au maintien de ces droits. Dans cette section, nous verrons quels sont les arguments économiques mis de l'avant par les acteurs en défaveur de la Dérogation. Nous avons vu que le maintien des droits de PI pouvait être considéré comme le meilleur moyen de parvenir à des fins de réalisation des droits humains. Dans le cadre du débat sur la Dérogation, nous

¹⁷⁸ *Ibid* à la p 278.

verrons qu'il est considérée non plus comme le meilleur, mais comme le *seul* moyen adapté à la structure de l'économie. Ces derniers visent à démontrer que l'adoption de la Dérogation serait sans effets positifs, et aurait même des effets nocifs. Nous nous attarderons d'abord sur une analyse plus approfondie des effets de la PI sur la commercialisation des produits de santé, qui montrent les conséquences négatives à court et à long terme d'une suspension temporaire des droits de PI. Nous verrons ensuite comment la question des coûts des produits de santé entre en jeu. Nous explorerons finalement un argument qui explique l'inutilité de la Dérogation par l'incapacité des pays du Tiers-Monde à s'en servir.

2.3.1 Le fonctionnement de la propriété intellectuelle

L'argument économique des bons effets de la PI approfondit avec un champ conceptuel plus technique les prémisses théoriques posées par la rhétorique des droits humains, parce qu'ils sont profondément liés. Les États qui se sont opposés à la Dérogation ont associé le développement rapide des vaccins et produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19 aux normes de protection de PI. Pour eux, le régime de PI a fait ses preuves au moment même de la crise sanitaire, et il serait donc contre-productif d'y déroger. À l'OMC, la communication du 4 juin 2021 présentée par l'Union Européenne au Conseil des ADPIC stipule que ;

La mise au point rapide de plusieurs vaccins sûrs et efficaces contre la COVID-19 a montré la valeur de la propriété intellectuelle en ce qui concerne la nécessité de stimuler et de récompenser la recherche et l'innovation. Avec le soutien du financement public, les entreprises pharmaceutiques et biotechnologiques du monde entier se sont appuyées sur leurs compétences et ont investi des ressources pour trouver des solutions contre la COVID-19. Plusieurs vaccins efficaces étant désormais disponibles, la recherche pour trouver d'autres vaccins et de nouveaux traitements contre la COVID-19 se poursuit. Dans ce contexte, le rôle de la propriété intellectuelle restera essentiel [nos caractères soulignés]¹⁷⁹.

On insiste ici sur le rôle économique que joue la PI pour décourager l'initiative de la suspendre temporairement, affirmant que c'est l'instrument juridique qui a créé des conditions économiques permettant les avancées et l'obtention de produits de santé. Ses effets ont donc été positifs et non négatifs sur le développement et l'accès aux produits de santé. Le Royaume-Uni a, dans sa

¹⁷⁹ OMC, *Réponses d'urgence*, *supra* note 17.

communication présentée devant le Conseil des ADPIC trois ans après la proposition de dérogation, présenté un argument similaire :

Le cadre multilatéral de propriété intellectuelle (PI) a joué un rôle déterminant dans la réponse à la COVID-19. Avant que la COVID-19 ne soit déclarée urgence de santé publique d'intérêt international, le cadre a contribué à inciter au développement de produits et technologies innovants, sûrs, de qualité et efficaces pour le traitement, la prévention et l'endiguement de la COVID-19 et a permis le développement de ces produits et technologies, en donnant aux détenteurs de droits et aux autres parties prenantes la confiance nécessaire pour investir dans les activités de recherche-développement, par exemple la technologie à base d'ARN messenger¹⁸⁰.

Les acteurs en faveur de la Dérogation argumentent que les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* portent atteinte à la réalisation des droits humains, en laissant les intérêts privés de quelques-uns prévaloir sur les droits de l'ensemble. Au contraire, les acteurs qui défendent l'Accord argumentent que ce dernier *instrumentalise* la concurrence et la poursuite d'intérêts privés à des fins de bien public. Un document de travail de l'OMPI paru en 2007 a expliqué la controverse vis-à-vis du rôle de la PI dans l'accessibilité des médicaments avec le caractère contre-intuitif de la mesure nécessaire d'exclure de manière ciblée et pour une durée limitée certains produits du domaine public. Il a affirmé que les droits de PI étaient destinés à servir en tant que moyen de promouvoir le bien-être public, et que l'intérêt privé et consciemment « attelé » par le système de brevets comme instrument pour l'intérêt général¹⁸¹. Le rôle même du régime de propriété intellectuelle est de diriger l'intérêt privé pour qu'il produise des bénéfices pour la société entière¹⁸².

James Bacchus a supporté dans son article « An Unnecessary Proposal : A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines » que s'il n'existe aucune preuve que la propriété intellectuelle représente une barrière réelle à l'accès aux médicaments et technologies liées à la lutte contre la COVID-19, alors les négociations menées concernant la Dérogation représentent une perte de temps et de ressources qui pourraient être mieux investies dans la

¹⁸⁰ OMC, *PI, licences volontaires et transferts de technologie*, *supra* note 9 au para 8.

¹⁸¹ WIPO, *Human Health and the IP System: Innovation, Access and Public Welfare. Working draft: An Overview of the Issues*, 2007 [WIPO, *Working Draft*] aux pp 4-5.

¹⁸² WIPO, *Preliminary Comments*, *supra* note 168.

coopération internationale destinée à la réponse à la pandémie¹⁸³. Bryan Mercurio affirme également qu'il n'existe aucune raison de penser que la suspension des droits de propriété intellectuelle permettra de maximiser la distribution des produits de santé. Accuser les droits de propriété intellectuelle de compromettre l'accès aux médicaments ne constitue qu'une distraction aux vrais problèmes qui sont plutôt liés à la production, la logistique et les capacités de production spécifiques aux États¹⁸⁴. Non seulement cette suspension temporaire des droits de PI ne bénéficierait à personne, mais elle nuirait aux bons effets de l'*Accord sur les ADPIC* sur la circulation et l'accès aux produits de santé¹⁸⁵. Le système de propriété intellectuelle a été créé pour encourager et récompenser la créativité et bénéficier à la société. Même si la Dérogation contribuait à maximiser l'accès aux moyens de lutte contre la COVID sur le court terme, elle éliminerait les incitatifs nécessaires pour générer l'innovation sur le long terme. Cela aurait pour effet de prévenir la découverte et le développement d'un savoir dont le monde entier a besoin¹⁸⁶. Les représentants de l'industrie pharmaceutique soutiennent que même à court terme, une désorganisation des approvisionnements en vaccins, les stocks étant déjà limités, serait nuisible à la production vaccinale¹⁸⁷.

Le secteur pharmaceutique est particulièrement dépendant de l'utilisation de brevets. On considère que la survie de l'industrie dépend de leur maintien et des revenus qu'ils génèrent qui pourront financer la recherche et le développement. Sans la promesse d'un revenu, beaucoup moins seraient prêts à effectuer des investissements risqués dans des recherches très coûteuses et les premiers touchés seraient les patients et les consommateurs de produits pharmaceutiques eux-mêmes. Ainsi, même si l'accès aux produits de santé était facilité à court terme, la définanciarisation à long terme du secteur affecterait la capacité à produire des technologies innovantes ayant le potentiel de traiter les problèmes de santé pour lesquels il n'existe pas encore de traitement¹⁸⁸. Un document réalisé conjointement par l'OMC et l'OMS, en 2002 s'est intéressé au lien entre l'*Accord sur les ADPIC*

¹⁸³ *Bacchus, supra* note 66.

¹⁸⁴ *Mercurio, supra* note 66 à la p 31.

¹⁸⁵ *Bacchus, supra* note 66.

¹⁸⁶ *Mercurio, supra* note 66 à la p 16.

¹⁸⁷ *Trebilcock, supra* note 40.

¹⁸⁸ *Werhane et Gorman, supra* note 158 à la p 598.

et les droits humains. Dans la section sur l'accès aux médicaments, plusieurs études investiguant le lien entre une forte protection des droits de PI et l'investissement dans la recherche pharmaceutique. Les études consultées ont révélé que « les brevets sont considérés comme le facteur le plus important dans les décisions concernant la R-D et le développement de nouveaux produits », et ce spécifiquement dans le secteur pharmaceutique. Cela s'explique par les coûts particulièrement élevés de la recherche pharmaceutique, et le facteur de risque assez important du secteur dans lequel la production d'un grand nombre de médicaments ne s'avère pas rentable. Ce risque peut être atténué par les investissements publics, mais d'autres études ont lié les possibilités de profit aux investissements des entreprises alors rivales pour leur exploitation¹⁸⁹.

Dans le milieu pharmaceutique, le développement de médicaments est inconcevable sans les droits de PI, car il n'y aurait aucun investisseur prêt à financer les projets de recherches sans garantie de retour financier¹⁹⁰. La garantie de revenus aux investisseurs et créateurs de produits de santé est vitale pour assurer la rentabilité de l'activité industrielle pharmaceutique. Pour Mercurio, il aurait été « inimaginable » que des scientifiques entreprennent le développement de la technologie ARN, délicate et compliquée, sans le prospect d'une protection de leurs droits de propriété intellectuelle. Il a affirmé que les capitalistes refuseraient d'investir dans les coûts associés à la recherche et de produire un médicament qui n'assurerait pas les revenus pour rembourser ces coûts¹⁹¹. Selon le directeur de firme étatsunienne Acorda Therapeutics, l'idée que la déclaration d'une urgence mondiale suffise pour que la levée des brevets soit prononcée serait une menace inquiétante au droit des brevets. Faute de la garantie de rémunération générée par ces droits, les entreprises n'auraient plus d'incitatif à investir lors de la prochaine pandémie mondiale, et « la finalité du système du droit de la propriété industrielle serait donc remise en cause¹⁹² ». Ainsi, si la Dérogation était adoptée, les compagnies pharmaceutiques seraient réticentes à s'impliquer dans la recherche destinée à la lutte contre la prochaine pandémie¹⁹³. Mais si cet outil fait davantage que semer

¹⁸⁹ OMC et OMS, *Les accords de l'OMC et la santé publique: étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 2002, à la p 104.

¹⁹⁰ Gabrielle Marceau et Shivani Garg, « The Role of the WTO in the Global Response to the COVID-19 Pandemic » (2021) 18:3 *Int Organ Law Rev* [Marceau et Garg] à la p 364.

¹⁹¹ Mercurio, *supra* note 66 à la p 17.

¹⁹² Clara Grudler, « Levée des brevets sur les vaccins anti-Covid : solution miracle ou dangereux mirage?: Étude sur une proposition ralliée ou contestée » (2022) 14 *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 31 [Grudler] à la p 41.

¹⁹³ Mercurio, *supra* note 66 à la p 30.

l'étincelle du financement nécessaire à la recherche et au développement, c'est parce qu'il agit à nombreuses des différentes étapes d'un cycle. Toujours selon la Note d'information de l'OMC :

Dans un système de propriété intellectuelle équilibré, les droits exclusifs conférés par les DPI peuvent servir d'incitation à l'investissement à chaque étape du cycle d'innovation et de mécanisme pour combiner et échanger des intrants technologiques provenant de différentes sources. Les choix stratégiques effectués aux niveaux régional et national concernant la conception et la mise en œuvre du système de propriété intellectuelle, ainsi que la gestion de la propriété intellectuelle, peuvent également influencer directement sur les résultats de la recherche-développement (R-D) et sur l'accès à ces derniers [nos caractères soulignés]¹⁹⁴.

Le site de l'OMC propose un chapitre destiné à l'assistance technique aux fins de l'innovation dans les technologies médicales. Ce dernier est issu d'une étude trilatérale entre l'OMS, l'OMPI et l'OMC. Il y est affirmé que le système de brevets est destiné à soutenir l'innovation, et que les différentes formes de propriété intellectuelle sont couvertes par des normes minimales destinées à laisser une grande marge de manœuvre aux responsables pour leur application. Les produits et les procédés de fabrication sont couverts par plusieurs brevets¹⁹⁵. Les choix faits dans le système de PI y sont présentés comme pouvant être déterminants pour les cycles d'innovation à chacune des étapes traversées. Il existe des questions de propriété intellectuelle à chaque stade du processus de développement de produits, de la planification de l'innovation pour des résultats en matière de santé à la phase de distribution et de commercialisation¹⁹⁶. En plus de l'incitation aux subventions, le moment de négociation d'un droit de PI permet de consolider des stratégies de gestion pour des solutions globales incluant des approches différentes et adaptés aux États en fonction de leur niveau de richesse, notamment vis-à-vis des prix des traitements ou de l'accès public aux projets de recherche¹⁹⁷. On cherche à créer un climat de confiance nécessaire pour obtenir des investissements dans les activités de recherche-développement¹⁹⁸. Selon les acteurs en défaveur de la Dérogation,

¹⁹⁴ OMC, *Note d'information sur l'Accord sur les ADPIC et la COVID-19* (15 octobre 2020). [OMC, *Note sur l'Accord sur les ADPIC*] à la p 2.

¹⁹⁵ OMC, OMS, et OMPI, *Promouvoir l'accès aux technologies médicales de l'innovation: intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce*, 2^e éd éd, Genève, 2021. https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trilatweb_f/ch2b_trilat_web_13_f.htm

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ WIPO, *Working Draft*, *supra* note 181 à la p 1.

¹⁹⁸ OMC, *PI, licences volontaires et transferts de technologie*, *supra* note 9 au para 1.

le régime de PI et ses dispositions ont eu de bons effets sur le développement et l'accessibilité des produits de santé. Les particularités du secteur pharmaceutique rendent la production sans brevets difficiles à concevoir. Ces derniers instrumentalisent la concurrence et la poursuite d'intérêts privés pour des bénéfices à la population, et ce notamment en créant des moments de coopération à toutes les étapes du processus d'innovation et de développement destinés à encadrer, adapter et ajuster les droits de PI aux besoins spécifiques.

2.3.2 L'abordabilité des produits de santé

Le texte de la Dérogation présentée par l'Inde et l'Afrique du Sud a affirmé qu'il était nécessaire que les produits de santé soient rendus disponibles et abordables. Au paragraphe 7, on lit :

Il existe d'importantes préoccupations concernant la façon dont les nouveaux diagnostics, thérapies et vaccins pour la COVID-19 qui sont développés seront mis à disposition dans les moindres délais, en quantités suffisantes et à un prix abordable pour répondre à la demande mondiale. De graves pénuries de produits médicaux ont également fait courir de grands risques à des patients souffrant d'autres maladies transmissibles et non transmissibles¹⁹⁹.

Or, comme affirmé au paragraphe 8, la quantité d'un produit disponible a une incidence non seulement sur la quantité d'individus qui pourront se le procurer, mais aussi sur l'abordabilité du traitement du fait de la règle de l'offre et de la demande. Les coauteurs de la Dérogation craignaient que des prix trop élevés ne rendent inaccessibles les produits de santé aux plus vulnérables :

Pour combler l'écart croissant entre l'offre et la demande, plusieurs pays se sont lancés dans la production nationale de produits médicaux et/ou modifient les produits médicaux existants pour le traitement des patients atteints de la COVID-19. L'expansion rapide de la fabrication à l'échelle mondiale est une solution cruciale évidente pour faire en sorte que les produits médicaux soient disponibles en temps utile et soient abordables pour tous les pays dans le besoin²⁰⁰.

Ce dernier point fait également consensus de part et d'autre du débat. Cependant, l'UE a affirmé que suspendre les droits de PI n'était pas une solution adaptée au contexte économique et politique, et que la PI devait être incluse dans la stratégie de réponse à la pandémie destinée à augmenter la

¹⁹⁹ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 7.

²⁰⁰ *Ibid* au para 8.

production et garantir l'accès à des produits de santé abordables. Au paragraphe 14 de la Communication du 4 juin destinée à argumenter contre la Dérogation, il est stipulé que :

Il est urgent que la production de vaccins contre la COVID-19 soit intensifiée dès que possible et que leur distribution équitable à l'échelle mondiale à des prix abordables soit assurée. Par conséquent, il est urgent que l'OMC entreprenne une action multilatérale en vue d'une contribution du système commercial à l'augmentation de la production de vaccins et de produits thérapeutiques contre la COVID-19 et à l'accès équitable à ces derniers. L'UE considère que la proposition d'une initiative globale de l'OMC en faveur d'un accès équitable aux vaccins et aux produits thérapeutiques contre la COVID-19, qui englobe les trois principaux éléments, y compris, mais pas exclusivement, la propriété intellectuelle, devrait faciliter la recherche d'une solution commune entre les Membres de l'OMC et apporter une réponse d'urgence concrète à la crise de la COVID-19²⁰¹.

Mercurio a affirmé que les médicaments se vendaient, pour la plupart, à des prix raisonnables et qu'on planifiait des initiatives d'extension des ventes non destinées au profit. Les prix parfois élevés sont à l'image des retours économiques des activités et des investissements en recherche associée aux produits de santé²⁰². Certains autres contestataires de la Dérogation affirment que les fabricants des vaccins contre la COVID ont opté pour des prix adaptés à l'état de richesse des États concernés, expliquant que même pour les monopoles, il n'est pas rentable de fixer des prix qui se situent au-delà de l'abordabilité des citoyens des pays pauvres²⁰³. Un autre argument présenté par les acteurs en défaveur de la Dérogation était qu'il fallait se concentrer sur la coopération et les partenariats destinés à maximiser le partage des technologies, et ce de manière conforme à l'*Accord sur les ADPIC* pour continuer d'augmenter les stocks, la disponibilité et réduire les coûts. James Bacchus a soutenu que la solution à la pandémie de COVID-19 se trouvait dans l'action multilatérale à l'intérieur et à l'extérieur des institutions internationales. La Dérogation utilise un mécanisme qui, dans le contexte de tensions internes à l'OMC, est garant d'un rythme ralenti lié à la lenteur de progression des négociations menées à l'Organisation. Des solutions alternatives, avec

²⁰¹ OMC, *Réponses d'urgence*, *supra* note 17 au para 14.

²⁰² Mercurio, *supra* note 66 à la p 18.

²⁰³ Trebilcock, *supra* note 40.

les efforts combinés des États Occidentaux s'imposent pour faire augmenter la production et ainsi minimiser les coûts²⁰⁴.

Les documents présentés à l'OMC en défaveur de la Dérogation encouragent les nouvelles initiatives et partenariats pour maximiser les échanges dans la production pharmaceutique et la gestion des stocks de produits de santé spécifiques à la pandémie. Dans le Projet de déclaration du 18 juin 2021, on affirme que :

Reconnaissant que dans les circonstances d'une pandémie, il est également essentiel de soutenir la production et la fourniture de vaccins et de médicaments à des prix abordables pour les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire, y compris par des initiatives conjointes internationales visant à garantir un accès équitable aux vaccins ou aux médicaments, comme le mécanisme COVAX pour la pandémie de COVID-19, et par des efforts concertés de transfert volontaire de technologie²⁰⁵.

L'initiative COVAX est une collaboration destinée à la mise en commun des stocks de vaccins et du savoir technologique. C'est le résultat d'une alliance d'organisations internationales destinées à la réalisation des droits humains et de fondations, d'associations et des organisations de la société civile, et est destinée à redistribuer les vaccins contre la COVID-19 dans des pays à faibles ou moyens revenus. COVAX est l'un des piliers de l'initiative de l'OMS sur l'Accélérateur ACT (Access to COVID-19 Tools) et avait comme objectif de distribuer 3.6 milliards de doses dans 190 pays avant la fin de 2022. L'Accélérateur ACT est organisé en quatre volets impliquant l'innovation et la collaboration : les produits de diagnostic, les traitements, les vaccins et le renforcement du système de santé²⁰⁶. En mai 2021, on a voulu émanciper les États du Tiers-Monde de leur dépendance aux firmes occidentales en rendant des traitements accessibles dans ces pays²⁰⁷.

Une forme de collaboration volontaire encouragée est l'octroi de licences volontaires de la part des détenteurs de brevets, en autorisant un tiers à utiliser sa PI par l'intermédiaire d'un contrat

²⁰⁴ *Bacchus*, *supra* note 66.

²⁰⁵ OMC, *Projet de déclaration*, *supra* note 18 Annexe.

²⁰⁶ Organisation Mondiale de la Santé, « Dispositif pour accélérer l'accès aux outils de lutte contre la COVID-19 », en ligne: <<https://www.who.int/fr/initiatives/act-accelerator#:~:text=Le%20dispositif%20pour%20acc%C3%A9l%C3%A9rer%20l,en%20assurer%20un%20acc%C3%A8s%20%C3%A9quitable.>>>.

²⁰⁷ *Marceau et Garg*, *supra* note 190 à la p 367.

déterminant les conditions d'utilisation et la qualité de la production qui en découle. Ce dernier peut impliquer l'administration d'une rémunération, ou l'utilisation gratuite de la licence. Des acteurs non commerciaux ont déjà fait usage de ces licences afin de maximiser le bien public, et non à des fins commerciales²⁰⁸. Certains détenteurs de brevets ont utilisé des licences libres pour partager gratuitement du savoir technologique dans un but précis durant la pandémie²⁰⁹. Ce partage volontaire fut, selon l'OMC, la concrétisation de « l'esprit de collaboration qui est nécessaire à tout l'effort mondial visant à lutter contre la pandémie de COVID-19 »²¹⁰. Les firmes Gilead et AstraZeneca ont signé des ententes de licences volontaires pour maximiser la production de génériques à faibles coûts²¹¹. Les partages de données contribuent à accélérer le développement et la production des produits de santé pour augmenter les stocks mondiaux. D'autres types d'efforts de collaboration volontaire ont été déployés par les gouvernements et les autres acteurs. L'Open COVID Pledge a réuni l'octroi par plusieurs grandes entreprises de licences limitées « afin de mettre fin à la pandémie et d'en atténuer les effets ». L'Université d'Oxford a partagé sa propriété intellectuelle avec une firme dont le fabricant en Inde s'était engagé à partager ses vaccins à l'échelle mondiale. La Coalition pour la recherche clinique sur la COVID-19 a encouragé le partage ouvert des technologies destinées à la lutte contre la pandémie. Des éditeurs ont donné un libre accès à leurs publications sur la COVID-19 dans des dépôts publics. Des organisations internationales de normalisation ont mis en ligne les normes de production protégées par des droits d'auteur²¹². Avec l'utilisation de licences volontaires non exclusives et des initiatives globales initiées entre autres par les institutions de droit international ou des contrats internationaux, les acteurs en défaveur de la Dérogation supportent qu'il n'est pas nécessaire de suspendre les droits de propriété intellectuelle. Cela étoufferait les efforts et tentatives de maximisation de l'accessibilité des produits de santé²¹³, lesquels ont lieu à l'intérieur et à l'extérieur des négociations

²⁰⁸ OMC, *Note sur l'Accord sur les ADPIC*, *supra* note 194 à la p 5.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid* à la p 1.

²¹¹ *Mercurio*, *supra* note 66 à la p 21.

²¹² OMC, *Note sur l'Accord sur les ADPIC*, *supra* note 194 à la p 4.

²¹³ *Mercurio*, *supra* note 66 à la p 23.

des droits de propriété intellectuelle tout au long du processus de développement des produits de santé.

2.3.3 Les capacités de production du Tiers-Monde

Selon les acteurs en défaveur de la Dérogation, cette dernière serait inutile car les pays du Tiers-Monde n'ont pas les infrastructures nécessaires pour fabriquer les produits de santé et s'en servir. Il serait donc inutile de partager un savoir scientifique et de sacrifier les revenus nécessaires à la stimulation de l'innovation si les récipiendaires de la technologie transférée n'ont pas les infrastructures pour pouvoir l'utiliser et produire les produits de santé associés²¹⁴. Dans son article, Bryan Mercurio a affirmé que la Dérogation serait sans effet dû au manque de capacités de production des pays du Tiers-Monde et la nécessité d'y transférer des technologies. Les infrastructures permettant de faire l'usage du savoir-faire breveté demandent une finesse technologique et une expertise logistique qui n'est retrouvée que dans une poignée de pays. La dépendance à l'importation de certains États sera donc inchangée, n'avantageant que les pays producteurs de génériques, soit la Chine, le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud²¹⁵. Paul Stoffels, le directeur scientifique de Johnson & Johnson, se serait prononcé en faveur d'une maximisation des capacités de production des centres de production déjà existants, lesquelles ont mis dix-huit mois à se mettre sur pied. Ce délai serait alors beaucoup plus important pour d'autres entreprises et ne contribuerait pas à une réponse imminente et efficace. Stéphane Bancel, le directeur général de Moderna, a également mis de l'avant l'incompatibilité des délais associés au besoin de répondre à la crise sanitaire à l'acquisition des moyens de fabrication à grande échelle – le matériel, les essais cliniques – avec les besoins en temps réel. La maîtrise de la technologie d'ARN messager ne peut être développée suffisamment rapidement par des industries qui n'y sont pas préparées, et il faut ainsi se focaliser sur les fabricants d'origine²¹⁶.

Non seulement l'hétérogénéité des infrastructures pharmaceutiques rend inutilisable les savoir technologiques rendus accessibles par la Dérogation, mais plus largement, les acteurs ont

²¹⁴ Joseph Stiglitz, Lori E & Wallach, , « Will Corporate Greed Prolong the Pandemic? » *Project Syndicate* (6 mai 2021), en ligne: <<https://www.project-syndicate.org/onpoint/big-pharma-blocking-wto-waiver-to-produce-more-covid-vaccines-by-joseph-e-stiglitz-and-lori-wallach-2021-05>>. [Stiglitz & Wallach].

²¹⁵ Mercurio, *supra* note 66 à la p 20.

²¹⁶ Grudler, *supra* note 192 à la p 41.

également eu tendance à associer l'iniquité vaccinale à ce déséquilibre plutôt qu'à l'*Accord sur les ADPIC*. La chancelière allemande Angela Merkel s'est exprimée en mai 2021 sur la potentielle levée des brevets en stipulant que cette dernière ne maximiserait pas l'accès aux vaccins. Merkel avait « affirmé son attachement à la créativité et à l'innovation des entreprises, celles-ci incluant les brevets. Le gouvernement allemand avait ainsi considéré que les inventions incorporées aux traitements anti-Covid doivent être protégées par le système des brevets ». Le gouvernement allemand supporte ainsi la protection de la propriété intellectuelle comme source d'innovation, considérant qu'une levée des brevets aurait des effets nocifs sur l'industrie vaccinale dans son ensemble. La Suisse, le Japon et d'autre pays de l'Union Européenne se prononcent de la même manière, se qui confirme le clivage géographique en lien avec le débat²¹⁷, à l'exception faite des États-Unis, partagés entre la posture favorable à la Dérogation de l'administration Biden et de la USTR Katherine Kai, et de la posture du parti Républicain²¹⁸. La lettre des 51 Républicains adressée au Président étatsunien Joe Biden a associé l'iniquité vaccinale à la précarité des infrastructures dans les pays incapables de produire²¹⁹. Selon Mercurio, les licences volontaires ont l'avantage, contrairement à la Dérogation proposée, de partager une partie du savoir-faire utile pour le développement long-terme des capacités technologiques, et ainsi de remédier à cet écart technologique global²²⁰. Non seulement on estime que les infrastructures sont insuffisantes au Tiers-Monde pour pouvoir utiliser les technologies protégées par les droits de propriété intellectuelle, mais on mentionne également le risque que la mobilisation d'infrastructures insuffisantes pour la fabrication de technologies délicates et complexes peuvent compromettre la qualité des produits de santé, et devront être monitorées pour éviter que le marché pharmaceutique ne soit contaminé de médicaments nocifs²²¹.

Pour James Bacchus, c'est cette asymétrie dans les capacités de production, et le fait que les pays développés aient historiquement été les principales sources de droits de PI qui entretient la tenue

²¹⁷ *Ibid* à la p 39.

²¹⁸ « 51 House Republicans to Biden : Reject TRIPS waiver compromise » *Inside US Trade Daily Report* (11 avril 2022), en ligne: <<https://www-proquest-com.proxy.bibliotheques.uqam.ca/trade-journals/51-house-republicans-biden-reject-trips-waiver/docview/2649235738/se-2?accountid=14719>>. [*Inside US Trade*].

²¹⁹ *Ibid*.

²²⁰ Mercurio, *supra* note 66 à la p 20.

²²¹ Trebilcock, *supra* note 40.

de ce différend « émotionnel » à l'OMC et l'opposition entre le Tiers-Monde et l'Occident qui en découle²²². L'adoption de la Dérogation ne serait rien de plus qu'une décision irrationnelle nourrie par une vieille frustration, et nocive pour la meilleure réalisation des droits humains, qui ne peut être atteinte que par l'entremise de mesures s'inscrivant dans la logique du marché. Bacchus estime que l'approche consistant à faire des produits de santé un « bien public mondial » ne laisse aucune considération aux droits de PI, qui seraient alors systématiquement considérés comme des violations des droits humains. Il soutient que cette perspective est détachée de la réalité pragmatique dans laquelle il n'existerait aucun médicament sans la protection de la PI²²³. Mercurio affirme que la Dérogation ne serait en fait uniquement bénéfique aux pays émergents, soit les producteurs de génériques, comme la Chine, le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud²²⁴. Le Parti Républicain, dans sa lettre au président Biden, a insisté sur le fait que l'Inde et l'Afrique du Sud détiendraient des stocks de vaccins suffisants pour subvenir aux besoins sanitaires du Tiers-Monde, et que la Dérogation aurait donc été proposée à des fins de maximisation des profits²²⁵. Les acteurs en défaveur de la Dérogation ont également soutenu que cette dernière n'augmenterait pas la production mondiale de produits de santé car la plupart des infrastructures présentes au Tiers-Monde ne sont pas suffisantes pour l'utilisation du savoir technologique partagé. Les autres méthodes de partage des technologies permettraient de développer ses infrastructures sur le long terme, mais d'ici-là, il serait plus judicieux en vue de la réponse à la pandémie de COVID-19 de se concentrer sur la productivité des centres de fabrication déjà existants.

2.4 Les arguments juridiques

Nous avons vu que les fondements théoriques de la PI étaient liés d'une manière ou d'une autre aux droits humains, que ce soit la prédominance du droit à la propriété de Locke, ou l'utilitarisme destiné à la maximisation des conditions de vie. Nous avons vu également que le droit humain à la propriété intellectuelle était peu invoqué, mais qu'on admettait de bons effets humains de la PI en tant que moyen utilisé pour garantir l'innovation. Nous avons examiné les paramètres économiques du fonctionnement de cet incitatif à l'investissement, et relevé que c'était un outil économique

²²² *Bacchus, supra* note 66.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Mercurio, supra* note 66 à la p 23.

²²⁵ *Inside US Trade, supra* note 218.

particulièrement important dans le secteur pharmaceutique. Nous verrons que l'*Accord sur les ADPIC* peut être interprété avec une rhétorique des droits humains. Comment ces affirmations ont-elles alimenté un argument juridique en défaveur de la Dérogation? Quels arguments juridiques sont déployés en défaveur de la Dérogation?

2.4.1 La propriété intellectuelle pour le droit à la santé

Au paragraphe 14 de la Dérogation, on lit que « l'accès équitable au niveau mondial à des vaccins et à des produits thérapeutiques sûrs et efficaces contre la COVID-19 est un objectif commun à tous les Membres de l'OMC²²⁶ ». Comme nous l'avons mentionné plus tôt, l'objectif des acteurs en défaveur de la Dérogation est également de garantir la réalisation du droit à la santé par les moyens estimés adaptés. Nous avons vu que l'utilitarisme était une pensée qui consistait en la mise en œuvre des moyens à disposition pour la réalisation maximale du bien commun, notamment des mesures économiques comme des incitatifs pour l'innovation et le progrès. Laurence R. Helfer a affirmé qu'une des approches des droits humains à la PI requièrait des États qu'ils assurent un niveau minimum des conditions de vie et de réalisation des droits humains. Il incombe aux États de déterminer, « à rebours », comment rencontrer ces conditions minimales avec une certaine liberté de mise en œuvre. La PI s'est imposée comme moyen pour les États d'assurer la réalisation des droits humains en garantissant une productivité innovatrice permettant de rehausser les conditions de vie²²⁷. En 2001 parut un rapport du Haut-commissariat des droits de l'homme (HCDH) qui étudiait le lien controversé entre les droits humains et l'*Accord sur les ADPIC* pour trancher vis-à-vis de ses effets sur les droits de l'homme et en est venu à des conclusions sur le large potentiel du traité. Ce rapport a proposé une analyse juridique du contenu de l'Accord et une analyse économique de ses effets concrets. Il a mentionné le besoin de trouver un équilibre entre les droits publics et les droits privés, et ce notamment parce que : « les droits de propriété intellectuelle tels que ceux qu'énonce l'Accord sur les ADPIC pourraient être un moyen de rendre opérant l'article 15, à condition que l'octroi et l'exercice de ces droits tendent à promouvoir et à

²²⁶ OMC, *Réponses d'urgence*, *supra* note 17 au para 14.

²²⁷ Helfer, *supra* note 64 à la p 1018.

protéger les droits de l'homme²²⁸». Le rapport s'est intéressé à l'article 7 de l'Accord, lequel mentionne explicitement l'objectif de :

contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent les connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations²²⁹.

Le rapport a également mentionné l'article 31 destiné à l'octroi de licences obligatoires pour éviter les utilisations abusives des droits de PI. Il a fait remarquer les encouragements de l'Accord à l'égard des États Parties pour la coopération et les transferts de technologie en direction des pays moins avancés, ainsi que le traitement favorable²³⁰. Le rapport a reconnu une compatibilité théorique entre le régime de PI et le régime des droits humains. Il a toutefois affirmé qu'on ne pouvait pas considérer que l'Accord présente une approche des droits humains en lui-même : ni les droits humains sont au centre de l'*Accord sur les ADPIC*, ni existe-t-il des mécanismes clairs pour leur respect et leur promotion. La responsabilité d'assurer leur réalisation et l'atteinte de l'équilibre entre les droit privés et publics incombe aux détenteurs de droits de PI, sans règles *a minima*. Il a noté que le standard en termes de protection des droits de PI est basé sur les modèles occidentaux inaccessibles à plusieurs pays du Tiers-Monde. Mais le rapport ne condamne pas le traité :

[A]u-delà des différences existant entre une conception de la propriété intellectuelle axée sur les droits de l'homme et l'approche qui a présidé à l'Accord sur les ADPIC, beaucoup dépendra de la manière dont l'Accord est appliqué dans la pratique. L'Accord sur les ADPIC laisse à cet égard une grande latitude et la Haut-Commissaire engage instamment les États membres de l'OMC à user de la flexibilité qui leur est ainsi offerte pour mettre en œuvre les dispositions de l'Accord d'une manière qui soit pleinement compatible avec la promotion et la protection des droits de l'homme²³¹.

²²⁸ Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, HCDHNU, *Impact sur les droits de l'homme de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 53^e sess, Doc NU No E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 juin 2001. En ligne : <<https://digitallibrary.un.org/record/446005?v=pdf>>. [HCDHNU, *Impact de l'Accord sur les ADPIC*].

²²⁹ *Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 187 au préambule (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur l'OMC*], article 7.

²³⁰ HCDHNU, *Impact de l'Accord sur les ADPIC*, *supra* note 228 à la p 9.

Ibid à la p 13.

On a ainsi souligné que les effets de l'Accord dépendraient hautement des manières par lesquelles ce dernier serait mis en œuvre, dans la mesure où il présente un large spectre de possibilités au niveau technique. Plus loin dans le rapport, le Haut-commissariat a estimé que son étude de cas sur les effets du traité sur une épidémie de VIH au Brésil « prouve que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC peuvent être appliquées par des moyens qui permettent de respecter, de protéger et de réaliser le droit à la santé²³² ». Le rapport se termine avec des conclusions admettant l'utilité de l'Accord et des recommandations pour inciter davantage les États à mettre en œuvre des mécanismes destinés à faire diminuer les prix et stimuler les recherches. Ce rapport a donc suggéré une nouvelle interprétation de du traité commercial, axée sur la réalisation d'objectifs tels que : la promotion des droits énoncés à l'article 15 du *PIDESC*, la promotion du droit de chacun de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications, la promotion du droit à la santé, la prévention de l'usage abusif du droit à la PI, la promotion de l'accès à des médicaments essentiels à des prix abordables²³³.

Près de vingt ans plus tard, dans l'Observation générale no 25 du Comité, on a exprimé qu'il était nécessaire de « faire en sorte que la propriété intellectuelle favorise la recherche et l'innovation indispensables au plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels, sans compromettre ces droits [nos caractères soulignés]²³⁴ ». Le potentiel de suuport à la réalisation des droits humains de l'Accord a ensuite été discuté dans la littérature entre l'écriture de ce rapport et la pandémie de COVID-19, et documenté par des travaux effectués dans le cadre de la coopération trilatérale entre l'OMPI, l'OMC et l'OMS. Cette dernière a produit des documents liant les trois approches des organisations et s'exprimant en faveur de l'instrumentalisation des brevets et droits de PI pour la réalisation du droit à la santé et le développement du secteur pharmaceutique. Ils ont associé les progrès effectués jusqu'à maintenant au bon fonctionnement du système de PI en tant qu'incitatif à l'innovation, et considèrent donc que le développement de ce système est une avancée pour la

²³² *Ibid* à la p 27.

²³³ *Ibid* à la p 28.

²³⁴ Comité des DESC, *Observation générale no 25 (2020) sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels* (par. 1 b), 2, 3 et 4 de l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*)*, Doc off CES NU, 67^e sess, Doc NU E/C.12/GC/25 (2020) [*Observation générale No 25*] à la p 12.

réalisation du droit à la santé²³⁵. Dans un document de l'OMS intitulé « Riposte à la COVID-19 » l'Assemblée Mondiale de la Santé a prié le Directeur général :

de déterminer et de présenter des options conformes aux dispositions des traités internationaux pertinents, y compris les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et les flexibilités énoncées dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, qui pourront être utilisées pour renforcer les capacités de mise au point, de production et de distribution nécessaires pour assurer en toute transparence un accès équitable et rapide à des produits de diagnostic, des traitements, des médicaments et des vaccins de qualité, sûrs, abordables et efficaces pour la riposte à la COVID-19²³⁶.

En résumé, bien que le droit à la propriété ait une place importante dans le régime des droits humains, une rhétorique des droits humains appliquée à la PI repose sur les fondements utilitaristes d'instrumentalisation des moyens à disposition pour la maximisation du bien commun. En l'occurrence, les droits de PI sont perçus comme un moyen nécessaire pour garantir l'innovation et le développement d'outils technologiques destinés à la réalisation des droits humains. Les institutions des droits humains, bien qu'elles distinguent le droit humain à la PI des droits protégés par l'Accord sur les ADPIC, reconnaissent le potentiel qu'a ce traité – et les effets positifs qu'il a pu avoir – pour l'accès et le développement de produits de santé.

Beaucoup des documents présentés à l'OMC en défaveur de la Dérogation rappelaient la *Déclaration de Doha* selon laquelle l'*Accord sur les ADPIC* n'interférerait pas avec les droits humains. La Déclaration est un texte historique dans les débats sur les liens entre les ADPIC et la santé publique. En outre, elle a réaffirmé « les objectifs et principes de l'Accord sur les ADPIC en tant qu'orientations pour la mise en œuvre des dispositions de l'Accord d'une manière qui répond aux objectifs de santé publique », et a établi la grande latitude dont disposent les États pour prendre des mesures de santé publique²³⁷. Le projet de déclaration proposé par l'UE au Conseil des ADPIC le 18 juin 2021 insiste aussi sur la non-interférence avec les mesures de l'État destinées à protéger la santé publique :

²³⁵ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 1610.

²³⁶ OMS, *Riposte à la COVID-19*, *supra* note 7.

²³⁷ OMC, *Note sur l'Accord sur les ADPIC*, *supra* note 194 à la p 3.

Nous convenons que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les ADPIC, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux vaccins et médicaments [nos caractères soulignés]²³⁸.

On affirme ainsi que l'Accord contient tout le nécessaire pour adapter l'activité économique à des situations d'urgence sanitaire pour ne pas empêcher les États de protéger la santé publique. L'action juridique à prendre urgemment en temps de crise sanitaire est d'inciter à utiliser et à assurer la pleine effectivité des flexibilités²³⁹. Dans la communication de l'UE du 4 juin 2021 au Conseil des ADPIC, on lit :

La Déclaration de Doha de 2001 sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique précise les liens entre l'Accord sur les ADPIC, les flexibilités qu'il prévoit et la santé publique. Elle précise que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. Elle réaffirme les flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC, y compris les flexibilités spécifiques relatives aux licences obligatoires [nos caractères soulignés]²⁴⁰.

Le système de licences obligatoires, destiné aux pays plus vulnérables, est un rappel que les droits de PI ne sont pas absolus et que les considérations d'intérêt public peuvent prévaloir. Le processus d'obtention de ces licences implique l'envoi d'une simple notification au Secrétaire de l'OMC pour « un accès privilégié à un approvisionnement abordable et durable en vaccins ou traitements »²⁴¹. Non seulement les communications à l'OMC destinées à argumenter contre l'adoption d'une Dérogation ont affirmé que l'Accord n'interférerait pas avec la capacité des États à garantir leur santé publique, elles ont également fait la promotion d'une interprétation de l'Accord destinée à garantir et promouvoir la santé publique. Dans le contexte de la pandémie, on a prêté au système commercial, ses règles et ses acteurs une influence positive dans la planification de la réponse à la COVID-19 pour en amoindrir les conséquences sur la population. Le traité jouit donc d'une forme de reconnaissance de son potentiel en tant que moyen de réalisation des droits humains par les

²³⁸ OMC, *Projet de déclaration*, *supra* note 18 Annexe.

²³⁹ OMC, *Réponses d'urgence*, *supra* note 17 au para 12.

²⁴⁰ *Ibid*, au para 8.

²⁴¹ OMC, *Note sur l'Accord sur les ADPIC*, *supra* note 194 à la p 3 .

institutions des droits humains. La *Déclaration de Doha* fut adoptée et représente la considération des inquiétudes liées aux difficultés d'utilisation des flexibilités, ainsi qu'une forme de solution par la création d'un système de licences obligatoires.

2.4.2 Le système de licences obligatoires

Comme nous l'avons vu, l'*Accord sur les ADPIC* contient des flexibilités qui sont destinées à limiter les brevets pour certaines exceptions liées à des considérations d'intérêt public en cas d'absence de licences volontaires. L'obtention de licences obligatoires permet l'utilisation de brevets par les pouvoirs publics sans que le détenteur ne donne son autorisation, et ce d'une manière encadrée de sorte à protéger les intérêts légitimes de ce titulaire et de minimiser les conséquences de cette utilisation. Ces licences peuvent être accordées par tous les États Membres, pour partager des technologies de santé nécessaires pour lutter contre la COVID-19²⁴². La note d'information sur la COVID a réitéré que :

L'article 30 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers²⁴³.

L'article 30 prévoit deux types d'exceptions pertinentes aux vues de la pandémie : l'exception pour la recherche et l'utilisation expérimentale et l'exception pour examen réglementaire. De plus, des licences obligatoires peuvent être demandées en vertu de l'article 31 par les pouvoirs publics sans l'autorisation de leur titulaire, dans l'objectif d'atteindre « l'équilibre global de l'Accord entre le souci de promouvoir l'accès aux technologies existantes et la promotion de la recherche-développement de nouvelles technologies ». Il peut être utilisé à des fins d'importation comme à des fins de fabrication, et implique des conditions qui cherchent à protéger « l'intérêt légitime du titulaire du brevet », soit l'administration d'une rémunération²⁴⁴.

²⁴² *Ibid* à la p 1.

²⁴³ *Ibid* à la p 9.

²⁴⁴ *Ibid* à la p 10.

Le système de licences obligatoires fut adopté en 2003 avec l'ajout de l'article 31 *bis* à l'issu de l'intégration permanente d'une dérogation destinée à faciliter l'accès aux médicaments à des prix abordables. La condition f) de l'article 31 interdisait l'utilisation de licences obligatoires à des fins d'importation fut supprimée pour permettre l'exportation vers des pays ne détenant pas les infrastructures nécessaires à approvisionner eux-mêmes leur population en produits de santé²⁴⁵. Ces pays sont « automatiquement autorisés à importer en vertu de ce système »²⁴⁶. Les produits pharmaceutiques étant visés par le système de licences obligatoires, on estime donc qu'il peut « constituer un outil parmi d'autres pour garantir un accès équitable aux technologies de la santé liées à la COVID-19 ». La note d'information sur la COVID et les ADPIC l'a décrit comme un « mécanisme conçu pour faciliter le commerce pour les pays dans le besoin », affirmant qu'il peut renforcer la coopération pour faciliter un accès aux médicaments à faible coûts pour les pays du Tiers-Monde. La faille liée à l'exportation identifiée lors du cycle de Doha ayant permis sa mise sur place, les licences obligatoires peuvent désormais être administrées aux producteurs de génériques²⁴⁷.

Toutefois, la proposition de dérogation du 2 octobre 2020 mentionne les « difficultés institutionnelles et juridiques » rencontrées par de nombreux pays en développement lorsqu'ils désirent mettre en œuvre les flexibilités, du fait de « la lourdeur et la longueur du processus d'importation et d'exportation des produits pharmaceutiques »²⁴⁸. James Bacchus a affirmé qu'il n'existait aucune explication claire et aucune preuve que les mesures juridiques à disposition soient insuffisantes à assurer l'accès aux produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19²⁴⁹. Selon Mercurio, contrairement à ce que les organisations non gouvernementales ont pu soutenir, les flexibilités prévues par les articles 30 et 31 de l'Accord ne sont pas aussi compliquées que stipulé. Elles ont été utilisées à répétition entre 2001 et 2016 et ont permis de réduire le prix des

²⁴⁵ *Ibid* à la p 11.

²⁴⁶ *Ibid*.

²⁴⁷ *Ibid*.

²⁴⁸ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 10.

²⁴⁹ *Bacchus*, *supra* note 66.

médicaments, de promouvoir la compétition des produits génériques et garantir l'accès équitable pour tous :

Ainsi, alors que les parrains de la proposition affirment qu'il existe un besoin urgent d'une dérogation considérant que les flexibilités des ADPIC ne sont pas pleinement utilisées, la réalité est que plusieurs pays en développement et pays moins développés ont fait bon usage des flexibilités, et ceux qui ne l'ont pas fait manquent de dispositions explicites dans leur législation domestique. Lorsque les flexibilités disponibles n'ont pas été utilisées, c'est souvent le cadre juridique compliqué et inutilisable qui constitue l'obstacle plutôt que le système international existant [notre traduction]²⁵⁰.

Pour les acteurs en défaveur de la Dérogation, le système de licences obligatoires est le moyen de garantir un partage exceptionnel des technologies pour des raisons de santé publique. Ses dispositions sont simples et ont été utilisées plusieurs fois pour servir d'interface à ces transferts de technologie de manière contrôlée et encadrée, de manière à éviter les potentiels effets nocifs d'une suppression inadaptée des droits de PI.

2.5 Conclusion

La première partie nous a permis de comprendre que les fondements théoriques des droits de PI étaient basés sur des intentions de promotion de l'intérêt public et de maximisation des droits humains. L'utilitarisme est un courant de pensée destiné à la détermination de moyens techniques pour parvenir à des fins de maximisation de la qualité de vie et c'est sous ce prisme qu'on justifie aujourd'hui la pertinence d'un outil comme les droits de PI à des fins de maximisation du droit à la santé. Le droit à la PI s'est cependant développé dans sa version commerciale et non celle destinée à la réalisation des droits humains, jouissant de la reconnaissance qu'il peut être un instrument d'intérêt public pour les États. La seconde partie était destinée aux arguments économiques, soit les discours formulés sur le fonctionnement de la mise en application de la PI, les mécanismes de l'incitatif à l'investissement, mais aussi la régulation lors de la production. Non seulement la Dérogation proposée serait donc inutile parce que le traité ne porte pas préjudice aux droits humains et que les infrastructures nécessaires à l'exploitation de la PI n'existent pas au Tiers-Monde, mais nocive parce qu'elle nuirait au processus d'innovation. L'*Accord sur les ADPIC* et d'autres initiatives de collaboration pourront maximiser la production de manière encadrée et

²⁵⁰ *Mercurio, supra* note 66 à la p 25.

contrôlée de sorte à ne pas nuire inutilement aux bons effets des droits de PI suffit à assurer la production d'un stock de produits de santé et ce à des prix abordables. La troisième partie a mis en lumière les arguments juridiques en défaveur de la Dérogation. Aux inquiétudes liées à la nocivité de l'Accord pour la réalisation des droits humains, les instances des droits humains ont répondu avec plusieurs travaux destinés à examiner des intersections entre les deux régimes juridiques, aux niveaux normatif et téléologique, et empirique. Ces derniers sont venus à la conclusion que l'*Accord sur les ADPIC* spécifiquement n'est en théorie pas incompatible avec les droits humains, et pouvait même être utilisé de manière à les promouvoir, mais cela dépend hautement de la manière dont le traité est mis en œuvre. Autrement dit, les possibilités d'interprétation et de mise en œuvre du traité étant multiples, il est un instrument de droit particulièrement indéterminé, mais détient le potentiel de promouvoir et réaliser les droits humains. Les licences obligatoires sont des outils incorporés depuis la *Déclaration de Doha*, qui a recommandé une interprétation de l'Accord respectueuse des droits humains, et supportant la réalisation du droit à la santé et de l'innovation pharmaceutique.

Toutefois, le potentiel de contribution à la réalisation des droits humains qu'a un instrument juridique n'assure pas une mise en œuvre allant en continuité avec une interprétation destinée à maximiser les droits humains. S'il est exact, comme mentionné au chapitre précédent, que les institutions limitent le spectre des possibles en matière de détermination du droit en fonction des préjugés inhérents à leur structure, implanter des objectifs extérieurs et étrangers à ces institutions semble être une démarche peu convaincante. Les termes utilisés dans la *Déclaration de Doha*, comme quoi l'Accord « n'empêche pas et ne devrait pas empêcher » la protection de la santé publique concerne visiblement deux différents domaines d'action. La première partie de la formule « n'empêche pas » est descriptif, et semble révéler que cette affirmation concerne la normativité : les dispositions de l'Accord sont telles qu'il semble respecter, protéger et promouvoir les droits humains, supporte ainsi ces derniers en étant compatible avec le régime des droits humains. La seconde partie « ne devrait pas empêcher » est prescriptive, et souhaite ainsi diriger l'interprétation qu'en feront les individus concernés par le traité. Il semble que cet élément est utilisé comme une preuve que l'Accord est adapté pour garantir la réalisation des droits humains. Mais cette compatibilité théorique et recommandation dans l'interprétation ne correspondent pas à l'affirmation qui en découle, selon laquelle l'Accord n'interfère jamais avec la santé publique. La

latitude technique se prête aussi à des interprétations problématiques ou des utilisations abusives de ses dispositions, et en ce sens, le pouvoir discrétionnaire des acteurs privés qui négocient par des mécanismes instaurés par des instruments juridiques influence grandement les effets des traités commerciaux.

CHAPITRE 3

Le discours en faveur de la Dérogation

3.1 Introduction

Le discours en faveur de la Dérogation présentée le 2 octobre 2020 peut être résumé par l'idée qu'il serait plus avantageux aux vues de la santé mondiale qu'une suspension temporaire des dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* soit effectuée pour maximiser l'accès global et équitable, rapide et abordable aux produits de santé. La proposition soumise par l'Inde et l'Afrique du Sud fut parrainée par le Kenya et l'Eswatini, en plus d'avoir reçu le soutien de nombreux pays en développement et de plus de 300 organisations de la société civile et plusieurs organisations internationales²⁵¹. Lori Wallach et Joseph Stiglitz ont publié, dans le journal *Project Syndicate* l'article « Will Corporate Greed Prolong the Pandemic? » qui résumait leur critique du discours des acteurs qui s'opposaient à la Dérogation. Ils y soutenaient que l'iniquité vaccinale et la gravité des conséquences de la pandémie étaient les résultats évitables des monopoles pharmaceutiques fondés sur la volonté des firmes non pas de mener à bien la santé publique comme prétendu, mais de maximiser les profits allant au-delà des besoins en financement de la recherche. Ils affirmaient que les arguments utilisés par ces acteurs sont contradictoires et trompeurs²⁵². En quoi le discours en faveur de la Dérogation est-il un discours issu d'une rhétorique des droits humains? Quelles sont les stratégies argumentatives utilisées? Comment l'indétermination et la prétention à l'objectivité sont-elles maintenues dans le discours? Dans ce chapitre, nous avons illustré le discours à l'aide de documents produits par les institutions des droits humains, essentiellement des organisations internationales et non gouvernementales pour reprendre et approfondir plusieurs éléments de la Dérogation jugés importants à ses implications juridiques et politiques.

Dans une première partie, nous verrons en quoi le discours en faveur de la Dérogation fait référence aux droits humains et sur quels fondements liés aux droits humains il s'appuie. Nous verrons qu'il s'inscrit dans une pratique que l'on associe habituellement aux droits économiques, sociaux et

²⁵¹ Note aux États Membres de l'OMC à propos de la proposition de dérogation à certaines dispositions de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)* afin de faciliter la prévention COVID-19, par Amnesty International, IOR 40/3365/2020, 19 novembre 2020 [Amnesty International] à la p 3.

²⁵² Stiglitz & Wallach, *supra* note 214.

culturels (DESC) dans sa promotion du droit à la santé, notamment avec des éléments plus précis d'accès aux médicaments et du droit à bénéficier des avantages des progrès scientifiques. Nous verrons aussi qu'il s'appuie sur une approche coopérative qui, comme nous l'avons vu au premier chapitre, est au centre de la pratique des droits humains. Nous verrons finalement qu'il opte pour une rhétorique de l'urgence et que la Dérogation est destinée à répondre rapidement à un besoin temporaire dans des circonstances exceptionnelles. Dans une seconde partie, nous chercherons à présenter les arguments économiques en faveur de la Dérogation. Nous verrons que les auteurs s'intéressant à l'économie politique ont remis en question plusieurs des prémisses qui associaient la PI à une potentielle utilisation destinée à la promotion des droits humains. Ces auteurs soutiennent par exemple qu'il n'existe aucun lien entre les retours financiers de la PI et la productivité innovatrice car le financement de la recherche scientifique est principalement administré par les gouvernements. Ils supportent plutôt l'idée que le partage de technologies à grande échelle et avec un minimum d'obstacles permet de faire fructifier la recherche et donc le développement de produits de santé utiles, en plus de maximiser les stocks et donc faire diminuer les prix. Dans une troisième partie, nous verrons les reproches adressés à l'*Accord sur les ADPIC*, notamment les raisons de la réticence à faire usage du système de licences obligatoires. Il existe des obstacles bureaucratiques liés à la complexité du système, mais aussi des obstacles politiques liés à l'attitude d'États pour qui l'utilisation de ce système nuit aux intérêts économiques nationaux et qui exercent ainsi une pression pour décourager l'octroi de licences. Dans ce chapitre nous allons présenter les arguments recensés dans le discours en faveur de la Dérogation présentée devant l'OMC. Nous verrons en quoi ces arguments utilisent des stratégies argumentatives issues d'une rhétorique des droits humains, en démontrant qu'il existe également trois niveaux au discours : des éléments issus de la pratique des droits humains, des arguments d'économie politique, et des arguments juridiques.

3.2 Les droits humains et la Dérogation

L'intention de la Dérogation proposée par l'Inde et l'Afrique du Sud est très claire : modifier temporairement le droit économique de sorte à laisser aux États une capacité d'action pour minimiser les effets négatifs sur les droits humains de la pandémie. À ce sujet, l'organisation Amnesty international, dans sa note d'information supportant l'adoption de la Dérogation, a affirmé que :

La crise du COVID-19 n'est pas seulement sanitaire et économique : c'est aussi une crise des droits humains. Elle ne pourra être surmontée sans un véritable engagement à respecter l'un des principes des Objectifs de développement durable, qui est de « ne pas faire de laissés-pour-compte ». Comme cela a souvent été dit cette année, personne ne sera en sécurité tant que tout le monde ne le sera pas. Les membres de l'OMC ont aujourd'hui l'occasion de prendre une décision mondiale coordonnée qui pourra aider à atteindre ce but²⁵³.

L'objectif est de remédier à la coopération dans l'objectif de protéger les droits humains de manière équitable et rapide pour que les dommages collatéraux de la pandémie soient minimisés. Ainsi la réalisation des droits humains est indéniablement l'objectif de l'adoption de la Dérogation.

3.2.1 Les droits économiques, sociaux et culturels

Plus spécifiquement, lorsque les experts des Nations unies sur les droits humains ont présenté une déclaration sur l'accès universel aux vaccins comme moyen essentiel de parvenir à la prévention et l'endiguement de la COVID-19, le 19 novembre 2020, ils affirmaient que « cette maladie continue de se montrer plus mortelle qu'anticipé alors que le monde continue de faire face aux crises cumulatives et interconnectées des droits économiques et sociaux qu'elle a provoqué [notre traduction]²⁵⁴ ». Nous verrons dans cette partie que les DESC sont invoqués dans une vision de communautarisme et de redistribution, une approche de désignation de « bien public » des produits de santé qui contraste avec celle de « propriété intellectuelle » en s'intéressant à l'accès aux médicaments, au droit de bénéficier des progrès scientifiques et à la pratique des DESC de manière plus générale. Nous désirons toutefois préciser que notre présentation d'un paradigme des DESC a ses limites. Les droits civils et politiques (DCP) d'une part et les DESC de l'autre ont souvent été associé à deux pratiques distinctes et ce en induisant une hiérarchisation nocive des droits en faveur des premiers. La distinction traditionnelle entre les DCP et les DESC a été mise au défi aux niveaux théorique comme pratique et ne s'est ainsi pas perpétuée²⁵⁵. Nous verrons en quoi la formulation spécifique d'objectifs de réalisation des droits humains dans ce discours permet de maintenir

²⁵³ Amnesty International, *supra* note 251 à la p 1.

²⁵⁴ UNHCR, déclaration, « Statement by UN Human Rights Experts Universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world » (19 novembre 2020). En ligne : <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2020/11/statement-un-human-rights-experts-universal-access-vaccines?LangID=E&NewsID=26484>. [UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*].

²⁵⁵ Hestermeyer, *supra* note 30 à la p 919.

l'indétermination et la prétention à l'objectivité. Le droit à l'accès aux médicaments est une condition à la réalisation du droit à la santé. Les experts des Nations unies sur les droits de l'homme se sont intéressés, lors de leur déclaration du 19 novembre 2020, à explorer les « différents aspects d'importance critique des droits humains relatifs au droit à la vie, au droit à la santé, et à la coopération internationale et l'assistance », considérant que les espoirs de millions de personnes étaient de voir des vaccins sécuritaires être développés rapidement puis rendus accessibles à tous facilement²⁵⁶. Ils ont estimé « impératif que les biens de diagnostic et de traitement, incluant des vaccins potentiels, soient pleinement disponibles, accessibles et abordables à tous sur cette planète²⁵⁷ ». L'accès aux médicaments est invoqué dans le discours en faveur de la Dérogation dans une vision de redistribution des ressources inégalement concentrées. L'appel à l'action présente dans la proposition de Dérogation demande la « fabrication à l'échelle mondiale » pour que « les produits médicaux soient disponibles en temps utile et soient abordables pour tous les pays dans le besoin²⁵⁸ ». Or, la pratique des DESC implique souvent une idée de communautarisme. Par exemple, on lit que la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 avril 2020 demande au Secrétaire général de garantir un accès et une distribution « justes », « équitable » et ce « afin qu'ils soient mis à la disposition de toutes celles et ceux qui en ont besoin, en particulier les pays en développement²⁵⁹ ».

La formulation du texte de la résolution laisse comprendre qu'elle veut pallier une réalisation hétérogène du droit qu'elle défend. Une application « juste » et « équitable » du droit prend la forme d'une effectivité non discriminatoire. Dans l'Observation générale no 14 du comité des DESC, le facteur de non-discrimination constitue un premier standard d'accessibilité des installations, biens et services en matière de santé, et l'accessibilité économique, soit l'abordabilité, y est également mentionnée²⁶⁰. En l'occurrence la mention de « toutes celles et ceux qui en ont besoin, en particulier dans les pays en développement » révèle une attention à l'effectivité inégale

²⁵⁶ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 8.

²⁵⁹ OMS, *Riposte à la COVID-19*, *supra* note 7.

²⁶⁰ Comité des DESC, *Observation générale No 14 (2000): Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du PIDESC)* Doc off CES NU, 22^e sess, E/C.12/2000/4 [*Observation générale No 14*].

du droit en fonction de la démographie²⁶¹. Dans le document d'élaboration d'une Riposte à la COVID-19 proposé par des États à l'occasion de la tenue de la soixante-treizième Assemblée mondiale de la santé, soit le forum de discussion de l'OMS, on rappelle le besoin d'avoir accès à des médicaments abordables. Le prix des produits de santé réduit la population pouvant se le procurer et implique ainsi qu'un certain niveau de richesse devient la condition à la jouissance de ce droit²⁶². Les termes employés font manifestement appel à une logique de redistribution, dans un contexte où la production de produits de santé peut être maximisée pour augmenter les stocks et faciliter l'accessibilité. Avec l'évocation de concepts comme celui de la justice, l'équité, une mise à disposition pour tous, la mention des plus vulnérables – les moins bien préparés pour une réponse à une pandémie mondiale – une conscience de l'effet des prix sur l'accessibilité et donc l'abordabilité des produits pour un accès universel, il est manifeste que l'objectif est de démocratiser les moyens de lutte contre les problèmes de santé publique. Le droit à la santé doit s'appliquer de la même manière pour tous, et ne doit pas être influencé par les inégalités dont la communauté internationale fait l'expérience.

Le droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications est garanti par l'article 15 du *PIDESC*²⁶³ et est considéré comme étant indissociable des autres droits humains, notamment le droit à la santé²⁶⁴. On considère souvent que le droit à la PI lui est « antagoniste », ne pouvant le limiter que pour assurer le lien entre un auteur et sa création, ainsi qu'un niveau de vie suffisant pour ce dernier²⁶⁵. Si la protection de l'auteur dépasse ces standards, on ne considère plus le droit de PI comme bénéficiant du caractère fondamental des droits humains et constituerait ainsi une « limite excessive²⁶⁶ ». Le droit de bénéficier des avantages du progrès scientifique s'inscrit dans un objectif de démocratiser la jouissance des effets des dernières technologies. Ces dernières peuvent servir à maximiser les conditions de vie de la population, notamment par la meilleure réalisation de son état de santé. Dans la proposition de dérogation, on nomme les préoccupations

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² OMS, *Riposte à la COVID-19*, *supra* note 7.

²⁶³ *PIDESC*, *supra* note 36 art 15 b).

²⁶⁴ *Thouvenin et Trebilcock*, *supra* note 27 à la p 1807.

²⁶⁵ *Ibid* à la p 1800.

²⁶⁶ *Ibid* à la p 1808.

liées à la disponibilité des nouveaux produits de santé tout juste développés pour lutter contre la COVID-19²⁶⁷. Dans l'Observation générale 25, on affirme que ce droit permet « à tout membre de la société, en particulier aux groupes défavorisés, de jouir des avancées faites dans ce domaine²⁶⁸ ». Dans l'Observation générale no 14 du comité des DESC, on met en lumière les liens entre le droit de participer au progrès scientifique et à ses applications et d'en bénéficier et le droit à la santé. Ces liens rendent indéniable le fait que le premier contribue à la réalisation du second. On y prescrit également que les applications médicales de la recherche scientifique doivent être rendues « accessibles et abordables pour tous, en particulier les plus vulnérables²⁶⁹ ». On y admet que la PI peut « créer des obstacles importants aux personnes qui souhaitent bénéficier des retombées du progrès scientifique, qui peuvent être indispensables à l'exercice d'autres droits économiques, sociaux et culturels, comme le droit à la santé²⁷⁰ ». Le droit de participer au progrès scientifique et à ses applications et d'en bénéficier représente un médiateur entre le droit à la santé et le droit à la propriété et y recourir est un moyen de renforcer une interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* qui, en faisant usage de ses flexibilités, n'empiète pas sur la santé publique²⁷¹. L'observation générale no 14 se positionne également en faveur d'une diffusion des avantages et applications du progrès scientifique au niveau international en particulier chez les pays en développement pour bénéficier aux populations pauvres ainsi qu'aux groupes ayant des besoins particuliers et aux groupes plus vulnérables, surtout lorsque de ces avantages dépendent étroitement de l'exercice des DESC²⁷².

Le droit de jouir des droits humains de manière non-discriminatoire est garanti par le *PIDESC* à l'article 2²⁷³. Ce dernier est explicitement invoqué ailleurs dans l'Observation générale no 25. Au point 25, on lit que :

Les États parties ont l'obligation immédiate de mettre fin à la discrimination à l'égard des individus et des groupes dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. Cette obligation est particulièrement importante s'agissant du droit de

²⁶⁷ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 7.

²⁶⁸ *Observation générale No 25*, *supra* note 234.

²⁶⁹ *Observation générale No 14*, *supra* note 260.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *PIDESC*, *supra* note 36 art. 2.2.

participer au progrès scientifique et à ses applications, et d'en bénéficier, car de profondes inégalités persistent dans l'exercice de ce droit. Les États doivent adopter les mesures nécessaires pour mettre fin aux situations, et lutter contre les comportements qui perpétuent les inégalités et la discrimination afin de permettre à tous les individus et les groupes de bénéficier de ce droit sans discrimination, y compris motivée par la religion, l'origine nationale, le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la race et l'identité ethnique, le handicap, la pauvreté et toute autre situation²⁷⁴.

Comme nous avons pu voir, la rhétorique utilisée dans l'élaboration du discours en faveur de la Dérogation du 2 octobre fait appel au communautarisme, à un esprit d'interventionnisme souvent associé à la pratique des DESC, qui s'oppose à l'idée de « développement avant tout » que le discours du chapitre dernier mettait de l'avant (l'idée selon laquelle il n'existerait aucune production de produits pharmaceutiques en premier lieu sans les garanties d'un système de contrôle et d'encadrement des exceptions aux droits de PI). Les DESC situent habituellement les individus au centre d'une collectivité et assurent un certain niveau de vie relatif à sa situation matérielle et dans son rapport aux autres acteurs sociaux²⁷⁵. L'Observation générale no 14 du Comité des DESC a insisté sur l'égalité d'accès aux soins, et l'obligation des États « d'empêcher toute discrimination fondée sur des motifs proscrits à l'échelon international dans la fourniture de soins de santé et de services de santé²⁷⁶ ». Dans cette logique, elle s'est prononcée sur les effets du secteur privé sur l'effectivité des DESC, et sur la façon d'appréhender ces derniers. Dans l'Observation no 25, il est affirmé que :

Les sociétés commerciales peuvent influencer de plusieurs manières le droit à la santé. Les entreprises qui commercialisent des produits pharmaceutiques ou des équipements médicaux peuvent contribuer positivement à l'exercice du droit à la santé mais peuvent également rendre les soins de santé moins accessibles et abordables, par exemple en maintenant le prix des médicaments, comme dans le cas du traitement du VIH/sida, à un niveau élevé²⁷⁷.

On cite le risque du laissez-faire du secteur privé en nommant un exemple classique dans la remise en question de la PI pour son interférence avec le droit à la santé. Mais une ambiguïté reste présente et relative à la mise en œuvre technique des droits de PI. Dans la fiche d'information 31 sur

²⁷⁴ Observation générale No 25, *supra* note 234.

²⁷⁵ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 66.

²⁷⁶ Observation générale No 14, *supra* note 260.

²⁷⁷ Observation générale No 25, *supra* note 234 à la p 37.

l'application du droit à la santé, on demande aux États qu'ils garantissent « que les acteurs privés se conforment aux normes en matière de droits de l'homme lorsqu'ils fournissent des soins de santé²⁷⁸», et contrôlent « la commercialisation des équipements médicaux et des médicaments par les acteurs privés ». On leur demande également de « garantir que la privatisation ne représente pas une menace pour la disponibilité, l'accessibilité et la qualité des équipements, des biens et des services sanitaires; protéger les individus d'actes de tiers qui pourraient porter atteinte à leur droit à la santé »²⁷⁹. L'observation générale no 14 invoque également l'obligation des États de protéger le droit à la santé l'obligation de « veiller à ce que la privatisation du secteur de la santé n'hypothèque pas la disponibilité, l'accessibilité [...] de produits et services sanitaires, de contrôler la commercialisation du matériel médical et de médicaments par des tiers²⁸⁰». Il s'agit donc de la logique inverse à l'utilisation du commerce ayant lieu dans le secteur privé : l'interventionnisme du public pour que le niveau de vie des individus, des conditions égalitaires et une réalisation des droits fondamentaux sans discrimination soient la considération première des politiques à adopter. Cela s'aligne avec la stratégie épidémiologique mise de l'avant par l'OMS et d'autres organisations, selon laquelle « personne ne sera en sécurité avant que tout le monde ne le soit » : l'accès aux médicaments ne suffit pas à la lutte contre la pandémie s'il n'est pas réalisé selon une répartition universelle²⁸¹. Les DESC et les éléments du droit à la santé sur lesquels la Dérogation fut basée démontrent un souci pour l'équité et l'application équitable des droits humains. Ils contribuent donc à promouvoir la généralisation d'un standard minimum de conditions de vie à instaurer pour des populations en situation de précarité. Cela constituerait donc une solution ou une réponse aux inégalités fortes entre les États et entre les populations et ainsi une application équitable et donc légitime de droits apolitiques.

²⁷⁸ HCNUDH, *Fiche no 31*, *supra* note 4 à la p 32.

²⁷⁹ *Ibid* à la p 32.

²⁸⁰ *Observation générale No 14*, *supra* note 260.

²⁸¹ « Personne n'est en sécurité, avant que tout le monde ne le soit », par OMS en ligne: <<https://www.un.org/fr/desa/%E2%80%9Cno-one-safe-until-everyone-%E2%80%9D>>. [OMS, *Personne n'est en sécurité avant que tout le monde ne le soit*].

3.2.2 L'approche coopérative dans le contexte de la pandémie

Non seulement les solutions nationales sont-elles estimées comme étant insuffisantes, mais les appels à la solidarité se répètent, dans le texte de la Dérogation y compris. Au paragraphe 11, on lit qu'«[a]u niveau international, il y a un appel urgent à la solidarité mondiale, et au partage mondial sans entrave de technologies et de savoir-faire afin que des réponses rapides puissent être mises en place en temps réel pour la gestion de la COVID-19²⁸²». Plus loin, on insiste sur le besoin d'une « réponse mondiale fondée sur l'unité, la solidarité et la coopération multilatérale²⁸³». Cette approche va également main dans la main avec le slogan voulant faire comprendre l'idée d'interdépendance sanitaire, soit que « personne n'est en sécurité avant que tout le monde ne le soit²⁸⁴». Dans la Déclaration des coauteurs de la Dérogation devant le Conseil des ADPIC, on peut lire :

Nous demandons à tous les Membres de l'OMC de s'unir et de faire preuve d'une importante solidarité mondiale, d'accorder la priorité aux négociations fondées sur des textes et de les accélérer, de parvenir à une conclusion rapide qui remédiera de façon effective aux obstacles liés à la propriété intellectuelle et contribuera à l'augmentation et à la diversification de la fabrication et de la fourniture de produits liés à la COVID-19 pour la prévention, l'endigement et le traitement de la COVID-19²⁸⁵.

L'approche cosmopolite est aussi une caractéristique de la mise en application des DESC. Par exemple, dans l'Observation générale no 14, le Comité des DESC a affirmé que « les États sont investis collectivement et individuellement de la responsabilité de coopérer aux fins de la fourniture de secours en cas de catastrophe et d'une assistance humanitaire en temps d'urgence ». Il a également fait remarquer que les maladies à l'origine de pandémies ne suivent pas la logique des frontières étatiques, et ainsi que c'est par un effort collectif que la communauté internationale doit s'adresser au problème, les pays plus économiquement développés devant venir en aide à ceux étant en situation de développement, ou plus démunis²⁸⁶. Le besoin d'adopter une approche

²⁸² OMC, *Dérogation*, *supra* note 2.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ OMS, *Personne n'est en sécurité avant que tout le monde ne le soit*, *supra* note 281.

²⁸⁵ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Dérogation à certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC pour la prévention, l'endigement et le traitement de la COVID-19 – Déclaration des coauteurs*, Doc. IP/C/W/677, [OMC, *Déclaration des coauteurs*] au para 7.

²⁸⁶ *Observation générale No 14*, *supra* note 260.

coopérative est omniprésent dans les documents préparant la réponse globale à la COVID-19. Dans la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 2 avril 2020, on : « *Redit* qu'elle est attachée à la coopération internationale et au multilatéralisme et qu'elle appuie pleinement le rôle central que joue le système des Nations Unies dans l'action mondiale contre la pandémie de maladie à coronavirus 2019 (COVID-19)²⁸⁷ ». Le besoin de coopération aux vues de la santé publique est aussi promu dans la mesure où on se considère dans une situation d'interdépendance sanitaire. Le document de l'Assemblée générale des Nations Unies, destiné à la « Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19 » affirme que « l'accès équitable aux produits de santé est une priorité mondiale », et rappelle que « la coopération internationale et un véritable multilatéralisme sont importants pour faire en sorte que tous les États mettent en place des mesures de protection nationales efficaces ». On mentionne que « la pandémie de COVID-19 appelle une réponse mondiale fondée sur l'unité, la solidarité et la coopération multilatérale », insistant sur le rôle fondamental des Nations Unies²⁸⁸.

Plus spécifiquement concernant la COVID-19, les documents préparant la réponse à la pandémie désignent le besoin de donner davantage d'autorité à l'OMS dans ces circonstances. Le projet de résolution de riposte à la COVID-19 proposé à l'Assemblée mondiale de la santé a rappelé que :

le mandat constitutionnel de l'OMS, consistant à agir, entre autres, en tant qu'autorité directrice et coordonnatrice, dans le domaine de la santé, des travaux ayant un caractère international, et considérant son rôle de chef de file dans le cadre plus large de la riposte des Nations Unies ainsi que l'importance d'une coopération multilatérale renforcée afin de faire face à la pandémie de COVID-19 et à ses conséquences négatives majeures²⁸⁹.

Cette initiative de délégation du pouvoir étatique en direction d'une institution internationale fait effectivement écho à la priorisation d'une gouvernance mondiale au dépourvu de la souveraineté étatique. Cela peut se confondre avec les partenariats économiques desquels nous avons discuté dans le chapitre précédent, tout dépendant du degré d'agentivité des acteurs impliqués entre la

²⁸⁷ *Solidarité mondiale dans la lutte contre la COVID-19, supra note 7 au para 1.*

²⁸⁸ *Coopération visant à assurer l'accès mondial au matériel contre la COVID-19, supra note 7.*

²⁸⁹ OMS, *Riposte à la COVID-19, supra note 7 à la p 4.*

gouvernance de l'OMS et les initiatives privées. Avec le leadership entraîné par la coopération, puis la gouvernance d'une organisation désignée, l'approche de mise en commun des « biens publics » pour leur distribution s'est imposée. Selon la Haute-Commissaire des droits de l'homme dans son rapport datant de 2020 :

L'appel à considérer les vaccins contre la COVID-19 comme un bien public mondial doit se traduire par des actions concrètes. Cela demande de faire preuve d'une solide volonté politique d'introduire de réels changements aux niveaux national et international. En particulier, il faut éliminer les obstacles qui empêchent de faire en sorte que les vaccins et les traitements soient accessibles à tous, notamment les procédures d'octroi de licences inutilement complexes et restrictives. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les États devraient envisager l'introduction d'une dérogation temporaire aux droits de propriété intellectuelle pertinents à maintenir jusqu'à ce que la pandémie de COVID-19 soit contenue, conformément au droit des membres de l'Organisation mondiale du commerce de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès aux médicaments pour tous. Les laboratoires pharmaceutiques devraient respecter le droit des États à utiliser de telles dispositions²⁹⁰.

L'utilisation du cosmopolitisme et de l'approche coopérative légitimerait la gouvernance et la gouvernance effectuée sur le plan international pour la planification des réponses à la pandémie parce qu'ils impliquent la participation démocratique d'une multitude d'acteurs et ainsi le consentement de ces derniers aux aboutissements de la coopération interétatique.

3.2.3 Les droits humains en situation d'urgence

Le discours insiste sur la gravité de la situation en temps de crise sanitaire et la nécessité d'agir rapidement pour en prévenir les dommages collatéraux humains évitables. Les obligations des États de garantir le droit à la santé ont des caractéristiques temporelles et matérielles, impliquant notamment une « obligation d'agir aussi rapidement et efficacement que possible²⁹¹ ». La Dérogation proposée par l'Inde et l'Afrique du Sud devant l'OMC a rappelé la déclaration de la pandémie mondiale et l'utilisation de l'expression « urgence de santé publique de portée

²⁹⁰ *Incidences sur les droits de l'homme des lacunes dans l'accès rapide, équitable et universel à des vaccins contre la maladie à coronavirus (COVID-19) et leur distribution à un prix abordable et du creusement des inégalités entre les États* – Rapport de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Doc off AG NU, 49e sess, Doc NU A/HCR/49/35 (2022) , [HCNUDH, *Incidences des lacunes dans l'accès à des vaccins*] au para 63.

²⁹¹ *Thouvenin et Trebilcock, supra* note 27 à la p 1578.

internationale » par de l'OMS²⁹². On y a affirmé également qu'elle constituait un « risque très élevé dans le monde entier pour tous les membres de l'OMC²⁹³ ». La Déclaration des experts des Nations unies sur les droits humains du 19 novembre 2020 utilise le mot de « course pour un vaccin contre la COVID-19 », une course destinée à « prévenir le plus de morts possible et à protéger l'humanité ». Ils ont qualifié cette course de « lumière dans une période sociale et économique sombre », et ont appuyé sur le caractère essentiel de la coopération internationale et l'assistance dans l'objectif de partager les bénéfices du progrès scientifique, lequel est aussi fondamental que les droits à la santé et à la vie. L'accès et la disponibilité ne pouvaient ainsi pas rester entre les mains des forces du marché liées simplement aux règles de l'offre et de la demande et incapables à elles seules de contenir la pandémie et de protéger des millions de personnes en situation de vulnérabilité²⁹⁴. Autrement dit, la Déclaration fait donc appel à un interventionnisme urgent et rapide, suivant l'idée selon laquelle le marché ne peut pas par lui-même prioriser la réalisation des droits humains et l'évitement de conséquences humaines graves.

Le texte de la Dérogation a ensuite lié les conséquences humaines de la pandémie à une pénurie de produits de santé que l'on peut influencer par l'exercice d'un pouvoir politique. Plus loin dans la Dérogation, on lit également que :

Les pénuries de ces produits ont mis en danger la vie du personnel soignant et d'autres travailleurs essentiels exposés, et entraîné de nombreux décès évitables. Elles menacent également de prolonger la pandémie de COVID-19. Plus la crise mondiale actuelle persistera, plus les retombées socioéconomiques seront importantes, de sorte qu'il est impératif et urgent de collaborer au niveau international pour endiguer rapidement la flambée²⁹⁵.

C'est ce contexte de crise et l'importance soulevés d'un besoin d'agir rapidement que les coauteurs de la Dérogation justifient et proposent des politiques économiques adaptées à la situation :

Pour répondre aux demandes mondiales d'approvisionnement et assurer un accès rapide et abordable, nous devons mobiliser les capacités mondiales de fabrication et

²⁹² OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 1.

²⁹³ *Ibid*, Annexe.

²⁹⁴ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

²⁹⁵ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 6.

diversifier les possibilités d'approvisionnement. Si nous voulons atteindre cet objectif dans les plus brefs délais, une condition préalable consiste à répondre aux difficultés liées à la propriété intellectuelle [nos caractères soulignés]²⁹⁶.

On met de l'avant des enjeux de vie ou de mort et leur caractère évitable, insinuant qu'une bonne gouvernance permettrait de mettre fin à des pertes humaines si elle parvient à prévenir des flambées par la réalisation de l'équité sanitaire²⁹⁷. C'est dans ce registre que l'on sollicite la maximisation de la fabrication des produits de santé pour faire augmenter les stocks et faciliter leur accessibilité. Les éléments clés de cette bonne gouvernance se situent dans les effets économiques (l'augmentation de la production et du stock mondial de produits de santé) de mesures juridiques (la suspension temporaire de dispositions de l'*Accord sur les ADPIC*). Comme nous le verrons plus loin, on oppose à l'urgence de la situation la longueur et la difficulté des procédures qu'impliquent l'utilisation des flexibilités de l'Accord. L'adoption de la Dérogation permettrait un retour à une interprétation adaptée à l'objet du droit, soit une interprétation téléologique plutôt qu'une interprétation textuelle qui rend l'application du traité difficile et l'obtention des résultats juridiques voulus impossible.

Du pont de vue de la temporalité, la Dérogation présentée par l'Inde et l'Afrique du Sud insiste aussi également sur le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles elle intervient, et propose donc une solution temporaire qui n'aurait pas d'effets négatifs à long terme, et qui justifie la suspension temporaire de l'*Accord sur les APDIC*²⁹⁸. Elle ne serait maintenue uniquement « jusqu'à ce qu'une vaccination largement répandue soit en place à l'échelle mondiale et que la majorité de la population mondiale soit immunisée²⁹⁹ ». La Haute-Commissaire aux droits de l'homme a reconnu le caractère progressif de la réalisation du droit à la santé dans son rapport sur les incidences des lacunes de l'accès aux médicaments sur la réalisation des droits humains dans le contexte de la pandémie, mais a rappelé en contrepartie que les États étaient :

tenus de prendre des mesures volontaristes, concrètes et ciblées pour réaliser le droit à la santé et satisfaire immédiatement aux exigences minimales, comme garantir l'accès

²⁹⁶ OMC, *Déclaration des coauteurs*, *supra* note 285 au para 2.

²⁹⁷ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2.

²⁹⁸ *Ibid* au para 12.

²⁹⁹ *Ibid* au para 12.

aux vaccins sans discrimination. Des efforts ciblés sont nécessaires si l'on veut pouvoir supprimer les barrières, prévenir les discriminations potentielles et surveiller la distribution des vaccins pour éviter toute discrimination. L'obligation incombant aux États de garantir l'accès aux vaccins suppose notamment d'éviter toute régression du droit à la santé et des autres droits économiques et sociaux³⁰⁰.

Les acteurs en faveur de la Dérogation admettent que les droits de PI ont joué un rôle vital dans le développement de produits de santé ensuite utilisés dans la lutte contre la COVID-19. Bien que cet argument rappelle la raison d'être des droits de PI, ces acteurs estiment toutefois qu'il ne prend pas en considération la nature transitoire de la Dérogation, dont l'effectivité temporaire n'affecterait ainsi pas le système de PI³⁰¹. Elle ne concerne que les secteurs touchés par la pandémie, et ne durera que le temps nécessaire à la mise en place d'une immunité globale en plus d'être ajustée au besoin au fur et à mesure du temps³⁰². La gravité des enjeux auxquels on est confronté en situation de crise demanderait des acteurs impliqués dans le processus de coopération moins de rigidité vis-à-vis de leurs préférences spécifiques et la mobilisation de leur volonté politique pour la prévention de conséquences humanitaires particulièrement significatives.

3.3 Les arguments économiques

Nous avons vu que le discours en faveur de la Dérogation adoptait une vision de redistribution et d'équité dans l'accès aux médicaments, qui constitue l'objectif de ce discours. Comment cette vision s'exprime-t-elle en termes économiques et est-elle justifiée par ces termes? Comment le discours en faveur de la proposition répond-t-il aux arguments économiques mis de l'avant par ceux qui se positionnent en défaveur de celle-ci? Nous verrons dans cette partie les arguments affirmant que la propriété intellectuelle interfère avec la réalisation du droit à la santé. Nous verrons également que des auteurs se sont intéressés aux liens et prémisses utilisés pour affirmer les bons effets de la propriété intellectuelle. Nous verrons finalement qu'une vision alternative permettant de faire fructifier l'innovation se base sur la suppression des obstacles aux partages de technologie, la PI y compris.

³⁰⁰ HCNUDH, *Incidence des lacunes dans l'accès à des vaccins*, supra note 290 au para 57.

³⁰¹ Boniface Chimpango, « Vaccine nationalism and equitable access to COVID-19 pharmaceuticals: TRIPS Agreement under trial (again) » (2021) 20:3 *JITLP* 166 [*Chimpango*] à la p 175.

³⁰² *Ibid* à la p 178.

3.3.1 L'interférence des droits de propriété intellectuelle avec la santé

Les arguments économiques en faveur de la Dérogation s'appuient sur le contexte économique inhabituel et perturbé du fait de la pandémie :

l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a mis en garde contre le fait que la "pandémie représent[ait] un bouleversement sans précédent de l'économie mondiale et du commerce mondial car la production et la consommation étaient réduites dans le monde entier". [N]ous avons assisté à une rupture des chaînes d'approvisionnement mondiales conjuguée à des écarts croissants entre l'offre et la demande³⁰³.

C'est dans ce contexte spécifique de perturbations que les acteurs en faveur de la Dérogation veulent s'assurer que les droits de PI de tous genre « ne créent pas d'obstacles à l'accès en temps utile à des produits médicaux abordables, [...] ni à l'intensification de la recherche, du développement, de la fabrication et de la fourniture de produits médicaux essentiels pour lutter contre la COVID-19³⁰⁴ ». La réalisation des droits humains se traduit en termes économiques. L'iniquité vaccinale laisse sa place dans l'analyse aux pénuries et aux ruptures de stocks qui persistent malgré le consensus de maximiser l'accès aux produits de santé³⁰⁵. Pour la disponibilité et l'abordabilité en temps utile, « [l]'expansion rapide de la fabrication à l'échelle mondial est une solution cruciale évidente³⁰⁶ ». Pour Amnesty international, par exemple, les ruptures de stock sont des « preuves manifestes » que la PI était un obstacle à l'accessibilité des produits pharmaceutiques, et ce en raison de « pratiques restrictives en termes de licences³⁰⁷ ». Donc premièrement, la non-interférence des droits de PI avec le droit à la santé fut remise en cause, au moins en circonstances particulières de crise sanitaire mondiale. La Haute-Commissaire des droits de l'homme a donc affirmé dans son rapport que :

Les laboratoires pharmaceutiques ne devraient pas chercher à limiter, réduire ou compromettre les marges de manœuvre et autres facilités du régime de propriété intellectuelle qui visent à protéger et à promouvoir l'accès aux médicaments existants, et cela vaut également en ce qui concerne les vaccins contre la COVID-19. Ils devraient s'abstenir d'invoquer les droits de la propriété intellectuelle si cela va à l'encontre du

³⁰³ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 2.

³⁰⁴ *Ibid* au para 3.

³⁰⁵ *Amnesty International*, *supra* note 251 à la p 1.

³⁰⁶ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 8.

³⁰⁷ *Amnesty International*, *supra* note 251 à la p 3.

droit de toute personne d'avoir accès à un vaccin sûr et efficace contre la COVID-19. Les laboratoires devraient également respecter le droit qu'ont les pays de s'appuyer sur les dispositions de l'accord sur les ADPIC pour s'acquitter de leur obligation de garantir, aussi rapidement que possible, l'accès universel et équitable à un tel vaccin³⁰⁸.

Elle a invoqué la responsabilité sociale des acteurs privés de faire preuve de jugement et de retenue pour reconnaître et retenir les comportements qui pourraient nuire à la réalisation des droits humains. Elle a mis en contraste l'idéal que les vaccins soient considérés comme des biens publics, et leur coût observé :

Les vaccins devraient être considérés comme des biens publics, et pourtant, leur coût actuel représente une charge financière considérable pour les pays à faible revenu et un obstacle supplémentaire à l'équité vaccinale. Compte tenu de la tarification actuelle, dans les pays à faible revenu, vacciner 70 % de la population nécessiterait une augmentation de 30 à 60 % des dépenses de santé. Par comparaison, les pays à revenu élevé devraient augmenter leurs dépenses de santé de seulement 0,8 % pour atteindre le même taux de vaccination³⁰⁹.

Elle a ainsi appelé à l'action politique concrète pour l'obtention de changements réels, particulièrement l'élimination des « obstacles qui empêchent de faire en sorte que les vaccins et les traitements soient accessibles à tous, notamment les procédures d'octroi des licences inutilement complexes et restrictives » et a affirmé que les laboratoires pharmaceutiques devraient respecter le droit des États à utiliser les dispositions destinées à garantir la santé publique et promouvoir l'accès aux médicaments pour tous³¹⁰. Les effets économiques observés de l'*Accord sur les ADPIC* semblent être en décalage avec les effets escomptés. L'interprétation et l'usage de l'Accord destiné à la réalisation des droits humains ne semblent pas s'être matérialisés.

3.3.2 Démystifier les bons effets de la PI sur l'innovation et l'accès aux médicaments

La réalité des effets positifs de la PI sur l'innovation est elle aussi questionnée. Des auteurs ont remis en question le lien entre PI et innovation, et ont voulu démystifier les effets de cet outil juridique. Katarina Pistor, dans son livre *The Code of Capital*, a présenté la propriété intellectuelle comme un code juridique garant de l'exclusivité sur un savoir à des fins d'accumulation du profit.

³⁰⁸ HCNUDH, *Incidences des lacunes dans l'accès à des vaccins*, supra note 290 au para 18.

³⁰⁹ *Ibid* au para 46.

³¹⁰ *Ibid* au para 63.

Selon elle, à la suite de la mise en application des droits de PI, des monopoles émergent et décrivent les retours financiers des droits de PI comme des incitatifs d'une grande importance. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, ces derniers représenteraient un moyen utilitariste d'inciter à l'innovation et au développement ainsi qu'à la distribution de produits de santé. Les découvertes scientifiques se transforment ainsi de plus en plus en objets de droits. Mais beaucoup de scientifiques, de gouvernements et de fondations privées se portent volontaires pour investir dans la recherche scientifique, et les moyens de combattre les maladies graves. Les gouvernements sont d'ailleurs les principaux investisseurs dans les projets de recherche scientifique³¹¹.

Les experts des Nations unies sur les droits humains ont affirmé que le financement public a contribué de manière importante, directement ou indirectement, à la recherche pour le développement de produits de santé³¹². Dans son article « Levée des brevets sur les vaccins anti-Covid », Clara Grudler a également mentionné le poids des financements publics administrés aux firmes pharmaceutiques dans l'optique du développement de produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19. Selon elle, « [c]es financements ont permis aux laboratoires de développer des vaccins et des traitements anti-Covid en un laps de temps particulièrement court³¹³. Chad P. Bown, dans son article « The WTO and Vaccine Chain Resilience during a Pandemic » affirme que les subventions à la recherche étaient devenues les politiques de prédilection durant la pandémie³¹⁴. Dans son article « Vaccins : recherche publique, profits privés », Marc-André Gagnon met de l'avant les investissements des gouvernements s'élevant à un montant de 14 milliards, et le fait que le vaccin de Moderna ait été subventionné entièrement par des investissements publics alors que le brevet lui appartient³¹⁵. Dans son article « The Right To Medicine at the Age of Neoliberalism », Amy Kapczynski s'interroge sur les prix appropriés pour des produits de santé vitaux développés aux États-Unis et au Canada grâce à des investissements publics massifs. Elle questionne le rapport entre privatisation des inventions et financement public

³¹¹ Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2019 [Pistor].

³¹² UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

³¹³ Grudler, *supra* note 192 à la p 41.

³¹⁴ Chad P Bown, « The WTO and Vaccine Supply Chain Resilience during a Pandemic » (2023) 26:2 *Journal of International Economic Law*, à la p 361.

³¹⁵ Gagnon, *supra* note 44.

et se positionne en faveur d'une diminution des prix des médicaments lorsque ceux-ci ont été développés grâce à du financement public³¹⁶. Les experts des Nations unies sur les droits de l'homme ont estimé juste, considérant que l'importance de l'aide publique pour la production de produits de santé devrait, que les firmes impliquées dans la production reconnaissent leur responsabilité à supporter le droit à la santé. Selon eux cette aide devrait être conditionnelle au respect des droits humains. Ils ont recommandé que les États s'assurent que les acteurs privés respectent les droits humains, et préviennent les conséquences négatives de leurs actions sur les droits humains³¹⁷.

Pistor souligne également que les motivations des chercheurs sont autres que financières, surtout considérant que les réels bénéficiaires des monopoles légaux créés par les droits de propriété intellectuelle sont les firmes et leurs actionnaires³¹⁸. Marc-André Gagnon a conceptualisé la différence entre l'industrie et le marché pharmaceutique, ce qui a permis de comprendre que les retours financiers de la propriété intellectuelle n'avaient aucun effet stimulateur sur l'innovation ou la productivité industrielle. En effectuant une étude quantitative, il a observé que la productivité scientifique, ou l'innovation, n'était pas liée aux retours financiers des droits de propriété intellectuelle³¹⁹. Dans l'ouvrage *Droit international social*, Jean-Marc Thouvenin et Anne Trebilcock ont affirmé que :

les titulaires originaux de droits de propriété intellectuelle les cèdent de plus en plus souvent aux producteurs en échange d'une rémunération certes certaine mais à bien des égards très faible. De sorte que le renforcement de la propriété intellectuelle bénéficie essentiellement à ces industriels plutôt qu'aux auteurs réels, qui ne sont plus qu'un petit rouage d'une grande chaîne de production³²⁰.

Ils ont aussi constaté que la protection de plus en plus forte des intérêts des auteurs par le régime de PI s'effectuait aux dépens du public. Le risque lié aux résultats de recherche n'en est pas un

³¹⁶ Amy Kapczynski, « The Right to Medicines in an Age of Neoliberalism » (2019) 10:1 *Humanity* 79-107.

³¹⁷ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

³¹⁸ Pistor, *supra* note 311.

³¹⁹ Marc-André Gagnon, *The nature of capital in the knowledge-based economy: the case of the global pharmaceutical industry*, Ottawa, Bibliothèque et Archives Canada, 2010.

³²⁰ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 1810.

pour les industriels assurant la production à grande échelle d'un produit pour lequel la recherche a déjà été menée. L'existence de monopoles et les faibles stocks de produits vitaux entraînent la rigidité des prix proposés, qui peuvent être hauts pour garantir les profits des firmes, et inabornables pour les populations dans des situations de précarité. Par ces mécanismes, Jean-Marc Thouvenin et Anne Trebilcock estiment que :

Le droit à la propriété peut ainsi être considéré comme conduisant à une mise en cause du droit à la santé publique dans la mesure où le monopole d'exploitation conféré à l'inventeur d'un médicament permet d'imposer des prix élevés, de poser des conditions (des limites?) à sa distribution et de s'opposer à sa production à moindre coût auprès des populations les plus pauvres³²¹.

Dans cette perspective, les experts des Nations unies sur les droits de l'homme affirment que les bénéfices privés ne peuvent être priorités aux dépens des droits à la vie et à la santé. Les compagnies pharmaceutiques se doivent de vendre et distribuer les produits de santé qu'elles ont développé non pas seulement au plus offrant, mais de rejoindre les efforts globaux pour la lutte contre la pandémie³²².

Dans leur article « From Incentive to Commodity to Asset : How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property », Rochelle Dreyfuss et Susy Frankel expliquent ce décalage entre les effets associés et les effets réels de la PI à une évolution en droit international qui les a éloigné de leur rôle premier. Elles décrivent un passage de l'incitatif à la marchandise au moment de l'élaboration de l'*Accord sur les ADPIC*, dans la mesure où ce dernier entraine en rupture avec les Accords de l'OMPI qui étaient basés sur une approche quantitative et peu contraignante pour les États qui bénéficiaient alors d'une grande marge de manœuvre pour mettre en place des mesures adaptées sur le plan national. L'Accord représentait alors l'introduction de sanctions aux États qui ne rencontraient pas les standards établis, l'intensification d'une rupture technologique entre les États du fait du droit issu de la théorie des avantages comparatifs, une diminution des possibilités de protection des intérêts publics ainsi qu'un discours des droits (commerciaux) et des mécanismes de renforcement national. Même si les moyens de prioriser certains intérêts publics nationaux n'avaient pas tous été éliminés, le langage utilisé, hautement indéterminé, rendait la

³²¹ *Ibid* à la p 1608.

³²² UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

considération de besoins locaux spécifiques difficile³²³. Le corpus juridique ayant été élaboré par la suite, notamment avec beaucoup d'accords bilatéraux et plurilatéraux se faisant suite les uns aux autres, a précisé ce langage indéterminé et les droits la PI ont été rendus plus contraignants, plus larges et plus profondément liés aux régimes d'investissement. Ces nouveaux accords ont étendu les mesures de l'Accord et ont diminué encore l'étendue des flexibilités et des exceptions destinées à protéger les intérêts publics. Les nouvelles normes ont ainsi rehaussé le niveau de protection de la PI jugé approprié et changé la nature même de la PI. On assista à l'émergence du rôle de négociation de l'État-investisseur. Ces deux transformations, la première du passage de l'incitatif à l'outil de marchandisation et la seconde du passage à l'atout à l'investissement, ont distancé ces droits de leurs principes d'incitation initiaux et ont changé l'équilibre des intérêts publics et privés pour que ce dernier devienne en faveur des seconds³²⁴.

Selon ces auteurs, la fonction des brevets est destinée à l'avantage commerciale plutôt que liée à l'innovation ou à la réalisation des droits humains. Pistor a affirmé que la PI est un outil juridique qui, comme tout autre créateur de monopole, avantage quelques-uns aux dépens de l'ensemble, et que la libéralisation du savoir serait bénéfique à tous sans coût aucun pour l'inventeur³²⁵. Stiglitz et Wallach, dans leur article « Will Corporate Greed Prolong the Pandemic? », contestent l'idée que la mise en place de la Dérogation proposée le 2 octobre 2020 nuirait aux incitatifs, car elle n'affecterait pas les revenus des détenteurs de brevets, mais encouragerait au contraire certaines compagnies pharmaceutiques à s'engager dans des accords volontaires³²⁶. De plus, les preuves des retombées sur le domaine public de la conservation des droits de propriété intellectuelle du secteur privé sont difficiles à démontrer³²⁷. En démystifiant les bons effets associés à la PI, les sceptiques de la PI ont remis en question leur rôle comme mesure utilitariste. Certains acteurs en faveur de la Dérogation ont hiérarchisé les droits humains et les droits privés en insistant sur le besoin d'assurer la primauté des premiers, les seconds ne contribuant pas à leur réalisation, au contraire. Ces auteurs se distinguent donc de ceux qui insistent plutôt sur le caractère exceptionnel de la crise, et se

³²³ Rochelle Dreyfuss et Susy Frankel, « From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property » (2015) 36:4 *Michigan Journal of International Law* 557 à la p 563.

³²⁴ *Ibid*, à la p 371.

³²⁵ Pistor, *supra* note 311.

³²⁶ Stiglitz & Wallach, *supra* note 214.

³²⁷ Pistor, *supra* note 311 à la p 124.

rangent parmi les auteurs critiques qui remettent en question les effets de l'*Accord sur les ADPIC* de manière plus structurelle. La seule rhétorique des droits humains dans cette perspective en est une qui privilégie le droit à la santé vis-à-vis des droits de PI. Plusieurs ont fait une vive critique de ce qu'ils décrivent comme la « cupidité corporative³²⁸ », soit l'acte conscient de la part des firmes de compromettre les droits humains pour maximiser les profits. Ils ont remis en question les prémisses vues au chapitre précédent qui se situent à la base des fondements de la PI, soit que les individus n'innovent pas sans garantie de jouir des avantages monopolistiques de leurs innovations, que les retours de la PI financent la recherche et qu'ils ont un impact direct sur la productivité innovante.

3.3.3 Promouvoir les bons effets du partage de technologie à grande échelle

Les auteurs de l'article « COVID-19 Pandemic and Vaccine Imperialism » affirment que le partage de technologies avec les producteurs des pays du Tiers-Monde pour que ces derniers puissent s'émanciper d'une dépendance à l'industrie pharmaceutique occidentale était une *justice oriented move* (action orientée par l'idée de justice)³²⁹. Le Secrétariat des Nations Unies, le Haut-commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme, l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, l'OMS ont fait un appel au *Open Science* (science ouverte) dans un document reconnaissant le rôle du savoir scientifique dans la réduction des inégalités, et destiné à répondre aux défis posés par la pandémie de COVID-19 et implanter les mesures nécessaires à la réalisation de l'Agenda 2030³³⁰. Le mouvement *Open Science* cherche à maximiser et étendre la disponibilité et l'accessibilité des données scientifiques. Ce mouvement de la communauté scientifique est destiné à supporter « la collaboration et la solidarité plutôt que la compétition³³¹ ». Bien que les partenariats destinés aux transferts de technologies aient aussi été encouragés par les acteurs en défaveur de la Dérogation, on se situe ici dans la logique inverse, qui

³²⁸ Stiglitz & Wallach, *supra* note 214.

³²⁹ Stergios A Seretis et al, « COVID-19 Pandemic and Vaccine Imperialism » (2025) 57:1 *Review of Radical Political Economics* 9 à la p 21.

³³⁰ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

³³¹ *Joint Appeal for Open Science*, par OMS, UNESCO, et UNHCR, en ligne : https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Press/WebStories/JointAppeal_OpenSciences_EN.pdf.

consiste à recourir à des moyens autres que la concurrence et la poursuite des intérêts privés pour la réalisation des droits humains.

Les auteurs se prononçant en faveur d'une libéralisation économique ont affirmé que la coopération et l'assistance entre les pays était vitale pour que les technologies médicales utiles à la lutte contre la COVID-19 soient partagées en tant que bien public commun. Le Haut-commissariat aux droits de l'homme a par exemple affirmé que :

La rationalité (*soundness*) économique dicte que tous les pays bénéficieront d'une action globale qui pourrait approvisionner toute la population en vaccins à des prix abordables, et ce à un prix bien moins grand que celui des effets de la pandémie de COVID-19 sur les économies nationales et globale [notre traduction]³³².

L'argument économique soutenu dans le discours en faveur de la Dérogation est que le partage des technologies plutôt que la propriété exclusive temporaire au savoir technologique est ce qui favorisera le développement, la production maximale et l'accessibilité des produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19. Selon Morris K. Odeh, les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* destinées à demander aux pays ne figurant pas parmi les « pays moins développés » de garantir une protection des produits et processus pharmaceutiques ne représentent pas un problème pour les pays industrialisés, capables de produire de nouvelles technologies du fait de leur programmes de recherche et développement et de leurs capacités technologiques issus de dizaines d'années d'investissements et d'échanges globaux de technologies. Ce n'est pas le cas des pays moins industrialisés qui dépendent de l'importation de technologies étrangères pour leur processus d'industrialisation et de développement. Selon Odeh :

La nouvelle économie pharmaceutique du savoir interfère avec la capacité des entreprises pharmaceutiques locales dans les nations non-industrialisées d'utiliser des produits et procédures brevetés. Elle limite aussi la marge de manœuvre des législateurs dans ces nations pour exclure les médicaments ou les produits chimiques de leurs systèmes de brevets pour des raisons liées à la santé publique ou d'autres considérations de développement, une pratique qui était permise dans les premiers stades de l'évolution de ce système³³³.

³³² UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

³³³ *Ibid* à la p 77.

La certitude quant à l'incapacité des pays du Tiers-Monde de contribuer à la production vaccinale n'est donc pas partagée. En Allemagne, en réaction à la position du gouvernement décrite dans le chapitre précédent, des personnalités politiques et scientifiques se sont prononcées en faveur de la levée des brevets sur les produits de santé destinés à la lutte contre la COVID-19. Dans une lettre adressée aux candidats pour les élections à venir, on a affirmé qu'il existait des fabricants qualifiés à se servir de la Dérogation proposée pour produire une quantité significative de stocks additionnels. La Dérogation serait donc le moyen de solliciter les capacités de production du Tiers-Monde, d'assurer son autonomie sanitaire³³⁴. Selon Stiglitz et Wallach, les effets positifs de la Dérogation sur la production mondiale de produits de santé seraient indéniables. Ils rappellent la position de l'Inde parmi les premiers producteurs mondiaux de vaccin, et les initiatives de développement d'infrastructures au Tiers-Monde lors du début de la pandémie pour une maximisation des capacités de production. Ils identifient plutôt l'inconsidération du milieu pharmaceutique vis-à-vis de la baisse des prix qui pourrait être engendrée à un désintérêt de ces dernières envers l'état de la santé publique. L'attitude des firmes explique le besoin de la Dérogation, dans la mesure où elles diminuent les dispositions prévues par le régime de propriété intellectuelle³³⁵. Les effets du régime des ADPIC sur les prix des médicaments et leur accessibilité rend ainsi particulièrement difficile pour les pays du Tiers-Monde de promouvoir l'accès aux médicaments³³⁶.

Boniface Chimpango a répondu aux auteurs qui stipulent que les firmes vendent les produits de santé à des prix abordables que le coût des médicaments n'est pas le seul problème. On a constaté sur le terrain que même si les pays du Tiers-Monde étaient prêts à acheter les médicaments, ils n'étaient pas produits en quantités suffisantes, ce qui rendait nécessaire d'augmenter la production³³⁷. Il a également reporté des études selon lesquelles l'établissement de mise en commun obligatoire des brevets (*mandatory patent pools*) (contrairement au C-TAP auquel la participation se fait sur une base volontaire) permettraient de maximiser les stocks de vaccins contre la COVID-19 en garantissant l'accès ouvert aux technologies tout en garantissant une reconnaissance aux créateurs des produits de santé. Cette stratégie demanderait toutefois un délai

³³⁴ Grudler, *supra* note 192 à la p 40.

³³⁵ Stiglitz & Wallach, *supra* note 214.

³³⁶ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

³³⁷ Chimpango, *supra* note 301 à la p 178.

plus important que celui de l'adoption de la Dérogation du 2 octobre, du fait des divisions des acteurs dans le débat sur l'interférence des droits de PI avec le droit à la santé : certains voulant protéger leur industrie pharmaceutique, et d'autres le droit à la santé de leur population. Un compromis intéressant serait de regrouper des États avec la même position pour organiser les partenariats³³⁸. Force est de constater que les arguments économiques de part et d'autre du débat sont abondants et contradictoires même si on leur attribue la légitimité découlant d'affirmations issues d'expertises. Cette section a permis de remettre en question la prémisse discutée au chapitre précédent selon laquelle c'était le « travail exclusif » qui permettait de tirer bénéfice des ressources. Pour ce qui est du savoir technologique, plusieurs acteurs sont plutôt d'avis que c'est la mise en commun et la mobilisation de toutes les potentielles sources de recherche, développement, innovation et production qui permettra de stimuler l'innovation, l'augmentation des stocks et, à long terme, le développement. C'est aussi ce qu'indique la remise en contexte effectuée en introduction sur les liens entre la propriété intellectuelle et l'innovation, soit que l'industrialisation et le développement économique s'étaient effectués dans des périodes où les droits de PI étaient réduits pour des pays aujourd'hui industrialisés. Comment ces arguments se reportent-ils dans la conversation concernant directement les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC*? Quels arguments juridiques sont formulés en faveur de la Dérogation du 2 octobre?

3.4 Les arguments juridiques

Selon le Rapport de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les « Incidences sur les droits de l'homme des lacunes dans l'accès rapide, équitable et universel des vaccins contre la maladie à coronavirus (COVID-19) et leur distribution à un prix abordable et du creusement des inégalités entre les États » :

les droits de propriété intellectuelle non seulement empêchent d'étendre suffisamment la production de vaccins, mais freinent aussi le développement d'autres éléments indispensables à la lutte contre la COVID-19, notamment les tests et les traitements. Mais cet obstacle n'est pas immuable. Le 2 octobre 2020, un grand groupe d'États, conduit par l'Inde et l'Afrique du Sud, a soumis une proposition de dérogations à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) pour la prévention, l'endigement et le traitement de la COVID-19, qu'il conviendrait de maintenir jusqu'à ce qu'une vaccination largement

³³⁸ *Ibid* à la p 180.

répandue soit en place à l'échelle mondiale et que la majorité de la population mondiale soit immunisée³³⁹.

Selon Boniface Chimpango, « il est clair que le régime actuel des ADPIC empêche l'accès équitable aux produits pharmaceutiques liés à la lutte contre la COVID-19 ». Même après l'adoption de la *Déclaration de Doha*, la dérogation de 2003 transformé en amendement de 2017, l'objectif – la garantie que les pays à faible revenu pourraient accéder à des produits pharmaceutiques durant des urgences de santé publique - ne fut pas atteint. Les dispositions destinées au système de licences volontaires par l'article 31 *bis* ne sont pas entrées convenablement en vigueur³⁴⁰. Qu'est-ce qui explique l'ineffectivité de ces dispositions? Nous verrons d'abord que du fait du comportement des acteurs impliqués, l'interprétation respectant et promouvant les droits humains souhaitée et recommandée n'a pas été mise en application. La réticence des firmes à faire usage des mécanismes de partage de technologie, ainsi que le nationalisme vaccinal ont nui à la coopération, la mise en commun des moyens pour la lutte contre la pandémie. Nous verrons ensuite qu'il existe des raisons bureaucratiques à l'ineffectivité de l'article 31 *bis* liées à la lourdeur des procédures, mais aussi des raisons politiques liées à la réticence de certains pays que le système de licences obligatoires soit utilisé. Cette partie décrivant le dernier moment d'une rhétorique des droits humains – l'argument juridique – permettra notamment de comprendre les conséquences observées de l'indétermination du droit et de sa prétention à l'objectivité.

3.4.1 Le nationalisme vaccinal

Pour les acteurs en faveur de la Dérogation, l'adoption de cette dernière s'impose parce que les appels à une interprétation de l'Accord qui respecte, supporte et protège les droits humains, qui était recommandée par le Haut-Commissaire des droits de l'Homme en 2000 et par la Déclaration de Doha en 2001 (comme nous l'avons vu au chapitre précédent) ont échoué. Mais le comportement des acteurs impliqués reste inchangé en situation de crise sanitaire mondiale. Le nationalisme vaccinal fut un exemple de comportement démontrant que les acteurs impliqués dans la distribution des vaccins n'agiraient pas de manière à suivre les logiques promues par une interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* destinée au respect et à la promotion des droits humains.

³³⁹ HCNUDH, *Incidences des lacunes dans l'accès à des vaccin*, *supra* note 290 au para 10.

³⁴⁰ Chimpango, *supra* note 301 à la p 175.

Il décrit le réflexe des pays producteurs de vaccins de restreindre l'accès des autres pays à ces derniers. Ils réservent une très importante partie des vaccins pour eux-mêmes, ce qui fait augmenter la demande des produits de santé, son prix, et diminuer son accessibilité comme son abordabilité dans les pays aux économies moins riches. Ce phénomène fut aussi observé lors de la pandémie de COVID-19. Le Royaume-Uni, les États membres de l'UE et les États-Unis par exemple ont précommandé des vaccins encore en développement par des accords d'achats en amont, ce qui créa l'inquiétude que les pays du Tiers-Monde allaient devoir attendre plusieurs années avant de vacciner leurs populations³⁴¹. De plus, durant la pandémie de COVID-19, selon Amnesty International, « [l]es entreprises du secteur pharmaceutique du monde entier poursuivent leurs activités comme si de rien était, avec la même conception de la propriété intellectuelle, ce qui limite les capacités de production et d'approvisionnement ». Les firmes se sont montrées réticentes à utiliser les mécanismes alternatifs à disposition pour maximiser la production mondiale à l'intérieur du cadre juridique offert par l'Accord, et les initiatives comme le Groupement d'accès aux technologies contre la COVID-19 (C-TAP)³⁴². Les quantités limitées de vaccins alors disponibles, et transmises au dispositif COVAX fut grandement insuffisantes à un accès équitable aux vaccins à l'échelle globale³⁴³. Les initiatives n'ont pas eu d'effets satisfaisants sur l'accès aux produits de santé lors de la pandémie : « [m]alheureusement, les vieux instincts mercantiles qui s'incarnent dans la science propriétaire, les brevets et les monopoles technologiques ont vite repris le dessus. Aucune firme n'a accepté de partager ses technologies avec le C-TAP ou le MPP³⁴⁴ ». Les firmes n'ont pas répondu aux demandes de partage de la part des producteurs intéressés à augmenter les stocks de vaccins insuffisants pour une vaccination globale satisfaisante³⁴⁵. Les pays africains n'ont pas pu assurer leur autonomie vaccinale³⁴⁶.

Les discours faisant la promotion de la coordination et de la considération des besoins de chacun par tous les acteurs se bute à une attitude qui priorise les besoins nationaux. Dans son article

³⁴¹ *Chimpango*, *supra* note 301 à la p 167.

³⁴² *Amnesty International*, *supra* note 251 à la p 2.

³⁴³ *Ibid* à la p 3.

³⁴⁴ *Gagnon*, *supra* note 44.

³⁴⁵ *Stiglitz & Wallach*, *supra* note 214.

³⁴⁶ Rafaella Fortini Queiroz Grenfell et Oyetunde Timothy Oyeyemi, « Access to COVID-19 vaccines and testing in Africa: the importance of COVAX - Nigeria as a case study » (2023) 117:2 *Pathogens and Global Health* 152.

« Vaccins : recherche publique, fonds privés », Marc-André Gagnon décrit une ambiance de chacun pour soi entre les États. Les firmes n'utilisent pas les moyens à disposition pour libéraliser le savoir technologique nécessaire à la lutte contre la pandémie, que ce soient les licences obligatoires ou les projets de mise en commun du savoir. Le maintien des monopoles pharmaceutiques crée de tensions et la poursuite du nationalisme vaccinal par des États désireux de privilégier la vaccination de leur population nationale en pré-commandant, dans certains cas comme celui du Canada, 500% des besoins en stocks de vaccins³⁴⁷. Les stratégies reposant sur la bonne foi et le multilatéralisme ne furent donc pas aussi efficaces qu'espéré. Selon le rapport de la Haute commissaire aux droits de l'homme de 2022, le nationalisme vaccinal « consiste à ne tenir compte que de l'intérêt national sans s'intéresser aux besoins mondiaux » et fait « barrage aux efforts qui sont faits pour rendre les vaccins plus accessibles³⁴⁸ ». Ce dernier :

prive les individus et les peuples du droit inaliénable au développement, qui veut que tous les peuples du monde participent et contribuent au développement et en bénéficient dans des conditions d'égalité. Il nie le principe de l'égalité des chances pour toutes les nations et tous les peuples dans le monde entier. Il entraîne des reculs dans le processus de développement, aggravant la pauvreté et les inégalités dans les pays et entre les pays, et creusant encore les écarts de développement au niveau mondial³⁴⁹.

Les pays du Tiers-Monde allaient devoir investir plus de ressources pour l'obtention de produits de santé, ce qui allait faire augmenter leur dette, réduire leurs capacités financières notamment de soutenir leurs systèmes de santé et les autres éléments essentiels aux conditions de vie de leur population³⁵⁰. Si les effets espérés d'un droit indéterminé dépendent entièrement de l'interprétation qu'il en serait faite, le nationalisme vaccinal démontre que cette indétermination du droit peut mener à des situations où son utilisation peut aller à l'encontre de son objet, ou du moins de l'objet qu'on souhaite lui donner à des fins de réalisation des droits humains.

³⁴⁷ Gagnon, *supra* note 44.

³⁴⁸ HCNUDH, *Incidences des lacunes dans l'accès à des vaccins*, *supra* note 290 au para 21.

³⁴⁹ *Ibid* au para 38.

³⁵⁰ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

3.4.2 Les obstacles politiques aux licences obligatoires

Comme nous l'avons déjà vu en introduction, les arguments juridiques en défaveur de la compatibilité de l'*Accord sur les ADPIC* et des droits humains datent de bien avant la pandémie. En 2000, la Sous-commission des droits de l'Homme a publié une résolution dans laquelle on peut lire, au paragraphe 2 qu'elle juge que l'Accord :

[N]e rend pas compte comme il convient de la nature fondamentale et de l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, notamment le droit de chacun de jouir des bienfaits des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à l'autodétermination, il y a des conflits apparents entre le régime relatif aux droits de propriété intellectuelle contenu dans l'Accord, d'une part, et le droit international relatif aux droits de l'homme, de l'autre³⁵².

Selon le Conseil des droits de l'homme des Nations unies dans le rapport du rapporteur spécial sur le droit de tous à bénéficier du meilleur état de santé physique et mentale paru en 2009 (après la dérogation de 2003), le traité, par ses standards minimums de PI et la protection des brevets pur une durée de vingt ans, « ignore la diversité des besoins nationaux » et exige un investissement de ressources considérable dans la protection des droits de PI³⁵³. Même après les modifications effectuées et l'édification d'un système de licences obligatoire, selon Amnesty International en 2020, soutenir la proposition de dérogation était preuve de solidarité avec le reste du monde, et ce de manière modérée, temporaire et ciblée aux États qui voulaient pouvoir en bénéficier. La privation d'une « souplesse juridique nécessaire pour produire ou importer des produits médicaux vitaux en cas de besoin » portait atteinte au droit à la santé et à la vie des populations plus vulnérables de ces États, et nuit ainsi à l'engagement affirmé de coopérer pour réaliser « un environnement mondiale favorable à la mise en œuvre universelle des droits économiques, sociaux et culturels³⁵⁴».

³⁵² SCDHNU, *Droits de PI et droits de l'homme*, *supra* note 34.

³⁵³ *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement – Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, Doc off AG NU, 11e sess, Doc NU A/HCR/11/12 (2009) [Rapporteur spécial sur le droit à la santé] au para 24.

³⁵⁴ *Amnesty International*, *supra* note 251 à la p 4.

Dans la Dérogation présentée le 2 octobre, on a mentionné que « [p]lusieurs rapports indiquent que les droits de propriété intellectuelle entravent ou risquent d'entraver la fourniture en temps utile de produits médicaux abordables aux patients³⁵⁵». Les étapes nécessaires à l'entrée en vigueur des flexibilités, notamment la négociation de licences volontaires, impliquent des délais et des procédures bureaucratiques difficilement envisageables dans une situation où l'accès aux produits de santé doit se faire le plus rapidement possible³⁵⁶. Le rapport du rapporteur spécial sur le droit à la santé a également noté que les législations destinées à la concession de licences obligatoires sont parfois fastidieuses. La décision du 30 août 2003, soit la dérogation temporaire transformée en amendement en 2017 destinée à amoindrir les difficultés éprouvées par les États non-fabricants, fut difficile à appliquer du fait de ses procédures administratives complexes. Comme nous l'avons vu en introduction, la première utilisation de ce mécanisme par le Rwanda en 2008 a montré que cette décision devait être réexaminée³⁵⁷.

La Dérogation a rappelé que le manque d'infrastructures institutionnelles et juridiques rendant insurmontables les prérequis pour l'application des flexibilités touche particulièrement les pays incapables de produire leurs propres stocks de produits de santé nécessaire au niveau national³⁵⁸. Même s'il est possible d'importer des produits pharmaceutiques, l'Annexe de l'Accord impose des procédures qui doivent être suivies par les pays importateurs et exportateurs. Les pays importateurs éligibles doivent notifier le Conseil des ADPIC en fournissant beaucoup d'informations. La quantité et la nature des renseignements nécessaires a été estimée plus adaptée à un commerce d'armes et de matériaux dangereux que de produits de santé. Selon Chimpango, ces complications elles-mêmes pourraient faire en sorte que le système de licences provoque plus de problèmes que de solutions. Elles causent un délai dans la production, et donc une hausse des prix additionnelle³⁵⁹. Plus loin dans la Dérogation, on lit :

Oltre les brevets, d'autres droits de propriété intellectuelle peuvent aussi constituer un obstacle, et les options pour surmonter ces obstacles sont limitées. De plus, de

³⁵⁵ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 9.

³⁵⁶ *Zaheer Abbas & Riaz*, *supra* note 39.

³⁵⁷ *Rapporteur spécial sur le droit à la santé*, *supra* note 353 au para 41.

³⁵⁸ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2.

³⁵⁹ *Chimpango*, *supra* note 301 à la p 173.

nombreux pays, en particulier les pays en développement, peuvent rencontrer des difficultés institutionnelles et juridiques lorsqu'ils utilisent les flexibilités ménagées dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Les prescriptions de l'article 31*bis* et, en conséquence, la lourdeur et la longueur du processus d'importation et d'exportation des produits pharmaceutiques, sont particulièrement préoccupantes pour les pays dont les capacités de fabrication sont insuffisantes ou qui n'en disposent pas³⁶⁰.

L'approche « pays par pays et produit par produit » issue des dispositions prescrites par l'article 31 bis de l'Accord n'est pas adaptée à l'incapacité de certains pays de produire immédiatement les composantes essentielles des produits à réaliser. Les pays développés ayant adapté leur législation nationale conformément à ces dispositions ont donc effectué des modifications insuffisantes pour faire face aux défis liés à la propriété intellectuelle dans le cadre de la pandémie de COVID-19³⁶¹. Les pays du Tiers-Monde font un usage des flexibilités de l'Accord directement lié à leurs capacités techniques, législatives et juridiques. Leurs lois de PI héritées de la colonisation ne permettaient pas la mise en œuvre du traité et de ses flexibilités au moment de son adoption³⁶². Ces procédures destinées à l'octroi de licences obligatoires restent sous le contrôle du détenteur de brevet. Le système de licences est perçu comme protégeant les détenteurs de brevets, et légitimant leur réticence à vendre des produits sous leur contrôle monopolistique³⁶³. Un autre élément mettant en lumière la fragilité d'une simple prescription interprétative se situe dans les différences des capacités des États à utiliser les dispositions juridiques spécifiques – avec des infrastructures adaptées – permettant une interprétation du droit destinée à la réalisation des droits humains.

3.4.3 Obstacles politiques à l'utilisation des flexibilités

En plus des obstacles bureaucratiques et administratifs, des problèmes politiques nuisent à l'utilisation des flexibilités. Selon Jean-Marc Thouvenin et Anne Trebilcock, « il semble que toute décision d'un État d'attribuer des licences obligatoires ait conduit à des conflits entre les forces en

³⁶⁰ OMC, *Dérogation*, *supra* note 2 au para 9.

³⁶¹ *Amnesty International*, *supra* note 251 à la p 3.

³⁶² *Rapporteur spécial sur le droit à la santé*, *supra* note 353 au para 63.

³⁶³ *Chimpango*, *supra* note 301 à la p 173.

présence, dans lesquels les pays en développement ne se sont pas toujours affirmés les plus forts³⁶⁴».

Selon le rapporteur spécial des Nations unies sur les droits de l'homme :

Certains pays en développement qui cherchaient à user des flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC pour tenter de remédier à des problèmes de santé publique ont fait l'objet de pressions de la part de pays développés et de sociétés pharmaceutiques multinationales. Les cas de l'Afrique du Sud, de la Thaïlande et de l'Inde sont exemplaires à cet égard³⁶⁵.

En 1996, l'Afrique du Sud fut inscrite sur la liste spéciale des pays à surveiller au titre de la section 301 du *Trade Act* étatsunien de 1974 à cause de la modification de son droit interne. En plus, « 39 sociétés pharmaceutiques ont engagé des poursuites, arguant que les modifications apportées à la loi auraient pour effet de réduire à néant la protection conférée par les brevets car elles donnaient au Ministre de la santé des pouvoirs trop étendus³⁶⁶». La loi de 1974 donne au pouvoir exécutif américain la capacité d'élaborer des représailles dans l'intérêt des États-Unis par le dépôt d'une plainte devant un organe interne (*United State Trade Representative, USTR*)³⁶⁷. Ainsi, en plus d'insister pour l'inclusion de dispositions additionnelles au régime des ADPIC en matière de protection de la PI, les États-Unis protègent leur secteur pharmaceutique en inscrivant des États sur la Liste de surveillance, ou même la Liste de surveillance prioritaire. Ces États peuvent faire l'objet d'enquêtes et de sanctions commerciales. C'est un mécanisme permettant aux États-Unis d'imposer unilatéralement une forme de pression sur les autres pays pour les empêcher d'utiliser les flexibilités de l'*Accord sur les ADPIC* et accéder à des médicaments à moindre coûts³⁶⁸.

En 2007 la Thaïlande s'est également retrouvée sur cette liste après avoir octroyé des licences obligatoires en tentant de faire baisser les prix de médicaments destinés à traiter le VIH. Elle a aussi fait face à une position défavorable de la part de la Commission européenne. S'en est suivi le retrait des demandes d'homologation de nouveaux médicaments par une des sociétés touchées par

³⁶⁴ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 1616.

³⁶⁵ Rapporteur spécial sur le droit à la santé, *supra* note 353 au para 56.

³⁶⁶ *Ibid* au para 57.

³⁶⁷ *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. § 301, en ligne : United States Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/>>.

³⁶⁸ Chimpango, *supra* note 301 à la p 175.

l'octroi de licences, privant le marché thaïlandais de ces produits³⁶⁹. En 2008, elle a institué une campagne mondiale de déclarations en faveur du recours aux flexibilités de l'*Accord sur les ADPIC*. Son programme de santé publique réagissant à la morbidité due au cancer impliquait l'octroi de licences obligatoires destinées à assurer l'accès à des médicaments spécifiques, et la Thaïlande subit aussi des pressions pour cette raison³⁷⁰. Le gouvernement thaïlandais, sous la menace de représailles, a alors envisagé renoncer à des licences obligatoires pour des médicaments contre le cancer³⁷¹. Une pratique particulièrement préoccupante dans l'utilisation des droits de PI du point de vue de la santé est le « prolongement (« evergreening ») des brevets par les compagnies pharmaceutiques [...] [qui] consiste à obtenir de nouveaux brevets sur un médicament breveté en y apportant des modifications mineures ». Différentes utilisations, formes, ou combinaisons de produits déjà brevetés délaient leur arrivée sur le marché, et prolonge la période de détention exclusive et de monopole³⁷². En réponse à cette pratique, l'Inde a tenté de recourir à des mesures de protection en instaurant de forts critères de brevetabilité. L'entreprise pharmaceutique basée en Suisse, Novartis, a contesté ces mesures en intentant des poursuites auprès d'un haut tribunal indien, lequel a confirmé la légalité des législations. Ce différend a mobilisé un large support aux pays en développement mettant en pratique des mesures destinées à protéger leur santé publique³⁷³.

Le rapporteur spécial des Nations unies a conclu qu'« il est à craindre que les pressions exercées par les pays développés et les sociétés pharmaceutiques contrecarrent les mesures qui pourraient être prises à l'avenir » destinées à mettre en œuvre les flexibilités de l'*Accord sur les ADPIC*³⁷⁴. La négociation d'accords de libre-échanges, comme des accords bilatéraux d'investissement ou de partenariats économiques à l'extérieur du régime de l'*Accord sur les ADPIC* influencent les critères de protection des droits de PI. Les normes ADPIC-plus ont comme objectif de « prolonger la durée de validité des brevets », d'« instaurer le principe de l'exclusivité des données », d'« instaurer un lien entre brevet et homologation et agrément des médicaments », ainsi que de « créer de nouveaux

³⁶⁹ Rapporteur spécial sur le droit à la santé, *supra* note 353 au para 58.

³⁷⁰ *Ibid* au para 59.

³⁷¹ Thouvenin et Trebilcock, *supra* note 27 à la p 1616.

³⁷² Rapporteur spécial sur le droit à la santé, *supra* note 353 au para 34.

³⁷³ *Ibid* au para 60.

³⁷⁴ *Ibid* au para 61.

mécanismes de protection des droits de propriété intellectuelle » ³⁷⁵. Peu transparents, ils amoindrissent les flexibilités de l'Accord et augmentent les prix des médicaments, les rendant plus difficiles d'accès en retardant la mise sur le marché de produits génériques³⁷⁶. Le Parlement européen a ainsi demandé à la Commission européenne en 2007 de s'abstenir de négocier des accords ADPIC-plus de manière à respecter la *Déclaration de Doha* et de protéger la santé publique³⁷⁷. Ces accords peuvent proposer des critères de brevetabilité moins étroits en incluant d'autres types de marchandise (comme les végétaux et les animaux) dans le domaine du brevetable, interdire les procédures d'opposition avant la délivrance des brevets, ou limiter les motifs permettant l'octroi d'une licence obligatoire³⁷⁸. Le rapporteur spécial des Nations unies a conclu que :

[i]l ressort clairement du cadre d'analyse relatif au droit à la santé que les médicaments doivent être disponibles, accessibles, acceptables et de bonne qualité et qu'ils doivent pouvoir parvenir à toutes les personnes malades sans discrimination, dans le monde entier. Il est manifeste que l'Accord sur les ADPIC et les accords de libre-échange ont eu une incidence négative sur le prix des médicaments et sur leur accessibilité, si bien que certains pays éprouvent des difficultés à s'acquitter de leur obligation de respecter, de protéger et de réaliser le droit à la santé³⁷⁹.

Cette affirmation fut secondée dans la déclaration sur la prévention de la COVID-19 par les experts des Nations unies sur les droits humains³⁸⁰. Il fut également recommandé par ces acteurs que les pays en développement revoient leurs politiques internes pour les mettre complètement à profit. Non seulement il existe des obstacles liés au comportement des États et à leurs capacités bureaucratiques à mettre en œuvre une interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* destinée à la maximisation des droits humains, mais dans la mesure où ce n'est pas à l'avantage des États plus puissants, il existe également des conséquences politiques coûteuses administrées comme représailles à une utilisation légitime du droit international.

³⁷⁵ *Ibid* au para 75.

³⁷⁶ *Ibid* au para 69.

³⁷⁷ *Ibid* au para 70.

³⁷⁸ *Ibid* au para 74.

³⁷⁹ *Ibid* au para 94.

³⁸⁰ UNHCR, *Statement by UN Rights Experts*, *supra* note 254.

3.5 Conclusion

Nous avons vu que le discours pouvait se diviser en trois thématiques argumentatives relevant d'une rhétorique des droits humains. Premièrement, nous avons vu trois caractéristiques des références du discours en faveur de la Dérogation aux droits humains. L'invocation des DESC : le droit à la santé et d'autres droits lui étant interrelié, comme le droit à l'accès aux médicaments, ainsi que le droit de bénéficier des avantages des progrès scientifiques s'accompagne d'une pratique issue du communautarisme et de la redistribution. L'approche coopérative a mis le concept de solidarité au centre de la stratégie globale pour la réponse à la crise sanitaire, encourageant la mise en commun des moyens de lutte et des ressources pour la création d'un « bien public mondial » aligné avec la stratégie épidémiologique consistant à la vaccination à grande échelle. La rhétorique de l'urgence a mis pression pour l'adoption d'une solution court-terme, insistant sur la gravité des dégâts pour provoquer une action politique la plus rapide possible. Deuxièmement, dans le contexte particulier de la pandémie et de l'économie mondiale bouleversée, on a voulu prévenir et mesurer les interférences de l'*Accord sur les ADPIC* et de sa mise en œuvre sur les droits humains, lequel n'a pas les effets espérés en termes de respect des droits humains. La protection et la promotion de ces derniers également fut remises en cause, considérant que ce sont les subventions publiques qui permettent de financer la recherche, que l'on observe aucun lien entre les retours financiers de la PI et la productivité innovatrice. Au contraire, on fait la promotion d'une libéralisation du savoir pour la fructification de l'innovation. Les États du Tiers-Monde pourraient ainsi contribuer à la production, en plus de commencer le processus de développement de leur secteur technologique. Troisièmement, force est de constater que le traité ne s'applique pas de la manière désirée. Entre les interprétations réelle et souhaitée de l'Accord s'érigent trois obstacles. Le premier se rapporte au décisionnisme des acteurs impliqués, le fait que les États comme les acteurs privés choisissent de faire fi des recommandations de faire une interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* destinée au respect et à la promotion des droits humains. La réticence des firmes à participer aux initiatives de mise en commun des vaccins et du savoir technologique et le nationalisme vaccinal ont servi d'exemples. Le deuxième relève des difficultés bureaucratiques et administratives permettant de mettre en œuvre l'article 31 *bis* destiné aux flexibilités, qui sont impossibles à surmonter pour certains États importateurs de produits de santé, et qui maintiennent le contrôle des médicaments et des procédures aux détenteurs de brevets. Le troisième relève de la réticence des firmes et des États à laisser faire usage des flexibilités prévues par l'Accord. La

section 301 du *Trade Act* de 1974 a permis la création d'une liste de surveillance permettant d'émettre des sanctions économiques aux États faisant usage de ces dispositions. Nous avons vu en quoi les caractéristiques spécifiques des arguments faisant référence aux droits humains, les arguments d'économie politique et l'argument juridique se rapportent tous à l'indétermination des disciplines concernées et à leur effet légitimant sur le discours.

Le discours en faveur de la Dérégulation a donc une approche diamétralement opposée à celui qui est en défaveur de la proposition. À l'usage de droits privés pour la réalisation des droits humains, on priorise une stratégie de mise en commun et de redistribution. L'utilisation du droit humain limitant le droit à la PI – à savoir le droit de bénéficier des avantages des nouvelles technologies – est un exemple parfait de l'idée que les arguments viennent en paires de normes opposées, se limitant mutuellement. À l'affirmation selon laquelle il faut garantir le financement long terme de l'industrie pharmaceutique, on demande une action politique immédiate et une adaptation rapide pour minimiser les conséquences graves de la crise sanitaire. Les arguments économiques en faveur ont remis en question les grandes prémisses sur lesquelles le raisonnement en défaveur de la Dérégulation s'appuyait. Les créateurs ne sont pas motivés par les bénéfices issus de la protection de leur PI, car ils y touchent assez peu. Ce ne sont pas les retours financiers des droits de PI qui financent les recherches scientifiques, mais plutôt les subventions publiques. Ce n'est pas le travail exclusif d'un acteur qui permet la maximisation de l'innovation, mais le partage du savoir technologique et la mise en commun à grande échelle. La binarité et l'indétermination observée dans la structure du droit et des droits humains concerne ainsi la technique et l'économie politique. Nous avons observé que deux manières de formuler un objectif de réalisation des droits humains, deux visions économiques opposées permettent de justifier de manière à paraître convaincant et légitime deux raisonnements juridiques opposés.

CONCLUSION

Rappelons que les remises en contexte historique, politique et juridique effectuées en introduction nous ont amené plusieurs informations pertinentes sur le long historique de débats sur l'interférence entre les droits de PI et la santé publique. Après l'émergence de la pandémie de COVID-19, la remise en question de l'*Accord sur les ADPIC* a refait surface et deux camps ont à nouveau défendu des positions en faveur d'une diminution des droits de PI ou du maintien de ces derniers. Suite à de longues et difficiles négociations à l'OMC à l'occasion de la CM12, la version de la Dérogation adoptée en fut une qui ne ressemblait en rien à la version proposée à l'origine, mais qui était plutôt à l'image des revendications du camp inverse. La discussion sur les effets positifs ou négatifs de l'Accord pour la santé publique en est une de longue date et hautement controversée, centrée sur des dynamiques de lutte de pouvoir entre l'Occident et le Tiers-Monde et a mené à l'Accord tel qu'on le connaît aujourd'hui, ses amendements étant les effets peu efficaces des contestations tiers-mondistes. Des analyses historiques ont lié le stade de développement à une posture favorable ou défavorable à un fort régime de PI, l'industrialisation des États passant généralement par une période de mimétisme de technologies étrangères, et durant laquelle de forts droits de PI est peu avantageux. Il semble que les divisions d'aujourd'hui liées à l'utilisation de la PI sont encore à cette image. Ces remises en contexte ont permis d'attirer notre attention sur la mesure structurelle des débats et des rapports de pouvoir dont il était question.

En nous appuyant sur une abondante littérature critique à l'égard de l'*Accord sur les ADPIC* qui mettait de l'avant ces rapports de pouvoir et la nature controversée du débat sur la PI et sur cet accord de manière spécifique, nous avons cherché à comprendre quels rapports ces discours entretenaient avec les droits humains et comment étaient légitimés les arguments. Considérant que les deux discours dans le débat se revendiquaient comme proposant la meilleure marche à suivre pour élaborer la réponse à la crise sanitaire, pour mettre fin à cette dernière et maximiser la santé publique en assurant l'accès rapide et équitable aux produits de santé destinés à la lutte contre la pandémie et que des auteurs comme Martti Koskeniemi ont observé une tendance à formuler les discours destinés à la promotion d'intérêts spécifiques à l'aide du langage des droits humains, nous avons proposé le concept de rhétorique des droits humains comme modèle argumentatif. Ce dernier implique : un objectif de réalisation des droits humains, une stratégie d'économie politique destinée

à la mise en œuvre de ces droits et un argument juridique. Nous avons constaté que l'indétermination et la prétention à l'objectivité étaient des éléments qui revenaient à chaque étape de l'argumentation. Ces éléments créent l'opportunité de formuler des arguments destinés à justifier des politiques en créant un large spectre de possibilités issues d'une ambiguïté juridique ou technique, puis en se revendiquant comme non-arbitraires. En tâchant de répondre à la question de recherche, à savoir en quels rapports les deux discours étudiés entretenaient avec une rhétorique des droits humains et quelles étaient les stratégies argumentatives de légitimation utilisées, nous avons noté quelques critiques sur le modèle argumentatif étudié ainsi que sur les arguments présentés dans les discours décrits. En guise de conclusion, nous présenterons ces critiques qui consistent en l'application du cadre théorique aux arguments contenus dans les chapitres 2 et 3.

Dans une première partie, nous chercherons à montrer que l'analyse des discours en faveur et en défaveur de la Dérogation met en lumière que l'indétermination des droits humains permet de proposer des options contraires pour leur mise en œuvre. Les plusieurs pratiques de mise en application, par l'intermédiaire de politiques publiques, sont destinées à défendre les intérêts particuliers des acteurs tout en paraissant légitimes grâce à l'exposition d'un objectif de réalisation des droits humains. Cette utilisation fallacieuse des droits humains provoque le cynisme chez les acteurs de la scène internationale et fait ainsi diminuer leur potentiel émancipateur. En l'occurrence, l'ambiguïté du droit à la santé et le flou juridique quant aux intersections entre ce dernier et le droit à la PI ont permis la formulation de discours juridiques en faveur et en défaveur de la Dérogation. Dans les deuxièmes et troisièmes parties, nous verrons les problèmes de l'instrumentalisation des droits humains repérés respectivement dans les chapitre 2 et 3, c'est-à-dire au sein des discours en défaveur et en faveur de la Dérogation. Nous critiquerons d'une part le lien entre l'utilitarisme et les droits humains, puis d'autre part celui entre l'incitation à l'innovation et la réalisation des droits humains en reprenant les arguments utilisés dans le chapitre 3. Ensuite, nous nous arrêterons sur les trois pratiques des droits humains repérées dans le discours en faveur de la Dérogation, soit la pratique des DESC, le cosmopolitisme et la pratique des droits humains en situation de crise. Nous constaterons qu'elles répondent à une certaine exigence d'effectivité du droit à la santé dans le contexte de pandémie, mais qu'elles proposent que des solutions insuffisantes liées aux violations des droits humains et à leurs causes profondes, détournant ainsi l'attention de ces dernières.

L'indétermination des droits humains

Au chapitre 1, nous avons vu que les droits humains étaient particulièrement indéterminés et ambigus. Nous avons vu que les juristes « jouent un rôle d'intermédiaire entre les facteurs sociaux et le droit » en consultant des expertises qui permettront de déterminer la meilleure méthode pour mettre le droit en œuvre concrètement. Relativement au droit à la santé, selon Alicia Ely Yamin, l'instabilité des règles fait apparaître la multiplicité des possibilités d'interprétation de plusieurs aspects de ce droit, lesquelles doivent être justifiées à l'aide de bases empiriques et normatives³⁸¹. Plus spécifiquement, dans son article sur l'approche des droits humains de la PI, Helfer a soutenu que sans élaboration claire sur les mécanismes de mise en œuvre des droits humains, les dispositions textuelles ne représentaient qu'une vague idée de la manière de développer des mécanismes destinés à la réalisation des droits humains ou à la promotion de la créativité et de l'innovation³⁸². Pour reprendre l'article de Koskenniemi sur le *mainstreaming* des droits humains, nous observons un rapport paradoxal entre la technique et les droits : d'une part les droits humains ont besoin de mesures techniques et de différentes formes d'expertise pour être mis en œuvre, et d'autre part ils peuvent agir comme contrepoids à la déformalisation du droit en faveur de l'expertise technique en remettant de l'avant des principes juridiques plus larges : autant dans le débat observé le rapport des discours au droits humains est fortement inégal, autant il implique une discussion très détaillée – et ne faisant absolument pas consensus – sur les moyens techniques de maximiser la santé publique³⁸³. Les deux discours étudiés ont des rapports différents à la rhétorique des droits humains telle que définie en introduction. Le discours étudié au chapitre 2 repose davantage sur un langage technique lié à l'économie (faisant ainsi référence à ce que Koskenniemi appelle un régime fonctionnel indépendant des droits humains), alors que le discours étudié au chapitre 3 invoque plus directement les droits humains. Nous associons cette asymétrie au deuxième moment du paradoxe, soit le fait que les droits humains peuvent être invoqués pour agir contre la déformalisation du droit liés à la prédominance de l'expertise spécifique. Ce paradoxe est d'autant plus intéressant étant donné que Kennedy, dans son article paru en 2002 « The International Human Rights Regime : Still Part of the Problem? » fait l'apologie d'une réflexion et d'une utilisation pragmatiques des droits humains. Il décrit ces dernières comme les calculs rationnels les plus rigoureux possibles des coûts et des bénéfices et des liens entre causes et effets.

³⁸¹ Ely Yamin, *supra* note 8 à la p 179.

³⁸² Helfer, *supra* note 64 à la p 976.

³⁸³ Koskenniemi, *supra* note 58.

C'est suite à cette affirmation qu'il propose alors une liste des potentiels coûts et bénéfices du régime des droits humains³⁸⁴.

Nous avons mentionné des tentatives de précision du droit. Le rapport du HCDH de 2001 destiné à effectuer une évaluation des interférences de *l'Accord sur les APDIC* avec les droits humains a estimé que les effets de l'Accord au large potentiel dépendraient hautement des manières par lesquelles ce dernier serait mis en œuvre. Il recommande, comme nombre d'autres documents officiels ou issus de la doctrine, de trouver un équilibre entre les droits publics et privés de sorte à ce que la combinaison des deux soit adaptée à la réalité sociale aux logiques hétérogènes et contradictoires. Même si cela implique le potentiel de formulations de solutions adaptées aux contextes, une solution *one-size-fits-all* inadaptée à la pluralité et les contradictions de la réalité sociale, l'atteinte d'un équilibre est une expression vague qui renvoie également au pouvoir discrétionnaire du juriste devant mettre en œuvre le droit. Le rapport de 2001 ne fait qu'émettre des recommandations et il existe peu d'équivalents plus récents de telles études à la fois normative et empirique des effets de l'Accord sur le droit à la santé. Les travaux effectués dans le cadre de la coopération trilatérale entre l'OMS, l'OMC et l'OMPI ont présenté des solutions et des recommandations pour l'atteinte de cet objectif, ayant permis de justifier les positions en faveur ou en défaveur d'une utilisation de forts droits de PI à des fins de réalisation des droits humains.

En revanche, même si les droits humains sont indéterminés, nous sommes de l'avis qu'il existe un ensemble de logiques spécifique au régime juridique dont il est question. Comme mentionné au chapitre 1, les droits humains sont les résultats de luttes spécifiques lesquels furent décontextualisés et contitutionnalisés à l'échelle universelle. Le régime hétérogène qui en résulte est forcément contradictoire, pourtant il est présenté comme un tout unitaire et apolitique. En l'occurrence, les DESC sont issus d'une approche communautariste axée sur l'équité et la redistribution et ce notamment par l'entremise de politiques interventionnistes. Bien que la PI représente une exception aux logiques libérales habituelles qui privilégient le libre commerce et la compétition à l'administration de monopoles, la PI est un outil sollicité dans le secteur privé capitaliste animé de logiques libérales. Les institutions privées fonctionnent sur la base de logiques contraires à celles qui sont nécessaires à la mise en œuvre des DESC et donc que les recommandations ou le pouvoir

³⁸⁴ Kennedy, *supra* note 61 à la p 104.

discrétionnaire aloué aux acteurs privés poursuivant l'accumulation du profit ne peut représenter un moyen fiable d'assurer la mise en œuvre des DESC. Radhika Balakrishnan et James Heintz reprochent au système des droits humains « l'idée qu'on puisse confier aux firmes transnationales la restructuration de leurs opérations de manière à protéger les droits humains à travers le monde ». Considérant que la responsabilité sociale corporative « repose sur le poids donné par les forces du marché capitaliste à un ensemble de suggestions complètement volontaires, il n'est pas surprenant que ce simple "s'il vous plaît" ait complètement échoué à changer la nature du comportement corporatif »³⁸⁵. Pour ce qui est du secteur pharmaceutique, lorsque la garantie d'une rentabilité est nécessaire à l'entreprise de la recherche et du développement, c'est que la maximisation du profit se situe parmi les priorités des acteurs impliqués. Il est peu probable que le pouvoir discrétionnaire destiné à la mise en œuvre de partenariats et d'ententes destinés à l'accessibilité des médicaments remplisse les standards en termes d'accessibilité des produits de santé.

En d'autres mots, la question des interférences de l'*Accord sur les ADPIC* avec le droit à la santé fait l'objet d'une indétermination telle que l'on peut proposer des pratiques économiques aux logiques contraires pour la mise en œuvre du droit à la santé. Comme nous l'avons vu au chapitre 1, selon David Kennedy, l'expertise dans les autres domaines que le droit est également indéterminée, c'est-à-dire contradictoire et sollicitée à des fins de justification politique. Il est résulte que la consultation des experts est une action plus argumentative que scientifique. Nous associons à ce cloisonnement du débat dans la sphère juridique une perpétuation d'un détachement du droit à la réalité sociale et l'opportunité manquée pour celui-ci de s'adapter à cette dernière. Ce maintien de l'indétermination du droit permet la perpétuation d'une utilisation fallacieuse de ce dernier à des fins de justification politique. En même temps, la co-constitution entre l'expertise et la réalité sociale mentionnée au chapitre 1 explique également les contradictions de la réalité sociale, les experts matérialisant leur vision avec des actes performatifs dans la pratique de leur champs d'expertise. Le potentiel simultanément positif et nocif de la PI constaté par les études empiriques menées à son égard s'explique par cette interaction entre la pratique et l'expertise. En

³⁸⁵ Radhika Balakrishnan et James Heintz, « Economic policy and human rights », dans Jackie Dugard et al. dir, *Research handbook on economic, social and cultural rights as human rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 350 à la p 351.

d'autres termes, on pourrait dire que les pratiques associées à la PI découlant des prémisses associant la PI à un moyen de réalisation des droits humains sont reproduites de manière contingente. Toutefois, force est de constater que l'indétermination du droit et son incapacité à faire sens de ces contradictions permet son instrumentalisation fallacieuse.

L'expertise étant également indéterminée, devant l'abiguité technique relatif à la mise en œuvre adaptée du droit à la réalité sociale, les juristes sélectionnent des arguments économiques qui permettent de justifier leur raisonnement juridique. La valeur scientifique attribuée à l'expertise, et la croyance que celle-ci n'est pratiquée que dans un objectif de maximisation du bien commun masque le poids politique de l'expertise. Ainsi les deux lots d'arguments économiques appartiennent à deux visions d'économie politique divergentes et qui soutiennent la mise en œuvre de projets politique particuliers, le premier étant libéral et lié au libre-cours des logiques du marché, le second davantage lié à des objectifs de justice sociale et à un interventionnisme communautariste. Nous avons également vu au chapitre 1 qu'une utilisation fallacieuse des droits humains entraînait le cynisme de la part des utilisateurs du droit ainsi que de la communauté internationale. La prise de conscience relativement à une pratique des droits humains à des fins argumentatives a entraîné la perte de la crédibilité de ce régime juridique et ainsi une chute du potentiel émancipateur des droits. Dans les discours, nous avons observé de part et d'autre des accusations d'instrumentalisation des droits humains à des fins d'économie politique. D'une part les acteurs en défaveur de la Dérogation furent accusés de faire preuve de cupidité corporative, et d'autre part les États en faveur de la Dérogation furent accusés de se servir d'affirmations infondées pour servir les intérêts économiques des pays producteurs de génériques.

Dans son article « The Fate of Public International Law », Koskenniemi commente l'attitude qu'ont les différents régimes juridiques les uns envers les autres, notamment en cas de reconnaissance mutuelle de la validité du droit ou de l'encouragement à opter pour des interprétations qui supportent d'autres régimes juridiques, comme ce fut le cas dans le débat étudié entre les institutions des droits humains et du droit économique. Or, Koskenniemi affirme que reconnaître un traité signifie le fait d'accepter de s'impliquer dans des négociations continues pour adapter l'instrument de droit à la situation spécifique à l'aide d'experts. De plus, l'encouragement inter-régime à des interprétations qui se supportent mutuellement implique d'interminables

ajustements managériaux³⁸⁶. Or la recherche d'un « équilibre des intérêts » ou d'une réponse technique au problème juridique posé fut au centre des débats sur l'interférence de la PI avec le droit à la santé. Les question d'économie politique et de santé publique ont été l'objet de maintes expertises et de références divergentes aux plusieurs régimes juridiques, en plus de la création de nouveaux rapports très longs et riches issus de la coopération des institutions issues de plusieurs régimes juridiques. Ces derniers n'ont eu toutefois que peu d'effets devant l'opposition des régimes juridiques et des systèmes fonctionnels qu'ils installent qui, selon Koskeniemi, vont jusqu'à renverser les éléments d'une sorte de fédéralisme kantien et remplacer la prédominance de l'État territorial comme sujet du droit international par des institutions expertes aux rationalités conflictuelles³⁸⁷.

Problèmes d'instrumentalisation des droits humains dans le discours en défaveur de la Dérogation

Nous avons vu dans le chapitre 2 les justifications philosophiques d'une utilisation de la PI en faveur de la réalisation des droits humains. Selon les utilitaristes, la PI était un instrument qui contribuait à la « maximisation du plus grand bien du plus grand nombre » sur le long terme, car sans garantie de bénéficier des avantages de leurs inventions, les chercheurs ne s'impliqueraient pas dans un processus de création. Il repose sur une logique d'alignement des intérêts publics et privés et l'idée que le travail exclusif d'une société sur le développement de produits permet de garantir un éventuel progrès technologique bénéfique pour tous. Nous identifions cependant deux problèmes avec ces fondements théoriques. Premièrement, selon nous l'utilisation de l'utilitariste est vide de sens : l'utilitarisme est lui-même indéterminé et ne constitue qu'un modèle de justification des politiques en fonction d'un objectif de maximisation « du plus grand bien du plus grand nombre » suite à un calcul « impartial » (objectif). Deuxièmement, nous sommes de l'avis qu'il n'existe pas de lien direct entre l'incitation à l'innovation et la réalisation équitable du droit à la santé car la recherche peut se mener sans incitatif, les revenus issus de la PI ne sont pas directement liés à la productivité innovatrice et le progrès technologique n'est pas automatiquement disponible pour tous.

³⁸⁶ Koskeniemi, *supra* note 140 aux pp 10-11.

³⁸⁷ *Ibid*, à la p 23.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'utilitarisme en lui-même n'est qu'une école de pensée qui vise à maximiser l'intérêt de la communauté en effectuant un « calcul rationnel » pour y parvenir, en proposant une morale axée sur la maximisation des bonnes choses pour les individus et la minimisation des choses mauvaises. Or, la littérature liant la PI aux droits humains utilise le concept d'utilitarisme comme argument en faveur de ce lien, alors qu'il n'est pas particulièrement exceptionnel dans un contexte de légitimation des politiques à l'aide d'une forme d'autorité experte. Le concept évoque clairement le calcul rationnel d'une mesure à des fins de maximisation du bien-être social, car telle est son origine théorique. En ce sens, selon Will Kymlicka, l'utilitarisme n'est pas un mouvement politique ou une idéologie, mais une méthode de justification des politiques qui peut être utilisée dans des directions divergentes et repose donc sur l'articulation d'affirmations auxquelles on a attribué un caractère objectif ou scientifique pour parvenir à l'atteinte d'un objectif énoncé. On peut justifier à la fois la redistribution des richesses ou le laissez-faire capitaliste, qui sont des stratégies d'économie politique tout à fait contraires, en disant que ce sont des mesures utilitaristes. Même si on fixe un objectif de réalisation des droits humains et que l'on présente une mesure dite utilitariste pour y parvenir, la citation de la démarche – soit la mesure intermédiaire que représente une mesure utilitariste – ne prouve pas l'effectivité de cette dernière. La validité ou la valeur d'une mesure utilitariste est donc déplacée de sa nature ou de son contexte à ses effets, qu'il convient d'examiner de manière pragmatiques. Les figures utilitaristes mentionnées au début du chapitre 2 ayant été des personnalités impliquées dans l'édification du libéralisme, leurs affirmations quant au caractère utilitariste d'un instrument comme la PI est donc à attribuer à leur orientation politique libérale. Autrement dit, l'utilitarisme peut justifier des positions fondamentalement opposées en attribuant aux moyens déterminés pour y parvenir une valeur objective et scientifique³⁸⁸. Si l'utilitarisme est un modèle d'argumentation davantage qu'un projet politique, il ne justifie en rien la prémisse selon laquelle la PI est nécessaire à l'innovation et pourtant cette affirmation arbitraire est légitimée par association au « calcul rationnel » destiné à la réalisation du bien commun prôné par la pensée utilitariste. Il faut donc invalider l'idée selon laquelle une mesure utilitariste est une mesure destinée à la défense des droits humains.

Pour ce qui est du lien entre l'incitation à l'innovation et la réalisation du droit à la santé, nous nous attarderons sur plusieurs étapes de ce lien en rappelant les contre-arguments présentés au chapitre

³⁸⁸ Kymlicka, *supra* note 162 à la p 46.

3. D'abord, la thèse selon laquelle un inventeur ne serait prêt à faire de la recherche qu'à condition de jouir de droits exclusifs de manière au moins temporaire est une hypothèse sur la psychologie du créateur. Comme nous l'avons vu dans le troisième chapitre, Katharina Pistor est en désaccord avec cette idée et soutient au contraire que des chercheurs peuvent être investis dans le développement de médicaments sans la poursuite de profits garantis par les droits de PI. Rappelons ici que la première source de financement de la recherche pharmaceutique est d'origine publique. Marc-André Gagnon a remis en question le lien entre les retours de la PI et la productivité de l'innovation, ce qui voudrait dire que même si les individus en charge du commerce des produits de santé poursuivent une certaine rentabilité par leurs activités, les revenus dont ils jouiront n'affecteront pas directement la production en termes de recherche scientifique effectuée par les créateurs. Au contraire, des auteurs soutiennent plutôt l'idée que l'accès direct et rapide au savoir technologique permet de maximiser l'innovation et la production de nouveaux savoirs car plus de chercheurs peuvent s'impliquer dans la recherche à partir des dernières avancées.

Ensuite, la réalisation de progrès scientifiques n'équivaut pas directement à la jouissance de tous de ce dernier, d'où l'existence du droit de bénéficier des avantages des progrès technologiques. Comme nous l'avons vu, les standards en termes de droits humains, des DESC particulièrement, sont constamment rehaussés en fonction des technologies existantes. En revanche, comme nous l'avons mentionné dans la partie précédente, il ne peut être garanti que le secteur privé contribuera de bonne foi à l'accès équitable, abordable et généralisé aux produits de santé qu'il a contribué à mettre au point. Les écarts entre les capacités technologiques des États se répercutent sur les moyens à disposition pour lutter contre les problèmes de santé publique et il subsiste ainsi des inégalités géographiques dans la réalisation du droit à la santé.

Problèmes d'instrumentalisation des droits humains dans le discours en faveur de la Dérogation

Nous avons vu au chapitre 1 que les droits humains pouvaient être instrumentalisés pour légitimer le comportement des acteurs avec la dénonciation de violations. Le discours des violations avait toutefois comme particularité de faire diversion grâce à l'idolâtrie qu'on voue aux droits et détourner l'attention des causes structurelles. Au chapitre 3, nous avons présenté trois thématiques dans la pratique des droits humains analysées au chapitre 1 et retrouvées dans le discours en faveur de la Dérogation. Ces pratiques sont des moyens de répondre à des exigences en matière de

réalisation des droits, sans lesquelles la légitimité de la gouvernance est compromise. Pour chaque pratique, nous pouvons identifier un besoin qui correspond à un standard en termes de réalisation des droits et un « discours des droits » ou des violations qui permet d'adopter une demie-mesure symbolique qui laisse intactes les causes structurelles de ces violations.

Le discours des DESC, par exemple, traduit une recherche de justice sociale avec des concepts comme l'équité, la réalisation des droits dans la non-discrimination et la mention explicite que les inégalités de richesses peuvent influencer la réalisation du droit à la santé. Le problème mis de l'avant et pour lequel les deux discours cherchent à donner une solution durable est celui de l'iniquité vaccinale. Le droit à l'accès équitable ainsi que le droit de tous à bénéficier des avantages des progrès technologiques sont des moyens de réaliser cette approche communautaire qui priorise la jouissance collective de droits liés à un niveau de vie standard et minimum pour tous les individus d'une collectivité. Rappelons ici que selon Goodale, le discours des DESC peut s'avérer particulièrement insidieux dans la mesure où il a tendance à effacer les causes structurelles des inégalités socioéconomiques. En l'occurrence, l'*Accord sur les ADPIC* est considéré comme plusieurs auteurs critiques comme une cause profonde des inégalités dans la jouissance du droit à la santé, notamment de l'iniquité vaccinale. Nous avons toutefois relevé un discours des DESC dans les documents des organisations des droits humains qui réconciliait un appel à l'équité et une réalisation équitable des DESC avec l'affirmation contenue dans la *Déclaration de Doha* selon laquelle l'*Accord sur les ADPIC* n'interfère pas et ne devrait pas interférer avec les capacités des États à prioriser leur santé publique. Ces documents recommandent toutefois de mettre en œuvre les DESC de manière équitable, en prenant en considération les risques associés à l'implication du secteur privé dans la commercialisation des médicaments. La formulation de ces documents, le besoin de prêter une attention particulière notamment aux populations et aux États plus vulnérables cherche à s'émanciper du reproche que l'on pourrait formuler en perspective des inégalités réelles entre les États. Mais sans mécanismes et solutions structurelles de nature redistributive dans les institutions impliquées, force est de constater des résultats comme ceux mentionnés à la fin du chapitre 3, soit un comportement plutôt individualiste ou nationaliste de la part des acteurs impliqués. Le nationalisme vaccinal ou la réticence des firmes à participer aux partenariats permettant les transferts de technologie furent la matérialisation en temps de pandémie de ce comportement contraire aux logiques de justice sociale, car même s'il existe un ton

communautariste dans les documents destinés à la réalisation des droits humains, les recommandations effectuées ne sont pas suffisantes pour assurer des politiques de redistribution des ressources en produits sanitaires nécessaires à la garantie d'un accès équitable.

L'approche coopérative ou le cosmopolitisme correspond à un mécanisme de délégation de la souveraineté étatique à des fins de gouvernance universelle et démocratique de l'humanité unifiée. En contexte de pandémie, cela semble adapté à une menace de nature transétatique. Le virus étant une menace directe à la réalisation du droit à la santé des individus, l'exercice du cosmopolitisme notamment dans sa constitutionnalisation des droits humains apparaît comme une stratégie légitime de réponse à la pandémie. Toutefois, les institutions qui sont influencées d'une manière ou d'une autre par le cosmopolitisme, c'est-à-dire les organisations responsables de formuler les politiques internationales à adopter pour la gouvernance adaptée, sont biaisées et contiennent des rapports asymétriques. Selon Anne Orford, l'OMC particulièrement – organisation au sein de laquelle ont eu lieu les négociations sur la Dérogation – impose des contraintes spécifiques sur les choix disponibles pour les populations et leurs gouvernements en plus d'être une institution d'abord créée pour l'expansion de l'hégémonie étatsunienne. Le spectre des activités couvertes par l'OMC inclut une variété très large de domaines qui limite la participation des individus dans la prise de décisions dans la vie politique et sociale en résumant l'économie et la science à des formes de savoir très privilégiées³⁸⁹. De plus, bien que l'OMS fut désignée comme l'organisation cheffe-de-file en contexte de pandémie, le caractère beaucoup plus contraignant de l'OMC donne plus de force aux résultats des négociations qui y sont menées. En d'autres mots, bien qu'une menace transétatique comme celle que représente une pandémie mondiale puisse impliquer le besoin d'une réponse coordonnée unique de la part de la communauté internationale, les mécanismes en place pour l'organisation de cette réponse sont imparfaits. Nous associons à ces problèmes la longueur des négociations menées avant l'adoption du texte de la Dérogation finale et les faibles effets juridiques de cette dernière. *In fine*, les négociations à l'OMC furent caractérisées par une lenteur particulièrement importante et l'adoption d'une version de la Dérogation au contenu peu significatif, plutôt à l'image des préférences défendues par les opposants à la Dérogation au début des négociations.

³⁸⁹ Orford, *supra* note 157 aux pp 146-148.

En situation de crise, l'élaboration rapide d'une réponse efficace est de mise. L'emphase mise sur les conséquences humaines, le caractère évitable des décès et le risque de prolongation de la pandémie faute d'intervention était une manière de mettre de l'avant ce besoin. La Dérogation était ainsi une stratégie de contournement de la longueur liée aux négociations nécessaires aux changements structuraux à l'OMC. Ce fut toutefois une proposition aux effets temporaires qui n'allaient pas influencer les effets de l'*Accord sur les ADPIC* en-dehors des « circonstances exceptionnelles » de la pandémie. Plusieurs des auteurs en faveur de la Dérogation ont critiqué cet aspect, insistant sur l'importance d'adopter des mécanismes permettant d'éviter les interférences de l'Accord avec le droit à la santé dans des circonstances non exceptionnelles. Ce dénouement s'inscrit selon nous dans l'usage d'une rhétorique des crises discutées au chapitre 1, laquelle permet le maintien d'une pratique du droit international axé sur les symptômes de causes structurelles, laissant inchangés les asymétries d'économie politique à l'origine de ces crises.

Ce contraste constant entre les violations et les causes profondes amène à une pratique qui est incapable de corriger les lacunes de gouvernance en expliquant toujours les violations par les conditions de vie locales et la responsabilité des États d'assurer la réalisation des droits humains de leur population. En ce sens, selon Alicia Ely Yamin, plusieurs des déterminants du droit à la santé ne se situent pas au sein de ces sociétés, mais dans l'espace transnational ou interétatique. Il est donc nécessaire de comprendre comment les interactions s'opèrent à l'échelle internationale et d'effectuer les changements structuraux nécessaires pour la bonne réalisation des droits humains au sein des États et ce avec une meilleure régulation de l'industrie pharmaceutique en Occident³⁹⁰.

Dans son article « The Political Economy of Market Power in Pharmaceuticals », Amy Kapczynski affirme que le pouvoir duquel bénéficie l'industrie pharmaceutique rend l'accès équitable aux médicaments difficile et présente quatre bases. Premièrement, elle affirme que l'industrie bénéficie d'un pouvoir de propriété lié au fait qu'il existe un réseau complexe de droits qui se chevauchent et se renforcent les uns les autres. Les bases de la protection de la PI sont multiples et difficiles à outrepasser³⁹¹. Deuxièmement, l'industrie bénéficie également d'un pouvoir vertical législatif dans

³⁹⁰ Ely Yamin, *supra* note 8 à la p 179.

³⁹¹ Amy Kapczynski, « The Political Economy of Market Power in Pharmaceuticals » (2023) 48:2 *Journal of Health Politics, Policy and Law* 215 à la p 221.

la mesure où il existe de nombreux mécanismes au niveau national qui tendent à prévenir l'adoption de législations régulatrices destinées à la promotion des intérêts publics contre les normes de PI³⁹². Elle jouit également d'un pouvoir idéationnel, soit un ensemble de prémisses communément acceptées quant à son rôle qui légitiment ses actions : soit principalement la forte croyance au pouvoir innovateur de l'industrie et l'idée selon laquelle le contrôle des prix des médicaments sacrifiera les avancées médicales futures dans la mesure où beaucoup des investissements placés sont perdus dans des projets de recherche qui n'aboutissent pas à des médicaments commercialisables. Enfin son pouvoir matériel, soit l'ensemble des bases matérielles, sociales, expertes et liées au capital humain que l'industrie détient, la place certainement en position d'autorité considérant que la santé publique dépend ensuite de la mobilisation de ces moyens matériels³⁹³. Autrement dit, Kapczynski nous démontre que quoique le pouvoir de l'industrie pharmaceutique n'est pas absolu, il est imbriqué (*entrenched*) dans plusieurs institutions de sorte que la réalisation du droit à la santé au détriment des intérêts de cette industrie est en réalité difficile à mettre en œuvre et ce malgré les flexibilités existantes dans le droit à la PI³⁹⁴. Cette analyse démontre l'importance de mécanismes structurels issus de l'économie politique pour faire valoir les intérêts de santé publique contre ceux du secteur privé. Kapczynski affirme d'ailleurs que « le droit aux médicaments pourrait être – mais n'a principalement pas – été compris de manière à avoir des incidences sur l'économie politique de la médecine et sur le pouvoir structurel de l'industrie³⁹⁵ ».

Conclusion

La rhétorique des droits humains est un modèle argumentatif reposant sur l'instrumentalisation des droits humains à des fins de légitimation de politiques économiques destinées à la défense d'intérêts particuliers. Elle consiste en, d'une part, la tendance à désigner comme objectifs les plusieurs éléments de ce modèle pour s'émanciper de l'illégitimité associée au politique et à l'arbitraire en y opposant le caractère formel du droit, fondamental des droits humains ou scientifique de la technique. D'autre part, on observe également la tendance à maintenir

³⁹² *Ibid*, à la p 226.

³⁹³ *Ibid*, à la p 231.

³⁹⁴ *Ibid*, à la p 234.

³⁹⁵ *Ibid*, à la p 223.

l'indétermination et le potentiel de formulation de plusieurs solutions juridiques ou techniques à des fins argumentatives. Ce modèle a permis la formulation d'argumentations contraires issues de projets politiques différents, lesquelles paraissaient tout de même convaincantes et légitimes. En revanche, le mémoire et le cas du débat sur la Dérogation à l'*Accord sur les ADPIC* proposée dans le contexte de la pandémie de COVID-19 a montré qu'il est imparfait et contribue à maintenir des pratiques argumentatives du droit telles qu'il ne connaît pas une évolution allant dans le sens de l'ajustement à la réalité sociale et l'explication de ses contradictions.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 187 au préambule (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [Accord sur l'OMC].

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, Ann. 1C (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [Accord sur les ADPIC].

Loi sur les brevets (Inde), 1970.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés AG 217A(III), Doc off AGNU, 3 e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71 [DUDH].

OMC, *Déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, 14 novembre 2001, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/2 : OMC [Déclaration de Doha sur les ADPIC].

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada 19 août 1976) [PIDESC].

Trade Act of 1974, 19 U.S.C. § 301, en ligne : United States Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/>>.

DOCUMENTS DE L'OMC

OMC, dir, *Une approche intégrée de la santé, du commerce et de la PI pour faire face à la pandémie de COVID-19: Deuxième mise à jour*, mai 2023, Erscheinungsort nicht ermittelbar, WTO, 2024.

OMC, Conférence ministérielle, *Décision ministérielle sur l'Accord sur les ADPIC* (adoptée le 17 juin 2022), OMC Doc WT/MIN(22)/30.

OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Communication du Président* (3 mai 2022), OMC Doc IP/C/W/688.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Dérogation à certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC pour la prévention, l'endiguement et le traitement de la COVID-19 – Déclaration des coauteurs*, Doc. IP/C/W/677.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Dérogation à certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC pour la prévention, l'endiguement et le traitement de la COVID-19*, Doc. IP/C/W/669.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Groupe de travail du commerce et du transfert de technologie, *Propriété intellectuelle, licences volontaires et transferts de technologie* (2 octobre 2023), OMC Doc IP/C/W/704/Rev.1.

OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Projet de déclaration du conseil général sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique dans les circonstances d'une pandémie* (18 juin 2021), OMC Doc IP/C/W/681.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Propriété intellectuelle et innovation : Coopération transfrontières entre les offices de propriété intellectuelle* (3 mars 2023) Doc OMC IP/C/W/697.

OMC, Conseil des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Réponses d'urgence en matière de politique commerciale à la crise de la COVID-19 : Propriété intellectuelle* (4 juin 2021), OMC Doc IP/C/W/680.

OMC et OMS, *Les accords de l'OMC et la santé publique: étude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 2002.

OMC, *Note d'information sur l'Accord sur les ADPIC et la COVID-19* (15 octobre 2020). En ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/covid19_f/trips_report_f.pdf.

OMC, OMS, et OMPI, *Promouvoir l'accès aux technologies médicales de l'innovation: intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce*, 2 ed éd, Genève, 2021.

OMC, « 13ème Conférence ministérielle : Note d'information - Propriété intellectuelle » (avril 2024), en ligne:

<https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc13_f/briefing_notes_f/trips_f.htm>.

DOCUMENTS DE L'OMS

OMS, « Dispositif pour accélérer l'accès aux outils de lutte contre la COVID-19 », en ligne: <<https://www.who.int/fr/initiatives/act-accelerator#:~:text=Le%20dispositif%20pour%20acc%C3%A9l%C3%A9rer%20l'en%20assurer%20un%20acc%C3%A8s%20%C3%A9quitable.>>>.

OMS, *Renforcement de la préparation et de la riposte de l'OMS aux urgences sanitaires*, Doc off OMS, 74^e Assemblée mondiale de la santé, WHA74.7 (2021).

OMS, *Renforcer la production locale de médicaments et d'autres technologies sanitaires pour en améliorer l'accès*, Doc off OMS, 74^e Assemblée mondiale de la santé, WHA74.6 (2021).

OMS, *Riposte à la COVID-19*, Doc off OMS, 73^e Assemblée mondiale de la santé, WHA73.1 (2020).

DOCUMENTS DE L'OMPI

WIPO, *Human Health and the IP System: Innovation, Access and Public Welfare. Working draft: An Overview of the Issues*, 2007.

WIPO, *Preliminary Comments of WIPO to the WHO commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health*. En ligne :

<https://www.wipo.int/documents/d/global-health/docs-en-pdf-who_comments.pdf>.

DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19, Doc off AG NU, 74^e sess, A/RES/74/274 (2020).

Comité des DESC, *Observation Générale No 3 : Nature des obligations des États parties*, Doc off CES NU, 5^e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

Comité des DESC, *Observation générale No 14 (2000): Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du PIDESC)* Doc off CES NU, 22^e sess, E/C.12/2000/4.

Comité des DESC, *Observation générale No 17: Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte)* Doc off CES NU, 35^e sess, E/C.12/GC/17 (2005).

Comité des DESC, *Observation générale no 25 (2020) sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels (par. 1 b), 2, 3 et 4 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)**, Doc off CES NU, 67^e sess, Doc NU E/C.12/GC/25 (2020).

Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, HCDHNU, *Impact sur les droits de l'homme de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 53^e sess, Doc NU No E/CN.4/Sub.2/2001/13, 27 juin 2001. En ligne : <https://digitallibrary.un.org/record/446005?v=pdf>.

Garantir à tous les pays un accès équitable, rapide et universel, à un coût abordable, aux vaccins mis au point pour lutter contre la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), Doc off AG NU, 76^e sess, A/RES/76/175 (2022).

Garantir à tous les pays un accès équitable, rapide et universel, à un coût abordable, aux vaccins mis au point pour lutter contre la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), Doc off AG NU, 49^e session, A/HR/RES/49/25 (2022).

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Fiche d'information no 31, Le droit à la santé*, OMS.

Incidences sur les droits de l'homme des lacunes dans l'accès rapide, équitable et universel à des vaccins contre la maladie à coronavirus (COVID-19) et leur distribution à un prix abordable et du creusement des inégalités entre les États – Rapport de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Doc off AG NU, 49^e sess, Doc NU A/HCR/49/35 (2022).

Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement – *Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, Doc off AG NU, 11^e sess, Doc NU A/HCR/11/12 (2009).

Solidarité mondiale dans la lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19), Doc off AG NU, 74^e sess, supp n1, A/RES/74/270 (2020).

Sous-Commission des droits de l'homme des Nations unies, Droits de propriété intellectuelle et droits de l'homme, Rés. 2000/7, préambule, en ligne : HCDH <https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=8200>.

UNHCR, déclaration, « Statement by UN Human Rights Experts Universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world » (19 novembre 2020). En ligne : <<https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2020/11/statement-un-human-rights-experts-universal-access-vaccines?LangID=E&NewsID=26484>>

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Bachand, Rémi, *Les subalternes et le droit international: une critique politique*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018.

Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, The collected works of Jeremy Bentham, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996.

Bentham, Jeremy, *The Works of Jeremy Bentham*, 3, Works of Jeremy Bentham, John Bowring, dir, Edinburgh, 1843.

Corten, Olivier, *Le discours du droit international: pour un positivisme critique*, Collection Doctrine(s), Paris, Éditions A. Pedone, 2009.

De Sousa Santos, Boaventura, *If God Were a Human Rights Activist*, Stanford University Press, 2020.

Douzinas, Costas, *Human Rights and Empire: the Political Philosophy of Cosmopolitanism*, London ; New York, Routledge-Cavendish, 2007.

D'Souza, Radha, *Social Movements, Law and Liberal Imaginations: What's Wrong with Rights?*, Pluto Press, 2018.

Goodale, Mark, *Reinventing Human Rights*, Stanford University Press, 2022.

Kennedy, David, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton Oxford, Princeton University Press, 2016.

Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997.

Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument: Reissue with a New Epilogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Koskeniemi, Martti, *La politique du droit international*, Doctrines, Paris, Pedone, 2007.

Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, Oxford [England] : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1990.

Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, Classiques des sciences sociales, Chicoutimi, 2002.

Mill, John Stuart, *Utilitarisme*, Classiques des sciences sociales, Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2004.

Pistor, Katharina, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2019.

Rand, Ayn, *La vertu de l'égoïsme*, Iconoclastes 19, Paris, Les Belles Lettres, 1993.

Salmon, Jean et Olivier Corten, *Droit international et argumentation*, Collection de droit international, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Thouvenin, Jean-Marc et Anne Trebilcock, *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Nanterre, Bruylant ; CEDIN, 2013.

DOCTRINE : CHAPITRES DE LIVRE

Balakrishnan, Radhika et James Heintz, « Economic policy and human rights », dans Jackie Dugard et al. dir, *Research handbook on economic, social and cultural rights as human rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 350.

Christodoulidis, Emilios, « Critical Theory and the Law: Reflections on Origins, Trajectories and Conjunctures » dans Dukes, Ruth, Goldoni, Marco, & Christodoulidis, Emilios, dir, *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Ely Yamin, Alicia, « The right to health », dans Jackie Dugard et al. dir, *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 159.

Gill, Stephen « Market Civilization and New World Order » dans Stephen Gill et Claire Cutler dir. *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Hestermeyer, Holger P, « Economic, Social, and Cultural Rights in the World Trade Organization : Legal Aspects and Practice » dans Christophe Golay, Eibe Riedel et Gilles Giacca, dir, *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014 260.

Kennedy, David, « The international human rights regime: still part of the problem? » dans Colin Murray et al, dir, *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Lacroix, Justine et Pranchère, Jean-Yves, « 3. Les droits de l'homme contre l'utilité sociale. Une critique progressiste : Jeremy Bentham et Auguste Comte », dans *Le Procès des droits de l'homme*, Paris, Éditions du Seuil, 2016 129.

Matthews, Duncan, « Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health » dans Willem Grosheide dir. *Intellectual Property and Human Rights : A Paradox*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2010 328.

DOCTRINE : ARTICLES SCIENTIFIQUES

Abbas, Zaheer, Muhammad & Riaz, Shamreeza, « Pro-Access Amendment to the WTO TRIPS Agreement: Will affordable access to essential medicines remain a pipe dream for poor countries? » (2017) 12:6 *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 451.

Bown, Chad P, « The WTO and Vaccine Supply Chain Resilience during a Pandemic » (2023) 26:2 *Journal of International Economic Law* 343.

- Charlesworth, Hilary, « International Law: A Discipline of Crisis » (2008) 65:3 *The Modern Law Review* 317.
- Chimpango, Boniface, « Vaccine nationalism and equitable access to COVID-19 pharmaceuticals: TRIPS Agreement under trial (again) » (2021) 20:3 *JITLP* 166.
- Dreyfuss, Rochelle et Frankel, Susy, « From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property » (2015) 36:4 *Michigan Journal of International Law* 557.
- Grenfell, Rafaella Fortini Queiroz & Oyetunde Timothy Oyeyemi, « Access to COVID-19 vaccines and testing in Africa: the importance of COVAX - Nigeria as a case study » (2023) 117:2 *Pathogens and Global Health* 152.
- Grudler, Clara, « Levée des brevets sur les vaccins anti-Covid : solution miracle ou dangereux mirage? Étude sur une proposition ralliée ou contestée » (2022) 14 *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 31.
- Helfer, Laurence R, « Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Co-Existence? » (2004) 22:2 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 47.
- Helfer, Laurence R., « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property » (2007) 40:3 *UC Davis L Rev* 971.
- Kapczynski, Amy, « Realizing Public Rights Through Government Patent Use » (2021) 49:1 *J Law Med Ethics* 34.
- Kapczynski, Amy, « The Political Economy of Market Power in Pharmaceuticals » (2023) 48:2 *Journal of Health Politics, Policy and Law* 215.
- Kapczynski, Amy, « The Right to Medicines in an Age of Neoliberalism » (2019) 10:1 *Humanity* 79.
- Kennedy, David, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15:4 *Harvard Human Rights Journal* 101.
- Kennedy, David, « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 *German YB Int'l L* 353.
- Koskenniemi, Martti, « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power » (2010) 1:1 *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, 47.
- Koskenniemi, Martti, « The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics » (2007) 70:1 *Modern Law Review* 1.
- Marceau, Gabrielle et Shivani Garg, « The Role of the WTO in the Global Response to the COVID-19 Pandemic » (2021) 18:3 *Int Organ Law Rev.*
- Marks, Susan, « Human Rights and Root Causes » (2011) 74:1 *Modern Law Review* 57.
- Mertens, Armin et Marc Scheufen, « Intellectual property and fourth industrial revolution technologies: how the patent system is shaping the future in the data-driven economy » (2024) 57:1-2 *Eur J Law Econ* 275.

Mercurio, Bryan Christopher, « WTO Waiver from Intellectual Property Protection for COVID-19 Vaccines and Treatments: A Critical Review » (2021) 62 *Virginia Journal of International Law* 9.

Nicholas, Vincent, « TRIP-ing Up: The Failure of TRIPS Article 31bis » (2021) 2020 *Gonzaga Journal of International Law* 1.

Odeh, Morris K, « Rethinking the Pharmaceutical Knowledge-Economy: Patents, the TRIPS Agreement, and Skewed Utilitarianism in the Evolving Ideological Paradigms » (2024) 4:Automne 2024 *African Journal of International Economic Law* 61.

Orford, Anne, « Embodying Internationalism: The Making of International Lawyers » (1999) 19:1 *Aust Year Book Int Law Onl* 1.

Orford, Anne, « Scientific Reason and the Discipline of International Law » (2014) 25:2 *European Journal of International Law* 369.

Orford, Anne, « The Subject of Globalization: Economics, Identity and Human Rights » (2000) 94 *American Society of International Law* 146.

Ostergard, Robert L, « Intellectual Property: A Universal Human Right? » (1999) 21:1 *HRQ* 156.

Rémiche, Bernard, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) XVI:1 *Revue internationale de droit économique* 83.

Seretis, Stergios A et al, « COVID-19 Pandemic and Vaccine Imperialism » (2025) 57:1 *Review of Radical Political Economics* 9.

Thambisetty, Siva et al, « The COVID-19 TRIPS Waiver Process in Critical Review: An Appraisal of the WTO DG Text (IP/C/W/688) and Recommendations for Minimum Modifications » (2022), en ligne : <<https://www.ssrn.com/abstract=4124497>>.

Werhane, Patricia H et Michael Gorman, « Intellectual Property Rights, Moral Imagination, and Access to Life-Enhancing Drugs », (2005) 15:4 *Business Ethics Quarterly* 595.

DOCTRINE : ARTICLES DE JOURNAUX

Bacchus, James, « An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines », :78 (16 décembre 2020), en ligne : <<https://www.cato.org/free-trade-bulletin/unnecessary-proposal-wto-waiver-intellectual-property-rights-covid-19-vaccines>>.

Correa, Carlos, *Policy Brief 57 : Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines?* , South Center, 2019.

Gagnon, Marc-André, « Vaccins : recherche publique, profits privés » (2021) 813 *Relations* 6.

Stiglitz, Joseph E & Wallach, Lori, « Will Corporate Greed Prolong the Pandemic? » *Project Syndicate* (6 mai 2021), en ligne : <<https://www.project-syndicate.org/onpoint/big-pharma-blocking-wto-waiver-to-produce-more-covid-vaccines-by-joseph-e-stiglitz-and-lori-wallach-2021-05>>.

« 51 House Republicans to Biden : Reject TRIPS waiver compromise » *Inside US Trade Daily Report* (11 avril 2022), en ligne: <<https://www-proquest-com.proxy.bibliotheques.uqam.ca/trade-journals/51-house-republicans-biden-reject-trips-waiver/docview/2649235738/se-2?accountid=14719>>.

RAPPORT D'UNE ONG AUTRE

Balasubramaniam, Thiru, « Les négociations relatives à la dérogation à l'Accord ADPIC demeurent incertaines en amont de la CM12 », *International Institute for Sustainable Development* (7 juin 2022), en ligne : <<https://www.iisd.org/fr/node/16626>>.

Briefing Paper: Comments on the leaked draft text of discussions facilitated by the Director-General of the World Trade Organization with respect to the TRIPS Waiver proposal, par Third World Network, (avril 2022).

Note aux États Membres de l'OMC à propos de la proposition de dérogation à certaines dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) afin de faciliter la prévention COVID-19, par Amnesty International, IOR 40/3365/2020, 19 novembre 2020.

THÈSES DE DOCTORAT

Gagnon, Marc-André, *The nature of capital in the knowledge-based economy: the case of the global pharmaceutical industry*, Bibliothèque et Archives Canada, 2010.

SITES INTERNETS ET BLOGS

Joint Appeal for Open Science, par OMS, UNESCO, et UNHCR, en ligne : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Press/WebStories/JointAppeal_OpenSciences_EN.pdf>.

OMC, « ADPIC, le système de propriété intellectuelle et la COVID-19 », en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_and_covid19_f.htm>.

OMPI, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle? », en ligne: <<https://www.wipo.int/fr/web/about-ip>>.

Paul, Ritu, « Intellectual Property Rights: A Utilitarian Perspective » (2021), en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3842429>.

« Personne n'est en sécurité, avant que tout le monde ne le soit », par Organisation mondiale de la santé en ligne: <<https://www.un.org/fr/desa/%E2%80%9Cno-one-safe-until-everyone-%E2%80%9D>>.

Trebilcock, Michael, « The TRIPS Vaccine Waiver Controversy » (12 juillet 2021), en ligne (WorldTradeLaw.net): *International Economic Law and Policy Blog* <<https://ielp.worldtradelaw.net/2021/07/guest-post-the-trips-vaccine-waiver-controversy.html>>.