

« Mon bien est plus commun que le tien! » Brevet, santé publique et ressources génétiques¹

Jean-Frédéric Morin
Centre des politiques en propriété intellectuelle
Université McGill

Le régime des brevets s'appuie sur des idées, des valeurs et des croyances. On présume que les brevets contribuent au développement économique en encourageant l'innovation technologique. Les coûts que représentent ces droits exclusifs pour les consommateurs seraient compensés par un accroissement agrégé de l'innovation. Alors qu'une telle présomption peut sembler parfaitement logique, elle repose davantage sur des modèles théoriques qu'empiriques. Des contraintes méthodologiques incontournables, et particulièrement l'incapacité de maîtriser tous les facteurs qui stimulent l'innovation, empêchent quiconque d'établir clairement l'ampleur et la portée optimales des brevets. La durée de protection fixée à 20 ans est, par exemple, purement arbitraire². Les décideurs publics doivent ainsi s'en remettre, dans une certaine mesure, à leur foi dans la théorie des brevets. Et même s'ils étaient omniscients quant aux effets économiques des brevets, il leur faudrait encore se guider sur leurs propres valeurs au moment de déterminer l'équilibre approprié entre les objectifs à court terme et ceux à long terme, ou entre les intérêts privés et les intérêts collectifs.³ Ces incertitudes scientifiques et ces dilemmes politiques font des normes sociales une variable déterminante du régime des brevets.

Les théoriciens constructivistes définissent les normes comme des modèles socialement construits des comportements appropriés associés à une identité donnée.⁴ Parce que les normes sont présentes à tous les niveaux de la société et qu'elles perdurent à travers le temps, elles structurent l'orientation des politiques publiques. Cela dit, elles ne sont pas immuables et peuvent être soumises à une construction ou à une déconstruction sociale, résultant d'un processus d'encadrement normatif (*framing*). Ce processus consiste à attirer l'attention sur une question particulière, à déterminer la façon dont il faut envisager ladite question, et à motiver les décideurs à l'examiner.⁵ L'encadrement normatif permet de (re)définir les limites entre le bien et le mal, ou d'un point de vue plus pragmatique, les solutions raisonnables à un problème défini.

¹ Reproduction autorisée d'un chapitre du livre *Le bien commun et la santé*, dirigé par Bartha M. Knoppers et Yann Joly, Éditions Thémis, 2008.

² Richard Gold, Wen Adams, David Castle et al., "The Unexamined Assumptions of Intellectual Property: Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation" (2004) 18, *Public Affairs Quarterly* 304.

³ Trisha Greenhalgh and Jill Russell, "Reframing Evidence Synthesis as Rhetorical Action in the Policy Making Drama" (2005) 1, *Healthcare Policy*, 32.

⁴ Martha Finnemore & Kathryn Sikkink, "International Norm Dynamics and Political Change" (October 1998) 52, *International Organization* 891.

⁵ Robert Benford and David Snow, "Framing Processes and Social Movements: An Overview and Assessment" (2000) 26 *Annual Review of Sociology* 615.

Un cadre efficace « est celui qui présente les idées privilégiées comme le sens commun, et les idées rejetées comme impensables. »⁶

Pour cadrer efficacement une question, on doit communiquer des messages persuasifs, incluant des arguments éthiques convaincants. L'éthique n'apporte pas nécessairement une information nouvelle aux débats politiques, mais permet de soupeser l'information existante et d'évaluer, par exemple, l'importance relative du droit à la protection d'une invention technologique sur le droit d'accès aux ressources génétiques *in situ*.⁷ Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que les divers intervenants misent sur le discours éthique pour promouvoir les normes qu'ils privilégient.⁸ Cela est d'autant plus vrai à l'échelle internationale, car les effets économiques du droit des brevets sont moins connus et peu de valeurs partagées sont fermement établies. Il n'est exagéré d'affirmer que les participants aux débats internationaux sur les brevets se livrent à une guerre de rhétoriques.⁹

Le terme « rhétorique » n'est pas ici employé dans un sens péjoratif pour insinuer que des affirmations seraient sans fondement ou inexactes.¹⁰ Il désigne plutôt un ensemble organisé d'affirmations avancées dans le but de convaincre, de définir une question et de construire de nouvelles normes sociales.¹¹ Bien que les interlocuteurs d'un débat rhétorique ne soient pas nécessairement disposés à changer leurs propres croyances, ils tentent de convaincre l'opinion publique et les décideurs.¹² Dans cette optique, les discours ne reflètent pas simplement des intérêts antagonistes, mais constituent en soi un champ de bataille où se déroulent les affrontements.¹³

Bien entendu, la capacité de cadrer une question n'est probablement pas la principale variable de l'influence d'un acteur non-étatique sur le droit international des brevets. Sa puissance, qu'elle soit calculée en fonction de ses ressources humaines et financières ou en fonction de ses relations personnelles auprès de l'élite politique, demeure sans doute la variable principale. Pour Stephen Gill et David Law, « la persuasion pure est très rare puisqu'en règle

⁶ Morten Boas & Desmond McNeil, "Power and Ideas in Multilateral Institutions: Towards an Interpretative Framework" in Mortehn Boas (ed), *Global Institutions and Development* (London and New-York: Routledge, 2004) 1.

⁷ Thomas Nelson, Zoe Oxley and Rosalee Clawson, "Toward a Psychology of Framing Effects" (1997) 19 *Political Behavior*, 221-246.

⁸ Ariel Conomos, "Non-State Actors as Moral Entrepreneurs: A Transnational Perspective on Ethics Networks", in Daphné Josselin and William Wallace (eds) *Non State Actors in World Politics* (New York: Palgrave, 2001).

⁹ Graham Dutfield call it the "propaganda war". *Intellectual Property Rights, and the Life Science Industries* (Aldershot: Ashgate, 2002) 21.

¹⁰ Trisha Greenhalgh and Jill Russell, "Reframing Evidence Synthesis as Rhetorical Action in the Policy Making Drama" (2005) 1, *Healthcare Policy* 35. See Aristotle, *Rhetoric*, Book 1, chapter 1.

¹¹ Frank Schimmelfennig, "The Community Trap: Liberal Norms, Rhetorical Action, and the Eastern Enlargement of the European Union", (1999) 55 *International Organization* 48.

¹² Thomas Risse, "Lets's Argue! Communicative Action in World Politics" (January 2000) 54, *International Organization* 9..

¹³ Jennifer Milliken, "The Study of Discourse in International Relations : A Critique of Research and Methods" (1999) 5, *European Journal of International Relations*, 229:

générale l'accès aux connaissances et aux capitaux est inégalement réparti »¹⁴ En effet, certains acteurs ont la capacité de déployer des moyens impressionnants pour financer des études, acheter des espaces publicitaires, organiser des manifestations et coordonner de larges campagnes publique pour ainsi accroître la diffusion de leur discours.

Néanmoins, comme Susan Sell et Aseem Prakash l'ont brillamment établi, autant les acteurs qui favorisent le renforcement des normes internationales relatives aux brevets (les firmes transnationales) que ceux qui préconisent une plus grande souplesse (les organisations non gouvernementales), disposent de suffisamment de moyens pour influencer les débats politiques¹⁵. De même, Peter Drahos et John Braithwaite ont observé que les « réseaux de persuasion » constituent de véritables catalyseurs, susceptibles de modifier le processus d'établissement des standards internationaux de propriété intellectuelle, et qu'ils offrent aux ONG et aux firmes transnationales de nouvelles opportunités pour socialiser les décideurs, c'est-à-dire pour leur transmettre leurs idées, valeurs et croyances.¹⁶

Cette étude analyse les principaux discours concurrents associés au droit international des brevets en étudiant leurs fondements normatifs, leur évolution et leurs impacts sur les politiques. Nous n'interrogeons pas la validité des discours, mais leur résonance auprès des décideurs publics. Dans l'économie des discours, la valeur d'une assertion ne repose pas sur sa véracité, mais sur sa capacité à circuler parmi les acteurs, à donner une impression de vérité, et à fonder les relations de pouvoir.¹⁷ Nous proposons l'hypothèse que cette capacité dépend notamment, mais non exclusivement, des ancrages éthiques. Les discours qui réussissent à remettre en cause les normes établies au sein du régime international des brevets n'avancent pas des idées radicalement nouvelles, mais réinterprètent les affirmations éthiques communément admises. Les nouveaux cadres normatifs s'appuient sur les fondements du système de croyances déjà en place.

La première partie de cette étude offre un bref aperçu de l'évolution des discours clés dans l'histoire du régime international des brevets. La seconde se penche sur l'opposition de deux visions propriétairelles relatives à la biodiversité. La troisième examine les références à l'équité dans le cadre du débat sur l'accès aux médicaments dans les pays en développement. Nous concluons par quelques remarques sur l'efficacité relative des discours sur l'équité, davantage liés à la notion de protection du bien commun, que ceux sur la protection de la propriété privée.

1. Les discours dans l'évolution du régime international des brevets

¹⁴ Stephen Gill & David Law. *The Global Political Economy: Perspectives, Problems, and Policies*. (New York: Harvester Wheatsheaf, 1988) 71-72.

¹⁵ Susan K. Sell & Aseem Prakash, "Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights" (2004) 48 *International Studies Quarterly*, 145.

¹⁶ John Braithwaite & Peter Drahos. *Global Business Regulation*. (Cambridge : Cambridge University Press, 2000).

¹⁷ See Michel Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*. (New York: Pantheon Books, 1980)

En juin 1869, la revue *The Economist* prédit avec enthousiasme que « le droit des brevets sera aboli sous peu. »¹⁸ Aujourd'hui, cette prédiction fait sourire. Non seulement les systèmes de brevets ont-ils été adoptés partout dans le monde, mais les rares personnes qui osent suggérer leur abolition complète sont perçues, au mieux, comme des excentriques marginaux. Ce consensus présumé quant à l'avenir du droit des brevets contraste fortement avec la violence des débats milieux du XIX^e siècle. À cette époque, le droit des brevets était sérieusement remis en question, en dépit du fait qu'il était déjà implanté depuis des siècles dans certains pays.

À l'apogée de cette période parfois qualifiée de *Première mondialisation*, le commerce international constituait la force motrice de l'économie mondiale. Les rédacteurs de *The Economist*, comme tant d'autres partisans du libre-échange, critiquaient fermement les brevets, perçus comme un héritage archaïque du mercantilisme. De leur point de vue, ils constituaient des entraves au libre-marché et des mesures protectionnistes contre la concurrence étrangère.¹⁹ Selon les théories économiques classiques, les libertés individuelles, incluant celles d'utiliser les savoirs techniques, permettent aux acteurs économiques de poursuivre leurs propres intérêts, et ainsi de maximiser le bien-être collectif. Particulièrement réceptifs à ce discours libéral, la Suisse rejeta la mise en place d'un système de brevets et les Pays-Bas abolirent le leur.

En réponse à ces condamnations libérales, les deux discours classiques qui ont façonné le droit moderne des brevets depuis le XVII^e siècle ont alors refait surface. Le premier, que l'on peut qualifier de propriété, soutient qu'il faudrait accorder la priorité à la protection de la propriété privée sur tout autre objectif de politique publique.²⁰ La version radicale du propriété s'appuie sur la thèse de John Locke selon laquelle le travail justifie la propriété. La propriété privée sur un objet que l'on crée soi-même est un droit naturel qui, dans ce sens, devrait être protégé contre toute intervention de l'État. Lysander Spooner, un pilier du propriété du XIX^e siècle, soutenait même que les brevets devaient être absolus et perpétuels : « Si les hommes ont un droit naturel à la propriété de leurs productions intellectuelles, il s'en suit nécessairement que ce droit persiste, du moins durant leur vie. »²¹ Les décideurs américains de l'époque rejetèrent ces thèses propriétaires, bien que la doctrine américaine soit revenue à une version modérée de ce discours lorsque les États-Unis sont devenus un des principaux exportateurs de technologie²²

Le deuxième discours classique qui s'opposa au courant libéral est l'utilitarisme.²³ D'une part, ce discours admet que les brevets sont des outils de politique publique qui doivent être pris

¹⁸ Cité dans Graham Dutfield. *Intellectual Property Rights, and the Life Science Industries*. (Aldershot: Ashgate, 2002) 49.

¹⁹ Machlup and Edith Penrose, Fritz Machlup & Edith Penrose, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century" (2004) 10, *Journal of Economic History*, 3-5.

²⁰ Peter Drahos. *A Philosophy of Intellectual Property*. (Dartmouth: Aldershot, 1996) p. 41-68 and 200-201;

²¹ Lysander Spooner. *The Law of Intellectual Property or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*. (Boston: Bela Marsh, 1855). Disponible en ligne: <http://www.lysanderspooner.org/bib_new.htm>

²² Carla Hesse, "The Rise of Intellectual Property 700 B.C. – A.D. 2000: An Idea in the Balance" (2002) *Daedalus* 42.

²³ Peter Drahos. *A Philosophy of Intellectual Property*. (Dartmouth: Aldershot, 1996), 213-223.

en considération conjointement avec d'autres objectifs publics, dont la libre concurrence. D'autre part, il postule que les avantages sociaux qui découlent des brevets, en matière d'innovation et de dissémination des connaissances, surpassent ses coûts sociaux. Cet argument fut avancé en 1848 par John Stuart Mill dans sa défense du système des brevets : « Un privilège exclusif d'une durée temporaire est préférable [comme moyen de stimuler l'invention] parce que la récompense qu'il confère dépend de l'utilité que l'on trouve à l'invention, et plus l'utilité est grande, plus grande est la récompense. »²⁴ Bien que l'utilitarisme puisse sembler véhiculer une moindre charge idéologique que le propriétaireisme, il repose néanmoins sur des croyances hypothétiques, telles que la supposition que l'innovation est un processus individuel et indépendant alimenté principalement par des récompenses matérielles.

C'est probablement moins la revitalisation du propriétaireisme et de l'utilitarisme qui a convaincu les tenants du libre-échange de la valeur des brevets, que l'adoption du premier traité multilatéral sur le droit des brevets. En effet, c'est la Convention de Paris de 1883 qui rendit le système des brevets plus tolérables aux yeux des libéraux, en interdisant certaines mesures protectionnistes et certains comportements opportunistes. Entre autres choses, l'article 2 de la Convention prévoit que les étrangers jouiront des mêmes avantages que les ressortissants nationaux, et l'article 5 (1) précise que l'importation des produits brevetés n'entraînera pas la déchéance. En établissant des règles de jeu communes pour la concurrence internationale, la Convention de Paris contribua à atténuer les débats sur la préservation des systèmes de brevets nationaux. Puis, le déclin du commerce international dans la première moitié du XX^e siècle et les deux guerres mondiales mirent en veilleuse ces controverses. Le droit international des brevets fut progressivement perçu comme un enjeu technique plutôt qu'idéologique, n'intéressant somme toute qu'un nombre restreint de spécialistes.

Cette accalmie permit la création d'une véritable communauté épistémique dans les pays développés. Une communauté épistémique peut se définir comme « un réseau de professionnels dont l'expertise et les compétences dans un domaine particulier sont reconnues, et qui font autorité en matière d'élaboration des politiques relatives à ce domaine ». ²⁵ Leur capacité à produire une allégation faisant autorité, ce que Pierre Bourdieu qualifierait de « capital symbolique », est une source importante de pouvoir. ²⁶ Dans le régime des brevets, la communauté épistémique dominante se compose du cercle fermé et restreint des juristes spécialisés dans ce champ complexe et obscur. Ils partagent une culture juridique commune, un même langage technique, et entretiennent de façon généralement positive les lois et les institutions établies qui structurent leurs professions. Ainsi que l'a remarqué Susan Sell, ils sont

²⁴ John Stuart Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*. (Indianapolis : Hackett Pub., 2004) Livre V, Chapitre X, 25.

²⁵ Peter Haas, "Epistemic Communities and International Policy Coordination", in Peter Haas (ed), *Knowledge, Power, and International Policy Coordination* (Columbia: University of South Carolina, 1996), p. 3. Marney Cheek "The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: A Review of the Global Intellectual Property Regime" (2001) 33, *George Washington International Law Review*, p. 277-323.

²⁶ Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques* (Paris: Fayard, 1982) 68

« conditionnés à promouvoir la protection de la propriété intellectuelle et à défendre les principes des droits afférents à la propriété privée. »²⁷

Au milieu du XX^e siècle, d'autres acteurs privés, tels que les scientifiques et les consommateurs, s'intéressaient aussi au droit des brevets et auraient pu exprimer des points de vue divergents. Toutefois, ils ne possédaient alors pas l'expertise ni l'influence de la communauté des juristes spécialisés. Jusqu'à un certain point, le droit des brevets « rappelait l'Église catholique alors que la Bible était exclusivement en latin : les avocats en propriété intellectuelle étaient les pourvoyeurs privilégiés d'expertise, tout comme l'était le clergé familial avec le latin. »²⁸ Les gouvernements se fièrent à ces experts pour traduire les complexités du droit des brevets en politiques publiques. Par conséquent, le discours de la communauté des brevets a été intériorisé par la plupart des administrations des pays développés et, il semblerait, par l'appareil administratif de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Leurs idées, en apparence plus techniques qu'idéologiques, ont été institutionnalisées en normes sociales et sont devenues la sagesse établie.

Dès les années 1970, alors que le ratio de commerce international sur le PIB mondial atteint le même niveau que celui de la fin du XIX^e siècle, le droit international des brevets devint encore une fois sujet à controverse. Les pays en développement réclamèrent l'établissement d'un Nouvel Ordre Économique Mondial pour inverser ce qu'ils considéraient comme une détérioration structurelle des termes des échanges. Appuyés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), puis par un certain nombre d'ONG transnationales, les pays en développement soutinrent que le principe du traitement national de la Convention de Paris masquait un renforcement institutionnalisé des pays les plus forts au détriment de pays plus faibles.²⁹ Pour s'assurer que les deux groupes de pays puissent se faire concurrence sur un pied d'égalité dans les marchés internationaux, il fallait appliquer un traitement différencié pour les pays structurellement défavorisés.

De 1970 à 1980, les négociations internationales sur le droit des brevets contournèrent ces débats conflictuels en mettant l'accent sur des questions de procédure (l'enregistrement des demandes de brevet) plutôt que sur des questions de fond (la brevetabilité et la protection conférée). Le Traité de coopération en matière de brevets (1970), l'Arrangement de Strasbourg (1971) et le Traité de Budapest (1977) furent adoptés à cette époque. Mais lors de la révision de la Convention de Paris au début des années 1980, il apparut évident que les désaccords fondamentaux entre les pays développés et les pays en développement ne pouvaient être évités.

Le déficit commercial des États-Unis atteignait alors une ampleur sans précédent et était perçu comme une manifestation présumée du déclin de son hégémonie. Un certain nombre de

²⁷ Susan Sell. *Private Power, Public Law : The Globalization of Intellectual Property Rights*. (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003) 99.

²⁸ Susan Sell. *Private Power, Public Law : The Globalization of Intellectual Property Rights*. (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003) 99.

²⁹United Nations Conference on Trade and Development. *Le rôle du système des brevets dans le transfert des techniques aux pays en voie de développement*. Doc. No. TD/AC.11/19/Rev.1. (New York: CNUCED, 1975) 51.

firmes transnationales identifiaient la contrefaçon étrangère comme la principale cause de leur perte de compétitivité. L'ancien président et chef de la direction de Pfizer International, Barry MacTaggart, publia ce qui suit dans une page d'opinions du *New York Times* en 1982 :

Ces derniers temps, beaucoup de personnes ont été choquées par le fait que des hommes d'affaires japonais auraient pu voler des secrets informatiques à IBM. Ces allégations sont la dernière tournure que prennent les événements dans la lutte tendue pour la suprématie technologique mondiale, mais peu d'hommes d'affaires, surtout ceux qui évoluent au sein d'entreprises hautement technologiques vouées à la recherche, peuvent se montrer réellement surpris. [...] C'est par l'acquisition de la connaissance nécessaire pour fabriquer de nouveaux produits — ordinateurs, produits pharmaceutiques, équipement de télécommunication, produits chimiques et autres — que les compagnies américaines se sont si bien démarquées, et c'est cette connaissance que l'on est en train de voler en déniaient le droit des brevets.³⁰

Afin de quantifier les effets des imitations frauduleuses sur la compétitivité des États-Unis, la commission américaine du commerce extérieur (*International Trade Commission (ITC)*) mena sa propre étude en 1988. Elle estima les pertes annuelles en propriété intellectuelle à 23 milliards de dollars, ce qui représentait 16 % du déficit commercial des États-Unis, et ce, pour seulement 432 sociétés.³¹ Bien que la méthodologie employée par l'ITC ait été ultérieurement critiquée, l'Administration Reagan en tira la conclusion qu'il existe un lien direct entre les pratiques étrangères de propriété intellectuelle et les vicissitudes commerciales des États-Unis.³² Susan Sell souligne à juste titre que cette explication plu aux responsables politiques puisqu'elle « leur évitait la tâche ardue d'évaluer jusqu'à quel point les problèmes commerciaux des États-Unis étaient le résultat des mauvais choix exercés par le pays même ou par ses entreprises. »³³ Lorsque Clayton Yeutter fut nommé représentant commercial des États-Unis par Ronald Reagan, la protection des brevets dans les pays étrangers était devenue un enjeu prioritaire :

Lorsque j'ai quitté le gouvernement sous l'Administration Ford en 1977, il n'était pas question de propriété intellectuelle. [...] Mais quand je suis revenu au gouvernement il y a un peu plus de deux ans, tout le monde parlait du piratage de la propriété intellectuelle et de la nécessité d'agir pour régler la situation.³⁴

³⁰ Barry MacTaggart, "Stealing from the Mind" (July 9, 1982) *The New York Times*. A25.

³¹ International Trade Commission. *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and Its Effect on US Industry and Trade -- Report to the US Trade Representative*. Investigation No. 332-245, Publication No. 2065. (Washington: International Trade Commission, 1988). viii.

³² Harvey Winter, "A View From the US State Department" in Charles Walker & Mark Bloomfield (eds), *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*. (Lanham: University Press of America, 1988) 101.

³³ Susan Sell. *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*. (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003) 50.

³⁴ Clayton Yeutter, "Negotiating Intellectual Property Rights Protection", in Charles Walker & Mark Bloomfield (eds) *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*. (Lanham: University Press of America, 1988) p. 110.

Les sociétés transnationales ne se limitèrent pas à convaincre le gouvernement américain que la compétitivité américaine était directement liée au droit international des brevets. Ayant pour objectif de lancer des négociations sur un traité général et exhaustif sur la propriété intellectuelle, elles ont également convaincu d'autres pays développés. Au départ, tant la Communauté européenne que le Japon préconisèrent un projet d'envergure plus modeste, comme un simple code de conduite en matière de contrefaçon, et préférèrent limiter leur opposition avec les pays en développement sur la délicate question des subventions agricoles. Pour contrecarrer ce manque d'enthousiasme, douze firmes transnationales joignirent leur voix et créèrent le Comité sur la propriété intellectuelle (CPI). Comme le révèle James Enyart de Monsanto, « une fois créé, la première tâche du CPI a été de répéter le travail de prospection que nous avons fait aux États-Unis dans les débuts [mais] cette fois-ci avec les associations industrielles de l'Europe et du Japon pour les convaincre qu'un code était possible. »³⁵ Selon Carol Bilzi, lobbyiste en matière de propriété intellectuelle, la mission du CPI permit de coordonner les diverses positions des pays développés :

Résultat, en grande partie, de l'engagement du secteur privé, la propriété intellectuelle est passée, au cours du Cycle d'Uruguay, de l'état de question obscure et considérée comme peu pertinente pour le *GATT* avant la rencontre de septembre 1986 à Punta del Este, à l'état d'une des questions les plus importantes et les plus étroitement surveillées du Cycle.³⁶

Le Cycle d'Uruguay mena à l'adoption en 1994 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), l'un des accords de l'OMC. En comparaison avec la Convention de Paris, cet accord présente des règles plus détaillées et plus restrictives sur le droit des brevets. Le fait que l'Accord sur les ADPIC aient été adoptés sous l'égide d'une organisation dédiée au libre-échange « légalisait, à l'échelle internationale, le mariage de convenance entre le commerce international et le droit de propriété intellectuelle. »³⁷

Bien que les firmes transnationales n'avaient pas elles-mêmes négocié l'Accord sur les ADPIC, elles se sont comportées comme des « entrepreneurs normatifs », au sens qu'elles ont construit l'encadrement cognitif initial de cet enjeu « en employant un langage qui le nomme, l'interprète et le dramatise. »³⁸ Elles ont convaincu une masse critique d'États d'adopter et d'institutionnaliser leur discours. C'est ainsi que James Enyart de Monsanto perçoit la contribution de son industrie à la négociation de l'Accord sur les ADPIC :

Le milieu industriel a cerné un problème d'importance dans le commerce international. Il a forgé une solution, l'a réduite à une proposition concrète et l'a vendue aux

³⁵ James R. Enyart "A GATT Intellectual Property Code" (1990) 25, *Les Nouvelles*. 54.

³⁶ Carol J. Bilzi, "Toward an Intellectual Property Agreement in the GATT: View from the Private Sector" (1989) 19, *GJICL*. 345.

³⁷ Robert Sherwood & Carlos Primo Braga. *Intellectual Property, Trade, and Economic Development: A Road Map for the FTAA Negotiations*. (Miami: North-South Center, 1996). 4.

³⁸ Martha Finnemore & Kathryn Sikkink, "International Norm Dynamics and Political Change" (October 1998) 52, *International Organization* 897.

gouvernements, le nôtre et les autres. [...] Les industries ont joué simultanément le rôle de patients, de médecins diagnostiqueurs et de pharmaciens prescripteurs.³⁹

Les firmes transnationales ne sont pas les seuls acteurs non-étatiques engagés dans les négociations internationales sur le droit des brevets. Au cours de la dernière décennie, un nombre croissant d'ONG sont également intervenus comme entrepreneurs normatifs dans le régime des brevets. Contrairement aux firmes transnationales, les ONG bénéficient particulièrement de l'opinion favorable du public (justifiée ou non). Elles sont perçues comme détentrices d'une autorité morale et sont moins soupçonnées (à tort ou à raison) de promouvoir des intérêts privés.⁴⁰ Plusieurs ONG, notamment le Centre international pour le commerce et le développement durable, Oxfam et *Third World Network*, mènent des recherches sur des questions spécifiques, publient des livres et des bulletins de nouvelles spécialisés, rédigent des lois modèles détaillés et organisent des séances de formation pour les négociateurs.

L'une de leur principale réussite est certainement l'adoption, à Doha en 2001, de la Déclaration sur la santé publique, reconnaissant que l'Accord sur les ADPIC peut être interprété et mise en œuvre d'une manière qui appuie le droit des membres de l'OMC de promouvoir l'accès aux médicaments. Selon Ellen't Hoen, de Médecins sans frontières (MSF), les ONG ont été les premières à créer un lien normatif entre l'Accord sur les ADPIC et la crise du sida :

La première rencontre internationale traitant expressément de l'octroi de licences obligatoires afin d'augmenter l'accès aux médicaments antisida se déroula en mars 1999 au Palais des Nations à Genève, et fut organisée par le *Consumer Project on Technology, Health Action International* et MSF. Plus tard, cette année-là, le même groupe d'ONG organisa la Conférence d'Amsterdam sur l'accroissement de l'accès aux médicaments essentiels dans le cadre d'une économie mondialisée, qui réunit 350 participants en provenance de 50 pays, à la veille de la conférence ministérielle de l'OMC à Seattle.⁴¹

Aujourd'hui, tant les firmes transnationales que les ONG doivent déployer tous leurs efforts pour transmettre les normes aux négociateurs. Or, il leur est presque impossible d'articuler un discours convainquant s'il ne s'appuie que sur des intérêts matériels et des motifs égotistes⁴² Les sociétés transnationales n'auraient pas convaincu les décideurs de la nécessité d'adopter l'Accord sur les ADPIC s'ils n'avaient invoqué que leurs propres intérêts, plutôt que le déficit commercial des États-Unis. De même, les ONG ne pouvaient justifier la Déclaration de Doha en soulignant simplement l'intérêt des pays en développement envers les transferts de technologie, plutôt que la responsabilité d'intervenir face à la crise du sida. Tous les intervenants dans le régime des brevets qui désirent promouvoir leurs idées comme autant de solutions aux

³⁹ James R. Enyart, "A GATT Intellectual Property Code" (1990) 25, *Les Nouvelles*. 56.

⁴⁰ Thomas Risse, "Let's Argue! Communicative Action in World Politics" (January 2000) 54, *International Organization* 22.

⁴¹ Ellen't Hoen, "Public Health and International Law: TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha" (Spring 2002) 3 *Chicago Journal of International Law*, 33.

⁴² Thomas Risse, "Let's Argue! Communicative Action in World Politics" (January 2000) 54, *International Organization* 22.

problèmes de politique publique, doivent traduire leurs intérêts matériels dans la langue des valeurs universelles et des normes socialement acceptées. Comme il sera démontré dans la section suivante, l'une de ces valeurs, employées tant par les partisans que par les détracteurs de la protection des brevets, est le respect de la propriété privée.

2. Le choc des visions propriétaires

Lors du cycle d'Uruguay, les partisans du renforcement de la protection des brevets ne pouvaient plus raisonnablement compter sur le discours utilitariste, comme ils l'avaient fait au XIX^e siècle. Contrairement à la Convention de Paris qui avait été initialement négociée entre des pays partageant un niveau de développement semblable, la négociation de l'Accord sur les ADPIC engageait des pays à faible revenu pour lesquels il était évident que les coûts associés aux droits exclusifs ne pouvaient être compensés par l'accroissement de l'innovation nationale. Ils durent ainsi s'appuyer sur des arguments propriétaires, sachant que « la logique de la théorie de Locke de la propriété associée au travail est plus universelle. »⁴³

Le propriétaire offre non seulement une portée universelle, mais aussi d'importantes implications stratégiques. Comme le remarque Richard Gold, « le concept de la suprématie absolue de la propriété, bien que supplanté, continue de façonner notre compréhension de l'interaction entre les droits de propriété et les autres droits. »⁴⁴ Le détenteur d'un droit de propriété est perçu comme ayant la prérogative de faire quoi que ce soit qui touche sa propriété, sauf en cas d'exceptions spécifiques et limitées pour protéger l'intérêt public. Dans les débats politiques, le fardeau de la preuve est inversé; les tierces parties doivent démontrer que ces intérêts publics sont suffisants pour justifier une restriction des droits de propriété.⁴⁵

En considérant ces avantages stratégiques, il n'est pas surprenant que la communauté des brevets des pays développés se soit davantage appuyée sur le propriétaire que sur l'utilitarisme lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC.⁴⁶ C'est ainsi que, paradoxalement, un discours semblable à celui qui a contré les tenants du libre-échange à la fin du XIX^e siècle, est à nouveau employé un siècle plus tard pour appuyer l'Accord sur les ADPIC à titre de pilier de la libéralisation internationale. Tout comme son prédécesseur, la version contemporaine du propriétaire élève l'objectif de la propriété privée au-dessus des autres considérations en matière de politique publique. Owen Lippert du Fraser Institute, un centre canadien d'études et de recherches qui préconise le libre-échange, présente un bon exemple. De concert avec d'autres partisans contemporains du libéralisme, il dépeint les droits de propriété intellectuelle comme un droit fondamental :

⁴³ Edwin Cameron, "Patents and Public Health: Principle, Politics and Paradox", reproduced in David Vaver (ed) *Intellectual Property Rights :Critical Concepts in law* (London & New York : Routledge, 2006) 443

⁴⁴ Richard Gold, "Owning our Bodies: An Examination of Property Law and Biotechnology" (1995) 32, *San Diego Law Review* 1230.

⁴⁵ Joseph William Singer, "Sovereignty and Property" (1991) 86, *Northwestern University Law Review* 68.

⁴⁶ Samuel Oddi "TRIPS-Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism" (1996) 29, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 415-470.

Le pouvoir des conventions est tel que malgré le fait que les droits de propriété intellectuelle ne sont peut-être pas nés comme des droits de propriété, ils ont évolué vers cette même identité; c'est-à-dire que leur nature de droits de propriété a été découverte graduellement au cours des années. La question se pose donc : que sont alors les droits? Ce sont simplement des protections de comportement et de propriété qu'une société décide à un moment donné de placer hors du champ des analyses coûts-avantages.⁴⁷

Contrairement à la version radicale du propriétaireisme, le discours contemporain fait rarement référence au droit naturel pour justifier la primauté de la protection du droit de propriété sur les autres questions d'ordre public. Il considère plutôt que la protection de la propriété privée est une condition préalable à l'ordre économique libéral.⁴⁸ Puisqu'aucune invention ne peut être commercialisée ou partagée avant d'être d'abord inventée, ils élèvent l'objet de la protection de la propriété privée au-dessus de ceux du libre-échange et de l'accès à la technologie. Les brevets deviennent « le cœur et le noyau des droits de propriété et, une fois détruits, la destruction de tous les autres droits s'en suit automatiquement, tel un bref post-scriptum. »⁴⁹ Ainsi, selon Barry Mactaggart de Pfizer, les pays qui profitent d'un ordre mondial libéral devraient adopter une même conception de propriété intellectuelle :

Au moyen de transactions politiques et juridiques, beaucoup de gouvernements, notamment ceux du Brésil, du Canada, du Mexique, de Taiwan, de l'Inde, de la Corée du Sud, de l'Italie et l'Espagne, pour n'en nommer que quelques-uns, ont procuré à leurs entreprises nationales les moyens de fabriquer et de vendre des produits qui, en fonction d'une mise en application correcte et d'un traitement honorable des brevets, seraient autrement considérés comme la propriété des inventeurs. [...] C'est là exactement la raison pour laquelle les États-Unis devraient insister plus que jamais pour que le principe qui sous-tend le système économique international soit respecté et maintenu.⁵⁰

Pour marquer avec force ses arguments propriétaireistes, la communauté des brevets a systématiquement employé la métaphore de la piraterie.⁵¹ Cette métaphore évoque l'indignation que soulève la violation brutale des droits de propriété d'autrui. À l'instar de beaucoup d'autres discours rhétoriques dont se sont servis les mouvements sociaux, elle identifie les victimes à

⁴⁷ Owen Lippert, "One Trip to the Dentist is Enough: Reasons to Strengthen Intellectual Property Rights Though the Free Trade Area of the Americas" (Fall 1998) 9, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*. 255.

⁴⁸ Paul Steidlemeier, "The Moral Legitimacy of Intellectual Property Claims: American Business and Developing Country Perspectives" (1993) 12 *JBE* 159. Peter Drahos. *A Philosophy of intellectual Property*. (Dartmouth: Aldershot, 1996) p. 200

⁴⁹ Ayn Rand, *A Capitalism : The Unknown Ideal*. (New York: New American Library, 1966) 128.

⁵⁰ Barry MacTaggart, "Stealing from the Mind" (July 9, 1982) *The New York Times*. A25.

⁵¹ Robert Weissman, "A Long Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries" (1996) 17, *Journal of International Economic Law* 1088. Assafa Endeshaw "The Paradox of Intellectual Property Lawmaking in the New Millennium: Universal Templates as Terms of Surrender for Non-Industrial Nations: Piracy as an Offshoot" (2002) 10 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 69.

protéger et amplifie leur victimisation.⁵² Elle a servi à dénoncer les activités de contrefaçon, bien sûr, mais également des activités qui étaient entièrement conformes aux lois nationales et au droit international. Un article rédigé par Constantine Clemente, un ancien vice-président de Pfizer, est particulièrement éloquent sur ce point :

Comment se fait-il qu'un gouvernement puisse établir une politique qui vise à aider les consommateurs dans leur pays à voler la technologie détenue par un pays étranger? Si nous vivions au temps où les pays pratiquaient la piraterie, n'aurait-il pas été absurde de dire, « Eh bien, le Brésil doit beaucoup d'argent aux États-Unis, nous ne pouvons donc pas empêcher leurs pirates d'aborder nos navires parce que, après tout, ils obtiennent de ceci un grand revenu, et de l'or, et de l'argent, et cetera. » C'est évidemment absurde. Or, ce n'est pas si différent lorsque l'on parle de propriété intellectuelle; ce genre de vol est tout aussi mauvais.⁵³

Qui oserait préconiser le vol et la piraterie? Si les brevets sont perçus comme des mesures protectionnistes ou des privilèges exceptionnels, il est légitime de se méfier du comportement de leurs détenteurs. Par contre, si les brevets sont perçus comme un droit fondamental dans un ordre libéral, les « pirates » sont placés en position défensive, et portent le fardeau, dans les débats politiques, de justifier leurs actions. Dans la plupart des cas, s'opposer à la protection des détenteurs de brevets dans leurs luttes contre la piraterie semblerait immoral.

Puisque ce discours propriétaire réussit à apporter un fondement normatif à l'Accord sur les ADPIC, il n'est pas surprenant qu'une stratégie discursive semblable ait été employée par les opposants à la brevetabilité des formes de vie. Les arguments d'ordre éthique, religieux, environnemental et économique contre la brevetabilité des plantes et des animaux ont été mis entre parenthèses, et les arguments propriétaires ont progressivement pris l'avant-plan. Comme les titulaires de brevet l'avaient fait pendant les négociations de l'Accord sur les ADPIC, leurs détracteurs se sont présentés sous l'image de victimes vulnérables dont les droits de propriété fondamentaux seraient menacés.⁵⁴ Ce faisant, ils ont articulé le discours rhétorique de la « biopiraterie. »

Le puissant concept de « biopiraterie » a été développé en 1993 par la *Rural Advancement Foundation International (RAFI)*, une ONG canadienne. La biopiraterie désigne l'utilisation de ressources génétiques, souvent conjointement avec des connaissances traditionnelles, sans le consentement de la communauté qui a initialement développé ou conservé ces ressources. Le concept suppose implicitement que les communautés locales et autochtones

⁵² Robert Benford and David Snow, "Framing Processes and Social Movements: An Overview and Assessment" (2000) 26 *Annual Review of Sociology* 615.

⁵³ Constantine Clemente, "A pharmaceutical Industry Perspective" in Charles Walker & Mark Bloomfield (eds) *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade* (Lanham: University Press of America, 1988) 132

⁵⁴ Hanne Svarstad, "Reciprocity, biopiracy, heroes, villains and victims" in Hanne Svarstad & Shivcharn Dhillon (eds.), *Bioprospecting : From Biodiversity in the South to Medicines in the North*. (Oslo: Spartacus Forlag, 2000) 19-35.

ont acquis des droits de propriété fondamentaux sur leur patrimoine culturel et naturel par leur conservation et le développement pendant des générations. Par conséquent, leurs ressources génétiques *in situ* et leurs connaissances traditionnelles ne devraient pas être librement accessibles aux utilisateurs, dont les firmes biotechnologiques à la recherche de nouveaux composés chimiques.

Afin de justifier et de légitimer ces droits exclusifs des communautés locales et autochtones, le discours sur la biopiraterie fait souvent référence au fondement normatif de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Cette convention reconnaît « les droits souverains des États sur leurs ressources naturelles » et stipule que « l'autorité de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements nationaux et sous réserve de la législation nationale. »⁵⁵ Si les firmes biotechnologiques veulent avoir accès aux ressources génétiques *in situ*, elles devraient obtenir au préalable le consentement éclairé des pays fournisseurs et s'engager à partager, selon des conditions convenues par les deux parties, « les résultats de la recherche et du développement et les bénéfices engendrés par l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques. »⁵⁶ Toutefois, la CDB n'indique pas que ce partage des bénéfices est nécessaire au respect des droits naturels de propriété des communautés sur les composants tangibles et intangibles de leurs ressources génétiques. D'un point de vue utilitariste, le partage des bénéfices n'est qu'un mécanisme de redistribution permettant de financer la conservation de la diversité biologique, et non le corolaire d'éventuels droits de propriété des communautés locales et autochtones.

Néanmoins, avec la croissance du secteur des biotechnologies dans les années 1990, certains activistes ont insinué que les pays riches en biodiversité faisaient l'objet d'un pillage de leur « or vert ». Les pays riches en biotechnologies furent accusés de « biocolonialisme » et de « bioimpérialisme ». Selon Vandana Shiva :

Les États-Unis ont accusé le Tiers Monde de piraterie. [Toutefois], si les contributions des personnes du Tiers Monde sont prises en considération, les rôles sont considérablement inversés : les États-Unis devraient aux pays du Tiers Monde 302 millions de dollars en redevances agricoles et 5,1 milliards de dollars pour les produits pharmaceutiques.⁵⁷

On peut légitimement douter de la validité empirique des sommes avancées par Vandana Shiva, tout autant que les estimations fournies par les sociétés transnationales sur les pertes que leur aurait causées la contrefaçon à l'étranger. En fait, le discours sur la biopiraterie repose généralement moins sur une mesure quantitative des flux de ressources génétiques que sur un nombre limité de brevets controversés, octroyés à des firmes américaines pour des inventions intégrant des ressources provenant de pays en développement. Parmi ces ressources, le curcuma, le riz basmati et le margousier sont probablement les cas les plus médiatisés par les ONG et ceux qui servent le plus souvent d'exemples supposés de biopiraterie.

⁵⁵ *Convention sur la diversité biologique*. art. 15(1).

⁵⁶ *Convention sur la diversité biologique*. art. 15(7).

⁵⁷ Vandana Shiva. *The Plunder of Nature & Knowledge* (Boston: South End Press, 1987) 56.

En s'appuyant sur ces cas, certaines ONG prétendent que le droit de contrôler l'accès aux ressources génétiques est fondamentalement incompatible avec la brevetabilité de micro-organismes prévue par l'article 27(3)(b) de l'Accord sur les ADPIC. L'ONG *GRAIN* a été l'une des plus actives sur cette question : « L'application de l'Accord sur les ADPIC dans les pays en développement devrait être remise en cause et interrompue parce que son conflit avec la CDB est irréconciliable. »⁵⁸ Des allégations semblables ont été avancées par un certain nombre de pays en développement au Conseil des ADPIC, dont le Kenya et l'Inde, qui préconisèrent une révision de l'article 27(3)(b) à la lumière de la CDB.⁵⁹ De plus, certains représentants d'organisations internationales, notamment Nehemiah Rotich du Programme des Nations Unies pour l'Environnement, considèrent que le régime des droits de propriété privée de l'Accord sur les ADPIC est fondamentalement incompatible avec le régime de la CDB, basé sur des droits communautaires et la souveraineté étatique :

Le monopole privé ne peut commencer que là où la souveraineté nationale ou communautaire a été effectivement suspendue. Par conséquent, sous l'Accord sur les ADPIC, les ressources génétiques auxquelles les nations et les communautés étaient censées pouvoir contrôler l'accès se trouveraient sous le contrôle des détenteurs de propriété intellectuelle. Les gouvernements et les communautés ne disposeraient d'aucun moyen de réglementer l'accès ou de demander un partage des bénéfices parce que les ressources seraient sous réserve de la propriété privée, et cela est contraire aux objectifs de la Convention.⁶⁰

Cette opposition entre deux formes d'allégations propriétairestes sur le matériel génétique a eu un effet important sur l'évolution des débats au Conseil des ADPIC. En 1994, la plupart des sociétés de biotechnologie se disaient insatisfaites que l'article 27(3)(b) reconnaisse l'exclusion des plantes et des animaux de la brevetabilité, et attendaient sa révision, prévue pour 1999, pour corriger cette lacune. Toutefois, le discours sur la biopiraterie se fit si menaçant que, selon la Chambre de Commerce Internationale, l'industrie devint « très inquiète par la politisation des activités d'harmonisation du droit des brevets. »⁶¹ Le *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America* remit formellement « en cause la valeur actuelle de l'OMC comme véhicule pour améliorer la protection internationale de la propriété intellectuelle. »⁶² À la suite de la Conférence de l'OMC tenue à Seattle en 1999, le gouvernement américain redouta fortement que l'article 27(3)(b) ne soit une boîte de Pandore dont l'ouverture entraînerait l'affaiblissement plutôt que le renforcement de la brevetabilité biotechnologique. Ainsi, les firmes

⁵⁸ GRAIN, "TRIPs versus CBD: Conflicts between the WTO Regime of Intellectual Property Rights and Sustainable Biodiversity Management", *online*: <<http://www.grain.org/briefings/?id=24>> (October 10, 2004).

⁵⁹ *Communication from India*, WTO IP/C/W/195, July 12, 2000; *Communication from Kenya on behalf of the African Group*, WTO Doc. IP/C/W/163, November 8, 1999.

⁶⁰ UNDP, UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 3 March 2005: *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its THIRD meeting*, paragraph 13.

⁶¹ International Chamber of Commerce. *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business: A Roadmap for Business and Policy Makers*. 6th ed. (Paris: International Chamber of Commerce, 2005) 18.

⁶² PhRMA. 2004 *Special 301 Submission*, appendice B, p. B-3, *online*: <<http://www.phrma.org/international/resources/2004-02-12.582.pdf>>

biotechnologique et le gouvernement américain arrêtaient de demander la réouverture des négociations sur l'article 27(3)(b) et, depuis 1999, défendent plutôt le statu quo.

Cette réorientation de la politique américaine pourrait être considérée comme un succès pour ceux qui craignaient que l'Accord sur les ADPIC impose la brevetabilité de « tout ce qui se trouve sur la Terre et qui est fabriqué par l'homme »⁶³. Toutefois, l'approche conflictuelle du discours sur la biopiraterie n'a pas réussi à convaincre les membres de l'OMC du besoin de modifier l'Accord sur les ADPIC afin de tenir compte des principes de la CDB.⁶⁴ À la Conférence de 2001 à Doha, les membres de l'OMC ont convenu *d'examiner* la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB, mais n'envisageaient aucune révision du controversé article 27(3)(b). À cet égard, le discours sur l'équité et la campagne pour l'accès aux médicaments semblent avoir été plus efficaces, du moins au forum de l'OMC.

3. Le succès des discours sur l'équité

Bien que les discours sur la propriété et l'équité soient souvent associés les uns aux autres, ils ne sont pas ancrés aux mêmes fondements normatifs. Alors que le premier fait généralement référence aux droits individuels et préconise la protection de ceux qui sont perçus comme les victimes d'atteinte à ces droits, le second fait référence à des objectifs relationnels et préconise la protection de ceux qui sont perçus comme structurellement défavorisés. Dans les débats internationaux qui entourent le droit des brevets, la notion d'iniquité est généralement comprise comme le résultat d'une injustice. Pour établir des règles de jeu équitables, il serait nécessaire d'offrir des bénéfices additionnels aux parties les plus défavorisées.⁶⁵

Cela dit, les désaccords sur le mode d'application du critère de justice distributive sont considérables, de même que ceux sur la façon d'établir quels acteurs sont structurellement défavorisés. Comme l'observe Nancy Kokaz, « ce qui constitue souvent l'enjeu des différends sur l'équité n'est pas une concurrence entre l'efficacité et l'équité, comme on le suppose souvent, mais plutôt une opposition entre des conceptions rivales de l'équité que les parties en conflit ne savent pas toujours exprimer clairement. »⁶⁶ Certains considèrent que ce sont les inventeurs qui sont défavorisés par la structure du système commercial international parce qu'ils doivent financer l'investissement nécessaire au développement de leur invention. Pour justifier leur position, les sociétés pharmaceutiques insistent souvent sur le fait qu'il faut des centaines de millions de dollars pour commercialiser un nouveau médicament. Dans cette optique, l'objectif

⁶³ *Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 206 USPQ 193 (1980).

⁶⁴ See Laurence R. Helfer, "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking" (2004) 29, *Yale Journal of International Law*.

⁶⁵ Sur d'autres discours referant à l'équité, voir Amrita Narlikar "Fairness in International Trade Negotiations: Developing Countries in the GATT and WTO", (2006) *World Economy*, 2005-1029.

⁶⁶ Nancy Kokaz, "Theorizing International Fairness" (January 2005) 36, *Metaphilosophy*. 73.

de justice distributive est mise en oeuvre par le principe de la proportionnalité, « qui affirme que les ressources devraient être allouées en proportion aux intrants pertinents. »⁶⁷

Le gouvernement américain a longtemps soutenu ce point de vue. Dès 1930, le Congrès adopta des mesures protectionnistes contre les « importations inéquitables », ce qui comprenait l'importation de produits pouvant violer un brevet.⁶⁸ Ces mesures, qui prévoyaient des procédures plus strictes pour les produits importés que pour les produits nationaux, furent plus tard reconnues discriminatoires par un groupe du GATT.⁶⁹ Par conséquent, à cette époque, un régime commercial équitable n'est pas, de toute évidence, considéré comme synonyme d'un régime commercial ouvert au libre-échange.

Dans les années 1970 et 1980, le Congrès adopta, toujours au nom de l'équité, d'autres mesures associées au droit des brevets. Cette fois-ci, l'objectif n'est pas de protéger le marché américain de la concurrence étrangère, mais de protéger les produits américains dans les marchés étrangers. La plus connue de ces mesures est probablement le *Super 301*, selon lequel le Département du Trésor américain doit sanctionner les pays qui nient aux Américains « l'accès équitable à leur marché » en raison de leur faible protection de la propriété intellectuelle.⁷⁰ Le *Super 301* s'appuie sur l'idée que des règles de jeu équitable pour le libre-échange devraient inclure un droit des brevets standardisé. Dans cette nouvelle conception de l'équité, la protection des brevets est présentée comme une mesure libérale plutôt que protectionniste. C'est exactement ce qu'affirmait Harvey Bale, de Hewlett-Packard, en 1988 :

La protection de la propriété intellectuelle est la seule forme de protectionnisme que l'on pousse en ce moment à Washington parce que ce n'est vraiment pas du protectionnisme traditionnel. Elle constitue plutôt le cœur d'un système commercial ouvert, et les entreprises qui sont en faveur du renforcement du système commercial et qui s'opposent aux approches protectionnistes sont les mêmes qui soutiennent une meilleure protection de la propriété intellectuelle et qui en ont besoin.⁷¹

Le président Ronald Reagan alla encore plus loin en associant systématiquement les notions de libre-échange et de commerce équitable. Dans l'un de ses rares discours sur la politique commerciale, il souligne qu'« avant toute chose, le libre-échange est, par définition, un échange commercial équitable. »⁷² Au sujet du droit des brevets, il déclare que « lorsque les gouvernements permettent la contrefaçon ou la copie de produits américains [...] ce n'est plus du

⁶⁷ Cecilia Albin. *Justice and Fairness in International Negotiation*. (Cambridge, Cambridge University Press, 2001). 10.

⁶⁸ 19 USC § 1337

⁶⁹ United States- Section 337 of the Tariff Act of 1930, *Report by the Panel adopted on 7 November 1989*, L/6439 - 36S/345

⁷⁰ 19 U.S.C. § 2411(a)

⁷¹ Harvey Bale, "A computer and electronics industry perspective" in Charles Walker & Mark Bloomfield (eds), *Intellectual Property Rights and Capital Formation in the Next Decade*. (Lanham: University Press of America, 1988). 101.

⁷² Ronald Reagan, "US Trade Policy", in Sloan Irving (ed) *Ronald W. Reagan: Chronology, documents, bibliographical aids*. (Dobbs Ferry: Oceana, 1990) 215.

libre-échange. »⁷³ La protection de la propriété intellectuelle fut ainsi progressivement intégrée dans ce que Stephen Gill nomme le « nouveau constitutionnalisme », définissant ce qui est acceptable et approprié dans un ordre mondial libéral.⁷⁴

L'adoption de l'Accord sur les ADPIC symbolise cette conception libérale de l'équité en matière de droit des brevets. Des règles équitables de jeu sont garanties par des normes identiques que doivent appliquer tout les membres de l'OMC. Les pays en développement peuvent profiter des périodes transitoires, mais ils devront ultimement s'en tenir aux mêmes obligations que les pays développés. Comme l'observe Donald Richard, « l'incorporation de l'Accord sur les ADPIC au système commercial multilatéral et institutionnel de l'OMC lui confère une autorité morale et l'aura de la nécessité historique. »⁷⁵

D'après une seconde conception de l'équité, les relations commerciales impliqueraient qu'un traitement spécial et différencié soit offert aux pays en développement afin de compenser leurs désavantages structurels et leur permettre de faire concurrence aux pays développés. Dans ce cas-ci, la justice distributive ne s'obtient pas par l'application du principe de proportionnalité, mais par le biais du principe des besoins. Un accord équitable sur la propriété intellectuelle devrait présenter des ensembles de règles différents pour les pays qui ont besoin d'un meilleur accès aux produits technologiques et assurerait ainsi un bien-être universel minimal.

C'est sous cette seconde conception de l'équité qu'une coalition d'ONG, dont *Health Global Access Project*, Médecins sans frontières, *Consumer Project on Technology*, Oxfam, *Third World Network* et *Essential Action* menèrent une campagne pour l'accès aux médicaments essentiels.⁷⁶ Contrairement à Ronald Reagan qui supposait que le libre-échange est par définition un échange commercial équitable, cette coalition proposa de « rendre le commerce équitable. »⁷⁷ Selon eux, l'équité consiste de placer « les droits des patients avant les droits des brevets. »⁷⁸ Un échec « saperait la confiance en l'équité du système commercial. »⁷⁹

Leur campagne reposa sur l'idée que les brevets agissent en tant que barrière à l'accès aux médicaments essentiels. Ils reformulèrent ainsi le paradigme antérieur selon lequel « brevets = libre-échange = croissance économique » pour le remplacer par le paradigme

⁷³ Ronald Reagan, "US Trade Policy", in Sloan Irving (ed) *Ronald W. Reagan: Chronology, documents, bibliographical aids*. (Dobbs Ferry: Oceana, 1990) 215.

⁷⁴ Stephen Gill. *Power and Resistance in The New World Order*. (New York : Palgrave Macmillan, 2003) 132.

⁷⁵ Donald G. Richards. *Intellectual Property Rights and Global Capitalism: The Political Economy of the TRIPs Agreement*. (Londres and Armonk: M.E. Sharpe, 2004) 132.

⁷⁶ Meir Perez Pugatch, "Political Economy of Intellectual Property Policy-Making – An Observation from a Realistic (and Slightly Cynical) Perspective", (April 2006) 7 *Journal of World Investment and Trade*, 272.

⁷⁷ Online: <<http://www.maketradefair.com/assets/english/report%20chapter%208%20english.pdf>>

⁷⁸ Oxfam, *Formula for Fairness – Patient Rights before Patent Rights*, 2001, disponible en ligne: http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/health/downloads/cb_pfizer.pdf

⁷⁹ Lettre de Health Global Access Project, Médecins sans frontières, Consumer Project on Technology, Oxfam, Third World Network, et Essential Action au membres du Conseil des ADPIC, 28 janvier 2002, disponible en ligne : disponible en ligne: http://www.wto.org/English/forums_e/ngo_e/joint_trips.doc

« génériques = prix inférieurs = vie. »⁸⁰ Tout comme les firmes transnationales qui avaient profité de la crise du déficit commercial pour transmettre leurs idées dans les années 1980, les ONG transnationales capitalisèrent sur la crise du sida des années 1990. Les brevets pharmaceutiques devinrent dès lors le symbole et le catalyseur de la lutte contre la pandémie du sida.

Un nouveau paradigme est susceptible d'être adopté s'il peut se greffer à des normes déjà acceptées. Ainsi, « les agents essaient délibérément de rattacher les nouvelles idées normatives à des idées établies lorsqu'ils construisent des messages persuasifs. »⁸¹ Alors que le « discours des brevets » utilise l'héritage du GATT et que le discours de « biopiraterie » emploie le fondement normatif de la Convention sur la diversité biologique, le discours articulé pour la Campagne sur l'accès aux médicaments s'appuie sur le droit à la vie et le droit aux soins médicaux reconnus par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international pour les droits économiques, sociaux et culturels*.⁸² Même la Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'Homme soutenue la campagne des ONG en déclarant qu'il « existe des conflits évidents entre le régime des droits de propriété intellectuelle représenté par l'Accord sur les ADPIC d'une part, et les droits de l'Homme d'autre part. »⁸³

Pour se montrer plus convaincantes sur l'iniquité des règles de propriété intellectuelle, les ONG mirent en évidence ce qu'elles considèrent être des procédures inéquitables employées par les tenants d'une forte protection des brevets.⁸⁴ Elles rejetèrent l'idée que l'Accord sur les ADPIC soit le résultat d'une négociation contractuelle selon laquelle les pays en développement ont convenu de la brevetabilité des produits pharmaceutiques en échange d'un meilleur accès aux marchés des pays développés pour leurs produits textiles et agricoles. Elles véhiculent plutôt une seconde narration selon laquelle la brevetabilité des produits pharmaceutiques a été imposée de l'extérieur par la coercition économique. Comme le souligne Peter Gerhart, « l'histoire de la coercition se fonde sur l'idée que les États-Unis ont systématiquement menacé de fermer leurs frontières aux pays qui n'accepteraient pas des normes minimales en matière de propriété intellectuelle. »⁸⁵

Les ONG présentent également les différends au sujet de l'application de l'Accord sur les ADPIC comme des luttes entre David et Goliath. L'un de ces différends est la poursuite que

⁸⁰ Susan K. Sell & Aseem Prakash, "Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights" (2004) 48 *International Studies Quarterly*, 145.

⁸¹ Rodger Payne, "Persuasion, Frames and Norm Construction" (2001)7, *European Journal of International Relations*, 39.

⁸² Patrick Wojahn, "A Conflict of Rights: Intellectual Property Under TRIPS, The Right to Health, and AIDS Drugs" (2001) 6 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*.

⁸³ *Intellectual Property Rights and à Human Rights*, Sub-Commission on Human Rights resolution 2000/7, Doc. Off. NU, 2000, E/CN.4/sub.2/Res/2000/7, Para. 2.

⁸⁴ Thomas M. Franck. *The Power of Legitimacy Among Nations*. (New York and Oxford: Oxford University Press, 1990), 7-8

⁸⁵ Peter M. Gerhart, "Reflections: Beyond Compliance Theory - TRIPS as a Substantive Issue" (2000) 32, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 368. On TRIPS narratives, voir également voir également Peter K. Yu, "TRIPs and Its Discontents"(2006) 10, *Marquette Intellectual Property Law Review*.

trente-neuf firmes pharmaceutiques ont intentée contre le gouvernement sud-africain pour sa loi favorisant les licences obligatoires et les importations parallèles. Le litige fut décrié partout dans le monde comme un affrontement inéquitable entre de puissantes firmes transnationales, défendant des marges bénéficiaires excessives, contre un État faible défendant la vie humaine et personnifié par les deux lauréats du prix Nobel pour la paix que sont Nelson Mandela et Médecins sans Frontières. Les partisans des entreprises pharmaceutiques, dont le candidat à la présidence Al Gore, furent alors accusés de « cupidité brutale. »⁸⁶ Des journaux influents associèrent même la poursuite à l'apartheid, affirmant qu'on laissait mourir les Noirs pour le profit des Blancs.⁸⁷ Dans ce contexte, la poursuite devient un cauchemar de relations publiques pour l'industrie pharmaceutique. Conseillère en politiques pour Oxfam, Ruth Mayne le reconnaît : « l'affaire portée au tribunal contre l'Afrique du Sud [...] a contribué plus que les cas précédents à sensibiliser la population sur la répercussion des règles mondiales sur les brevets. »⁸⁸

Un autre litige largement médiatisé fut la plainte déposée par le gouvernement américain au sujet d'une loi brésilienne qui autorise l'octroi d'une licence obligatoire lorsque l'invention n'est pas fabriquée localement. Selon Médecins sans Frontières, « la plainte des États-Unis est une menace pour la politique brésilienne de lutte contre le sida; politique qui inclut la distribution de médicaments gratuits aux personnes vivant avec le VIH. »⁸⁹ Le gouvernement américain conteste toutefois cette interprétation :

Certains pays essaient de justifier l'emploi de mesures protectionnistes en associant ces mesures avec la crise du sida, alors qu'un tel lien n'existe pas. Ce comportement empêche les pays, et autres parties intéressées, de concentrer leurs efforts sur les domaines qui constituent de réelles préoccupations. En effet, les exigences de production locale peuvent également coûter les emplois des travailleurs américains.⁹⁰

Comme dans le mythe de David contre Goliath, c'est le plus faible mais le plus vertueux des belligérants qui gagna la bataille. En avril 2001, les compagnies pharmaceutiques plièrent sous la pression et abandonnèrent leur poursuite contre le gouvernement sud-africain. Trois mois plus tard, le gouvernement américain annonça le retrait de sa plainte devant l'OMC contre le Brésil. Par ces actions, les tenants d'une forte protection des brevets reconnurent implicitement, d'une part, que la mise en application rigoureuse de l'Accord sur les ADPIC pouvait restreindre

⁸⁶ Mark Weisbrot, "A Prescription for Scandal" (March 21, 2001), *Baltimore Sun*. A17,

⁸⁷ Chris McGreal "Aids: South Africa's new apartheid", (30 November 2000) *The Guardian*; Martine Bulard, "Apartheid of Pharmacology", (January 2000) *Monde diplomatique*; Salih Booker & William Minter, "Global Apartheid", (July 9, 2001) *The Nation*.

⁸⁸ Ruth Mayne. "The Global Campaign on Patents and Access to Medicines: An Oxfam Perspective" In Peter Drahos & Ruth Mayne (eds) *Global Intellectual Property Tights Knowledge, Access and Development* (New York: Palgrave Macmillan., 2002). 249.

⁸⁹ Médecins sans Frontières, "US action at WTO threatens Brazil's successful AIDS program", MSF Press Releases (February 1st, 2001), disponible en ligne: MSF <<http://www.accessmed-msf.org/prod/publications.asp?scntid=2182001228232&contenttype=PARA&>

⁹⁰ USTR, *2001 Special 301 Report*. (Washington: USTR, 2001) 5.

l'accès aux médicaments dans les pays en développement, et d'autre part, qu'ils avaient la responsabilité morale de ne pas restreindre l'accès aux médicaments.

Néanmoins, les firmes pharmaceutiques et le gouvernement américain refusèrent toujours d'admettre qu'ils avaient la responsabilité d'offrir réparation et que l'Accord sur les ADPIC devait être modifié.⁹¹ Les États-Unis affirmèrent que « la protection de la propriété intellectuelle n'est pas la cause de l'insuffisance actuelle de l'accès aux médicaments dans les pays en développement. »⁹² Selon eux, la cause réelle de la crise de santé à laquelle font face les pays en développement tient « d'une infrastructure inadéquate, des barrières culturelles aux soins et de la mauvaise gestion des systèmes de soins. »⁹³ Dans cette optique, une modification de l'Accord sur les ADPIC ne contribuerait pas à améliorer l'accès aux médicaments. Pour David Rosenberg de GlaxoSmithKline, « ce qu'il faut vraiment, sur la question de l'accès, c'est plus de financement parce qu'il s'agit avant tout d'un problème de pauvreté. »⁹⁴ Pour démontrer leur engagement envers un comportement qui soit moralement responsable, et sans doute pour détourner les débats sur la modification de l'Accord sur les ADPIC, les sociétés pharmaceutiques augmentèrent de façon appréciable leurs dons de médicaments aux pays en développement.⁹⁵ Pareillement, le gouvernement américain lança un ambitieux programme d'aide au développement afin d'aider les pays faisant face à la crise du VIH/sida.⁹⁶

Il semble que ces manifestations de responsabilité sociale n'aient pas été suffisantes pour convaincre les pays en développement et les ONG que l'Accord sur les ADPIC n'ait pas besoin d'être modifiée. À la suite d'intenses négociations, les membres de l'OMC en sont venus à une décision, en août 2003, qui autorise l'exportation de médicaments génériques fabriqués sous licence obligatoire vers des pays qui n'ont pas la capacité industrielle pour les fabriquer au niveau national.⁹⁷ En décembre 2005, ils se mirent d'accord sur le libellé spécifique de l'amendement de l'Accord sur les ADPIC, devenant le premier accord de l'OMC à être amendé⁹⁸ Contrairement à la réinterprétation que font les ONG du propriétaireisme traditionnel, qui n'a jamais mené à la proscription de la brevetabilité des formes de vie, le recours des ONG à l'équité a réussi à faire de leurs idées des normes juridiques.

⁹¹ Christian Barry & Kate Raworth, "Access to Medicines and the Rhetoric of Responsibility" (2002) 16(2) *Ethics & International Affairs*. 58-63.

⁹² Cité dans Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights*. (Londres: Commission on Intellectual Property Rights, 2002) 29.

⁹³ PhRMA, *Health Care in the Developing World – Executive Summary* (February 18, 2002) Online: <<http://world.phrma.org/exec.summary.html.html>>.

⁹⁴ David Rosenberg, "Commentary on TRIPs" In Hugh C. Hansen, *International Intellectual Property Law & Policy*. (Yonkers, London: Juris Publishing, Sweet & Maxell, 2002) 83.3.

⁹⁵ PhRMA, *Global Partnerships: Humanitarian Programs of the Pharmaceutical Industry in Developing Nations*, Disponible en ligne: <<http://world.phrma.org/global.partnership.2003.pdf>>.

⁹⁶ James Thuo Gathii, "The Structural Power of Strong Pharmaceutical Patent Protection in US Foreign Policy" (2003) 7 *The Journal of Gender, Race & Justice*, 299.

⁹⁷ WTO, *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and public health*, WT/L/540, August 30, 2003.

⁹⁸ WTO, *Amendment of the TRIPs Agreement*, WT/L/641, December 6, 2005

4. Conclusion

Ce chapitre examina les discours rhétoriques employés dans les débats internationaux sur le droit des brevets; discours dont l'objectif est de circonscrire les débats, de définir de nouvelles normes sociales et d'influencer les décideurs. Bien que faisant l'objet de beaucoup moins d'attention que la distribution de la puissance ou l'asymétrie des intérêts, les discours rhétoriques jouent un rôle fondamental dans l'évolution du régime international des brevets. Le droit est largement déterminé par des normes socialement construite qui doivent se fonder sur des arguments moraux possédant l'apparence de l'universalité.

En fait, les allégations rhétoriques ne sont pas uniquement émises pour justifier des mesures particulières associées au droit des brevets. Elles peuvent aussi servir de fondements normatifs pour lier stratégiquement deux régimes internationaux. La liaison, qui est sans doute l'une des stratégies les plus couramment utilisées en négociations internationales, permet d'introduire de nouveaux acteurs et de transférer la puissance de négociation d'un domaine à un autre⁹⁹ Mais comme le remarque David Leebron, « la liaison stratégique pure, sans aucun argument de fond, n'est généralement pas acceptée dans les contextes multilatéraux. »¹⁰⁰ Les liaisons doivent être ancrées dans une relation normative entre deux domaines, et donc justifiées par un discours cohérent.

La présente étude a relevé deux liaisons stratégiques, chacune soutenue par un discours rhétorique. La première est la liaison établie dans les années 1980 entre le régime des brevets et le régime du libre-échange, qui s'appuyait sur une conception particulière des notions de propriété et de relations commerciales équitables.¹⁰¹ La protection des brevets était présentée comme une mesure libérale plutôt que protectionniste afin de justifier l'établissement de normes internationales minimales au sein de l'OMC. Une fois établie, cette liaison normative permit aux États-Unis d'utiliser leur marché intérieur comme outil de négociation pour convaincre les autres membres de l'OMC d'élever leurs normes sur les brevets.

La seconde liaison, entre le régime des brevets et le régime du développement, s'appuie sur une réinterprétation de la notion de propriété et d'équité.¹⁰² Les brevets sont alors présentés comme des entraves aux droits fondamentaux, tels que les droits de propriété des communautés sur les ressources génétiques et le droit de la personne aux soins. Cette deuxième liaison a renforcé le pouvoir de négociation des pays en développement en introduisant dans les débats un grand nombre d'ONG et d'organisations internationales qui soutiennent leur point de vue.

⁹⁹ Ernst Haas, "Why Collaborate? Issue-Linkage and International Regimes" (1980) 32, *World Politics* 373.

¹⁰⁰ David W. Leebron, "The Boundaries of the WTO: Linkages" (2002) 96, *American Journal of International Law* 14.

¹⁰¹ Susan Sell, "The Origins of a Trade-Based Approach to Intellectual Property Protection" (1995) 17(2), *Science communication*.

¹⁰² Laurence R. Helfer, "Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking" (2004) 29, *Yale Journal of International Law*.

Cela dit, certains discours rhétoriques sont plus efficaces que d'autres pour convaincre les décideurs et contribuer à l'établissement de nouvelles normes sociales. Alors que le discours propriétaire sur la diversité biologique n'a pas réussi à modifier fondamentalement le régime des brevets, le discours sur l'équité de l'accès aux médicaments a conduit à l'amendement de l'Accord sur les ADPIC. Bien sûr, d'autres facteurs ont contribué, pour diverses raisons, à produire ces différents résultats. Mais les caractéristiques intrinsèques de chacun des discours constituent l'un de ces facteurs.

Le succès des discours sur l'équité est probablement lié à leur nature nuancée. La propriété est souvent perçue comme indivisible et non négociable, alors que l'équité doit, par définition, prendre en compte les intérêts des deux partis. Alors que le discours propriétaire sur la diversité biologique proposait des changements radicaux au régime, telle l'exclusion obligatoire des organismes vivants de la brevetabilité, la campagne pour l'accès aux médicaments a reconnu à plusieurs reprises que les brevets font partie de la solution à la crise du sida. Ce deuxième discours était plus nuancé et pragmatique que radical et doctrinal. Cette approche réduit la perception de menace et favorisa une réponse positive. Cette conclusion corrobore les observations de Morten Boas et Desmond McNeil :

Pour qu'une idée produise un effet au sein d'une institution multilatérale, il doit être possible d'adapter cette idée ou de la déformer en fonction du système de connaissances dominant, de l'identité institutionnelle collective formée autour de ce système de connaissances, et des relations de pouvoir dans l'économie politique mondiale qui les maintiennent.¹⁰³

Il est intéressant de constater que le débat autour de la relation entre la *Convention sur la diversité biologique* et l'Accord sur les ADPIC laisse progressivement de côté les arguments propriétaires pour se pencher plus attentivement sur l'équité.¹⁰⁴ Aujourd'hui, moins d'ONG et de pays en développement soutiennent qu'il existe un conflit fondamental entre les deux traités. Ils considèrent de plus en plus qu'il est plutôt nécessaire de favoriser une relation synergique entre les deux régimes.¹⁰⁵ Par exemple, en exigeant la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet, le système des brevets pourrait servir de point de contrôle pour veiller au respect des principes de la Convention sur la diversité biologique, et plus

¹⁰³ Morten Boas & Desmond McNeil, "Power and Ideas in Multilateral Institutions: Towards an Interpretative Framework" in Mortehn Boas (ed), *Global Institutions and Development* (London and New-York: Routledge, 2004) p. 217. Voir également Voir aussi, Doug McAdam "The Framing Function of Movement Tactics: Strategic Dramaturgy in the American Civil Rights Movement" in Doug McAdam, John McCarthy and Mayer Zald (eds) *Comparative Perspective on Social Movements* (Cambridge : Cambridge University Press, 1996) 340.

¹⁰⁴ Michael Gollin, "Intellectual Property and Biodiversity: The Good, the Bad, and the Ugly", paper presented at the *Roundtable on Compliance of ABS Mechanism*, (Paris: IDDRI, 3 November 2005) <http://www.venable.com/docs/event/420.pdf>

¹⁰⁵ David Vivas-Engui "Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the Current Debate and Possible Legal Alternatives" in Christophe Bellman, Graham Dutfield and Ricardo Meléndez-Ortiz (eds) *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability* (London: Earthscan, 2003) 201-202.

particulièrement à celui du partage juste et équitable des bénéfices qui découlent des ressources génétiques.

Cette nouvelle approche, qui reconnaît la légitimité de la propriété intellectuelle sur les formes de vie, a été assez bien accueillie par les décideurs publics. Un nombre de plus en plus important de pays européens ont modifié leur droit des brevets pour exiger la divulgation de l'origine des ressources génétiques.¹⁰⁶ La Suisse a même suggéré de modifier la réglementation du Traité de coopération en matière de brevets afin de prendre en considération les objectifs de la Convention sur la diversité biologique.¹⁰⁷ Cette réaction positive indique que, du point de vue de ceux qui critiquent le régime établi, un discours rhétorique basé sur l'équité, lequel par définition prétend être équilibré, plutôt qu'un discours basé sur les droits de propriété, lequel emploie un langage d'exclusion, pourrait être plus convaincant. Bien qu'un discours rhétorique basé sur l'équité puisse être incapable à lui seul d'entraîner une révolution de régime, il peut certainement mener à une évolution de régime.

¹⁰⁶ Jean-Frédéric Morin, "La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable" (2004) 17, *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*.

¹⁰⁷ *Communication from Switzerland: Article 27.3(b), the Relationship between the TRIPS Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge*, WTO doc IP/C/W/400/Rev1, 18 June 2003.