

Vol. 18, n° 3

L'application des théories philosophiques justifiant la propriété intellectuelle dans les situations d'urgence

Karina Correa Pereira*

INTRODUCTION	457
1. Les différentes théories philosophiques	458
1.1 La théorie utilitariste	458
1.2 La théorie du travail	465
1.3 La théorie de la personnalité	467
1.4 La théorie de la planification sociale	470
2. La relation entre propriété intellectuelle et droits humains	471
3. Étude de cas : le Brésil	476
4. Conclusion	478

© Karina Correa Pereira, 2006.

* Doctorante, Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Dans une première partie, cet article analyse les différentes théories philosophiques sur lesquelles la propriété intellectuelle peut être basée. Nous appliquerons d'abord ces théories aux situations d'urgence pour ensuite démontrer celle qui nous semble la plus pertinente : la théorie de la planification sociale défendue par William Fisher¹.

La deuxième partie de cet article présente brièvement l'évolution de la relation des droits de propriété intellectuelle par rapport aux droits humains. Le thème est beaucoup trop large pour pouvoir être traité dans le cadre de cet article mais il a été inclus ici puisque l'évolution récente des lois dans le domaine des droits humains confirme notre hypothèse que la théorie de la planification sociale est la plus souhaitable dans un monde où les peuples auraient leurs droits fondamentaux garantis.

La troisième partie fait une étude de cas du Brésil. Ce pays a utilisé les instruments fournis par la propriété intellectuelle internationale de façon à protéger les intérêts de ses citoyens malades du SIDA. Le problème du coût élevé des médicaments pour traiter le SIDA et l'augmentation du nombre de malades qui en sont atteints – surtout dans les pays en développement – créent la situation d'urgence la plus médiatisée en ce moment.

Nous concluons en affirmant que la théorie de la planification sociale justifie la propriété intellectuelle dans les situations d'urgence. On peut se réjouir que des pays comme le Brésil et l'Afrique du Sud peuvent faire la différence dans le monde actuel et donner l'exemple d'une application de la propriété intellectuelle qui reconnaît la valeur des inventeurs mais n'oublie pas le caractère humain des relations que cette même propriété intellectuelle régule.

1. La division et la dénomination des différentes théories sont basées sur le travail de William Fisher.

1. Les différentes théories philosophiques

Parmi les différentes théories philosophiques qui ont abordé la question de la propriété intellectuelle, quatre apparaissent particulièrement intéressantes : i) la théorie utilitariste défendue par Jeremy Bentham, John Stuart Mill et, récemment, par William Landes et Richard Posner ; ii) la théorie du travail telle qu'énoncée par John Locke et Robert Nozick ; iii) la théorie de la personnalité de G.F. Hegel et Emmanuel Kant ; et, enfin, iv) la théorie de la planification sociale, plus moderne, défendue par William Fisher.

1.1 La théorie utilitariste

The right and proper end of government in every political community is the greatest happiness of the greatest number

(Jeremy Bentham)

Selon les utilitaristes, le but principal des droits de propriété est la maximisation du bien-être commun². Les utilitaristes cherchent le bonheur et le plaisir. Le bien-être commun ici mentionné est le bien pour le plus grand nombre de personnes dans une population :

According to the principle of utility in every branch of the art of legislation, the object or end in view should be the production of the maximum of happiness in a given time in the community in question. In the instance of this branch of the art, the object or end in view should be the production of that maximum of happiness, in so far as this more general end is promoted by the production of the maximum of wealth and the maximum of population.³

La richesse d'une société se compose de l'addition des richesses individuelles de chacun de ses membres. Le moyen le plus efficace d'augmenter la richesse individuelle est d'en laisser la gestion à l'individu lui-même puisque – entre l'individu et le gouvernement – c'est l'individu qui peut le mieux gérer sa propre richesse. La société

2. William W. FISHER III, « Theories of Intellectual Property », dans Stephen Munzer, éd., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge, University Press, 2001) [Fisher].

3. Jeremy BENTHAM, « Manual of Political Economy » dans John Bowring, éd., *The Works of Jeremy Bentham* (New York, Russel and Russel Inc., 1962) p. 33 [Bentham].

en bénéficie puisque l'augmentation de la richesse individuelle est aussi l'augmentation de la richesse collective. Le partage de cette richesse est géré par le gouvernement, par l'entremise des impôts :

The principle of utility is simply this. Let us say that the value of an action is positive if the total quantity of pleasure that it causes to all the persons in any way affected by it is greater than the total quantity of pain ; and let us say that its value is negative if the total quantity of pain that it causes is greater than the total quantity of pleasure. If it causes an equal amount of pleasure and pain it may be said to have neutral value.⁴

Puisque l'utilitarisme de Jeremy Bentham préconise la maximisation du bien-être commun et la bonne utilisation des ressources disponibles, son application au commerce international critique les situations où un pays empêche l'achat des produits moins chers d'un autre pays uniquement pour protéger son marché. À son avis, payer plus pour un produit qui peut être manufacturé ailleurs avec les mêmes standards de qualité seulement pour privilégier l'industrie nationale est un gaspillage de ressources⁵. Bentham ne croit pas que les barrières commerciales puissent augmenter les échanges entre les pays.

Transposant cette théorie aux droits de propriété intellectuelle, pour que la maximisation du bien-être commun puisse être faite, le législateur devrait atteindre un équilibre entre, d'une part, le monopole des droits pour stimuler la création, et, d'autre part, l'accès de la population à l'invention ou à l'œuvre. Bentham défendait l'idée d'une période limitée de protection pour les brevets d'invention et il croyait aussi au privilège absolu de l'inventeur, pour que ce dernier puisse récupérer les montants investis pendant le processus inventif, aussi bien qu'être rémunéré pour son activité créative⁶. Le droit doit aussi aider l'inventeur puisque sans loi pour le protéger, quelque tiers pourrait copier son invention et profiter ainsi de son travail sans qu'aucune compensation ne lui soit accordée⁷. La logique pour défen-

4. George KEETON, and Georg SCHWARZENBERGER, « Jeremy Bentham and the Law », (Westport, Greenwood Press Publishers, 1948) p. 249 [Keeton].

5. Jeremy BENTHAM, « Manual of Political Economy » dans John Bowring, éd., *The Works of Jeremy Bentham* (New York, Russel and Russel Inc., 1962) p. 64 [Bentham].

6. Jeremy BENTHAM, « Manual of Political Economy » dans John Bowring, éd., *The Works of Jeremy Bentham* (New York, Russel and Russel Inc., 1962) p. 71 [Bentham].

7. Ajoutons ici que pour bien protéger les inventeurs – et conséquemment pour augmenter le bien-être commun – il ne faut pas compter uniquement sur des lois

dre le monopole découle du fait que, sans ce dernier, l'inventeur ne serait pas incité à mettre son produit ou son invention sur le marché. Dans ce cas, ce serait la société qui aurait perdu de la richesse qui aurait pu s'ajouter au bien-être commun. Au nom de l'enrichissement du bien-être commun, Bentham souligne l'importance des brevets d'invention dans une société et défend même que leur concession devrait être un service gratuitement offert aux inventeurs⁸.

Nous ramenant plus près du thème de cet article – les situations d'urgence – John Stuart Mill a spécifiquement mentionné le cas des maladies. Il considère la maladie comme étant la pire chose qui puisse exister. Selon lui, elle :

[...] pourrait être réduite en étendue jusqu'à l'infini par une bonne éducation physique et morale et par un contrôle approprié des influences pernicieuses ; et le progrès de la science nous permet pour l'avenir des victoires encore plus directes sur ce détestable adversaire. Toute avance réalisée dans cette direction écarte de nous quelques-uns des accidents qui abrègent brusquement notre propre existence, ou, ce qui nous importe encore davantage, nous enlèvent les êtres sur lesquels nous avons fondé notre bonheur. [...] Bref, toutes les grandes causes de souffrance humaine pourraient être dans une large mesure et, pour beaucoup d'entre elles, presque entièrement, maîtrisées par les soins et l'effort humain.⁹

Dans cet extrait, Mill reconnaît la gravité des problèmes de santé publique, aussi bien que leurs effets sur le bien-être commun. Il reconnaît aussi que le progrès des sciences serait capable d'éliminer ce mal de la société de l'époque.

Les utilitaristes visent le plaisir de la société et, pour John Mill :

[...] dans l'état imparfait de nos arrangements sociaux, la disposition à se sacrifier aux autres est la plus haute vertu. Sans

mais aussi sur un système juridique capable de les appliquer, voire de les imposer.

8. Jeremy BENTHAM, « Manual of Political Economy » dans John Bowring, éd., *The Works of Jeremy Bentham* (New York, Russel and Russel Inc., 1962) p. 72 [Bentham].

9. John Stuart MILL, « L'Utilitarisme », (Paris, Garnier-Flammarion, 1968) p. 63 [Mill].

doute, c'est seulement l'état très imparfait des arrangements sociaux qui fait que le meilleur moyen de contribuer au bonheur des autres peut être le sacrifice absolu du bonheur personnel ; cependant, tant que le monde se trouve dans cet état imparfait, la disposition à accomplir un tel sacrifice – j'en suis tout à fait d'accord – est la plus haute vertu que l'on puisse trouver chez un homme. J'ajouterai même si paradoxale que l'assertion puisse paraître – que, dans la condition actuelle du monde, c'est la conscience de pouvoir vivre sans bonheur qui nous donne l'espoir le plus assuré de réaliser le bonheur qu'il est possible d'atteindre.¹⁰

Ce passage de Mill surprend ceux qui croient que les utilitaristes ne se préoccupent pas de la souffrance si la plus grande partie de la population est heureuse et a du plaisir. Mill est peut-être l'utilitariste le plus lié à la théorie de la planification sociale qui sera présentée plus loin.

Il continue en disant que :

[...] être vertueux, selon la morale utilitariste, c'est de proposer d'accroître le nombre des heureux ; mais, réserve faite pour une personne sur mille, les occasions dans lesquelles on a le pouvoir de le faire sur une grande échelle, en d'autres termes, d'être un bienfaiteur public, sont exceptionnelles ; et c'est dans ces occasions seulement qu'on est appelé à envisager l'utilité publique ; dans tous les autres cas, l'utilité privée, l'intérêt ou le bonheur d'un petit nombre de personnes sont tout ce qui doit retenir l'attention. Seuls, les hommes dont les actes exercent une influence sur la société dans son ensemble ont besoin de se préoccuper habituellement d'un objet si vaste.¹¹

La version contemporaine de cette théorie nous est présentée par William Landes et Richard Posner dans deux travaux distincts, un sur le droit d'auteur et l'autre sur le droit des marques de commerce¹². L'analyse économique des droits de propriété intellectuelle présentée par ces deux auteurs démontre que la protection de la propriété intellectuelle peut être trop onéreuse pour la société puis-

10. *Ibid.*, p. 65.

11. *Ibid.*, p. 70.

12. W. LANDES et R. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, 18 (1989, The University of Chicago Press) [Landes] ; et W. LANDES et R. POSNER, « Trademark Law : An Economic Perspective », *The Journal of Law and Economics*, 2 (Chicago, University of Chicago Press, 1987) [Posner].

qu'elle limite l'utilisation des produits. Si l'on extrapole un peu, cette vision utilitariste contemporaine peut affirmer que les produits intellectuels doivent être facilement copiés puisque les copies d'un produit original n'empêchent pas l'usage de ce même produit par plusieurs personnes.

Le risque d'un tel scénario est de paralyser le potentiel créatif d'une société. Puisque le coût d'une copie est beaucoup moins cher que celui d'un travail original, l'activité de copier tendra généralement à prévaloir sur celle de créer. La rémunération des droits de propriété intellectuelle étant normalement liée au nombre de produits vendus qui incorporent ces droits, ses titulaires (l'auteur, l'inventeur et le titulaire de marque ou de secret de commerce) n'auraient donc pas la même incitation à créer de nouveaux produits.

William Landes et Richard Posner considèrent le processus créatif comme étant divisé en deux parties¹³. Si on utilise un livre comme exemple, sa production est partagée entre la partie comprenant le temps et les efforts de l'auteur plus les coûts d'édition, et la deuxième partie englobe les coûts de publication et de distribution du livre. De façon générale, c'est le premier de ces deux éléments qui demande le plus d'investissement. Le second sera plus ou moins cher, dépendant de la quantité des copies qui seront produites. Lorsque le travail est complet, sa reproduction ne demande aucun investissement au niveau créatif :

A distinguishing characteristic of intellectual property is its 'public good' aspect. While the cost of creating a work subject to copyright protection – for example, a book, movie, song, ballet, lithograph, map, business directory or computer software program – is often high, the cost of reproducing the work, whether by the creator or by those to whom he has made it available, is often low. [...] Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law.¹⁴

De cette manière, tel que déjà mentionné, le manque de rémunération des créateurs pour l'exploitation de leurs œuvres peut avoir comme conséquence la diminution de la richesse culturelle d'une société, puisque les créateurs n'auront pas le désir de continuer à créer à moins d'être rémunérés.

13. W. LANDES et R. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, 18 (Chicago, University of Chicago Press, 1989) ; [Landes].

14. W. LANDES et R. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, 18 (Chicago, University of Chicago Press, 1989), p. 326 [Landes].

Il est important de remarquer que l'absence de la protection conférée par le droit d'auteur ne changerait pas ce problème. Dans une société où la protection du droit d'auteur n'existerait pas, un livre pourrait être facilement copié sans que l'acte de copier soit considéré comme une infraction.

La vision utilitariste contemporaine appliquée aux marques de commerce indique que les bénéfices que ces dernières apportent à une société sont :

- 1) de rendre plus facile pour les consommateurs de choisir le produit qui ait les qualités correspondant le plus à ses besoins. Puisque les consommateurs connaissent déjà la marque, ils ne doivent pas chercher parmi toute une gamme de produits disponibles sur le marché ;
- 2) d'encourager les producteurs à maintenir la bonne qualité de leurs produits, parce que les consommateurs associent la qualité du produit à la marque qui y est accrochée ;
- 3) d'améliorer la langue. Landes et Posner croient que les marques créent des nouveaux mots qui finissent par être incorporés dans le lexique de la langue.¹⁵

Supposons que la théorie utilitariste – soit celle de Bentham, soit celle de Mill ou même celle de Posner et Landes – serait appliquée à la propriété intellectuelle telle qu'elle est énoncée aujourd'hui. Les bénéfices qui seraient apportés à la société par cette analyse seraient l'incitation de la créativité, l'optimisation de la production et la disparition ou la diminution des inventions similaires faites par des individus différents.

Parmi ces trois éléments, on peut considérer l'incitation à la création comme un des facteurs les plus importants. Dans ce cas, le monopole garanti par la propriété intellectuelle stimule la création dans une société et, surtout en ce qui a trait aux brevets, les inventions pourront apporter plus de bonheur et de plaisir à la société en général. Cet argument justificatif est en harmonie avec l'utilitarisme de Bentham. Le problème ici est que personne ne sait vraiment quel type d'invention apporterait plus ou moins de bonheur ou

15. W. LANDES et R. POSNER, « Trademark Law : An Economic Perspective », *The Journal of Law and Economics*, 2 (Chicago, University of Chicago Press, 1987) [Posner].

de plaisir à la société. D'ailleurs, le terme de « concession de monopole » pour les brevets, les marques et le droit d'auteur n'est basé sur aucune étude et est plutôt aléatoire.

L'optimisation de la production voit les monopoles de propriété intellectuelle comme un « service » à la société puisque les données de vente indiquent quels sont les produits dont la société a le plus besoin. Cette approche pourrait même justifier l'augmentation de la période de protection des produits de propriété intellectuelle. La logique ici est que la diminution de la période de protection ou encore le retrait de la protection enlèverait aux producteurs les informations qui leur permettent d'optimiser leur production. Dans cette logique, le retrait ou la diminution de la protection pourrait même être considérée nuisible à la société. Cependant, si on n'impose pas de limites à cette théorie, le résultat pourrait être une disparité des investissements en propriété intellectuelle par rapport aux investissements dans d'autres domaines, comme l'éducation et la santé, aussi bien que dans la recherche en général.

La troisième façon d'appliquer l'utilitarisme à nos jours est intimement liée à la deuxième. Elle affirme que les informations obtenues de l'utilisation des monopoles de propriété intellectuelle a comme but d'éviter la duplication de la production. Le problème qui se pose dans ce cas-là est que dans une société qui valorise et encourage la production de nouveaux brevets et de nouvelles technologies, le grand nombre de brevets d'invention complique le processus industriel. Ce constat se base sur le fait que les nouvelles inventions s'appuient normalement sur des brevets existants et la production d'un nouveau produit breveté demandera un grand nombre de licences avant de pouvoir débiter. Comme Richard Posner l'a dit dans son blogue :

Patents are a source of great social costs, and only occasionally of commensurate benefits [...] Most firms don't actually want patents ; for those firms, the costs involved in obtaining licenses from patentees are not offset by the prospect of obtaining license fees on their own patents.¹⁶

Des quatre théories décrites dans cet article, la théorie utilitariste véhicule donc les idées qui sont le plus étroitement liées à la culture nord-américaine. La théorie utilitariste – surtout telle

16. R.A. POSNER, at <http://www.becker-posner-blog.com/archives/2004/12/pharmaceutical_1.html>.

qu'énoncée par Landes et Posner – est bien comprise et bien encadrée dans la société américaine puisque les lois de cette société ne reconnaissent pas le droit moral du droit d'auteur, contrairement à la tradition de l'Europe continentale.

1.2 La théorie du travail

La deuxième théorie qui sera présentée dans cet article est la théorie du travail. Selon cette théorie, une personne qui travaille à partir de biens communs qui sont disponibles dans la nature (ou dans le domaine public) a un droit naturel aux fruits de son travail. En conséquence, l'État a l'obligation de faire respecter ce droit naturel. Cette théorie dérive des écrits de John Locke et est spécialement importante dans les domaines où les matériaux nécessaires à la création se trouvent vraiment dans le domaine public – tels que les faits ou les concepts – et le travail employé sur ces faits et concepts est une contribution essentielle à la valeur des produits finaux. Dans cette ligne de pensée, la propriété privée combine les biens communs dans la nature au travail effectué par quelqu'un sur lesdits biens :

Dieu a donné aux hommes la terre et la raison, pour qu'ils se servent au mieux des intérêts de leur vie et de leur commodité. La terre et tout ce qu'elle contient sont un don fait aux hommes pour l'entretien et le réconfort de leur être. Chacun garde propriété de sa propre personne. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains sont vraiment à lui. Toutes les fois qu'il fait sortir un objet de l'état où la nature l'a mis et l'a laissé, il y mêle son travail, il y joint quelque chose qui lui appartient et, par là, il fait de lui sa propriété. Le travail exclut le droit commun des autres hommes.¹⁷

L'acquisition de la propriété est permise tant et aussi longtemps qu'il reste dans la nature des biens communs de qualité et en quantité suffisantes pour la société¹⁸. En d'autres mots, le fait que quelqu'un acquiert une propriété ne doit pas faire souffrir les autres :

Tout ce qu'un homme peut utiliser de manière à en retirer un avantage quelconque pour son existence sans gaspiller, voilà ce

17. John LOCKE, « Deux Traités du Gouvernement » (Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1997) p. 152 [Locke].

18. « The enough and as good condition is an equal opportunity provision » : Justin HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property » *77 Georgia Law Journal* (1988) p. 297 [Hughes].

que son travail peut marquer du sceau de la propriété. Tout ce qui va au-delà excède sa part et appartient à d'autres. Dieu n'a rien créé pour que l'homme le gaspille ou le détruise.¹⁹

Le philosophe contemporain qui a adopté cette théorie est Robert Nozick. Il préconise l'État minimal²⁰. L'État aux pouvoirs plus étendus viole le droit des gens mais ce viol peut être justifié pour faire la justice distributive²¹. Nozick analyse la théorie de Locke et se demande pourquoi l'ajout du travail à quelque chose en rend le travailleur propriétaire au lieu de lui enlever la propriété de son travail :

Peut-être parce que quelqu'un possède son propre travail, et qu'ainsi quelqu'un en vient à posséder une chose auparavant non possédée, chose qui s'imprègne de ce que quelqu'un possède. [...] Peut-être l'idée est-elle, de façon différente, que le fait de travailler sur une chose l'améliore et la rend plus valable ; et que quelqu'un est habilité à posséder une chose dont il a créé la valeur. Le fait de mettre en application ceci, peut-être, représente la notion selon laquelle le travail est déplaisant.²²

Par rapport au droit des brevets, prolongeant la pensée de Locke, Nozick est d'avis que même si le brevet confère un monopole, il serait impossible de penser à un brevet sans l'investissement nécessaire à l'invention. En d'autres mots, la perspective d'une rémunération future n'est pas capable à elle seule de rendre possible la propriété intellectuelle puisque les inventeurs ont besoin d'investissements en recherche avant que le monopole ne leur soit concédé.

Nozick remarque que deux limitations seraient nécessaires au droit des brevets pour qu'il adhère à la théorie de Locke, à savoir : 1) une personne qui invente de manière indépendante une chose qui a déjà été inventée par une autre personne doit avoir les mêmes droits que le premier inventeur²³ ; 2) la durée des droits des brevets

19. John LOCKE, « Deux Traités du Gouvernement » (Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1997) p. 154 [Locke].

20. L'État minimal, selon Nozick, est celui où les pouvoirs les plus étendus peuvent être justifiés.

21. Robert NOZICK, « Anarchie, État et Utopie », (Paris, Presses Universitaires de France, 1988) p. 187. [Nozick].

22. Robert NOZICK, « Anarchie, État et Utopie », (Paris, Presses Universitaires de France, 1988) p. 218 [Nozick].

23. Selon les traités internationaux en vigueur, aujourd'hui la protection des brevets d'inventions n'est concédée que pour le premier inventeur.

ne devrait pas être plus longue que le temps nécessaire à une personne pour inventer la même chose indépendamment²⁴.

Il est d'accord avec Locke que, pour que la propriété soit accordée, le reste de la population qui est exclue des droits de propriété d'un tel bien ne peut pas être pénalisée. À son avis, les deux mauvaises conséquences les plus graves sont : 1) devenir plus pauvre après que quelqu'un ait acquis de la propriété ; 2) avoir une diminution de biens disponibles en nature pour l'utilisation de la population. Dans ce sens-là, la concession d'un brevet d'invention ne viole pas la théorie du travail puisque, même si l'accès à l'invention est limité par le monopole du brevet, l'invention n'aurait jamais existé sans le travail de l'inventeur. Vue de cette manière, la théorie du travail bénéficie à la population au lieu de lui faire du tort.

Justin Hughes questionne ce qu'est le travail intellectuel, la production des idées. Est-ce que la production des idées est un travail²⁵ ? Il est de l'opinion que les gens préféreraient le travail intellectuel au travail manuel et la récréation au travail intellectuel. Lorsque le travail, selon lui, est généralement considéré comme une activité qui ne donne pas de plaisir, il devrait être récompensé par le droit de propriété.

Nous sommes d'avis qu'une interprétation juste de la théorie de Locke ne se ramène pas à savoir si la production des idées est du travail ou non. Puisque la propriété n'est jamais accordée aux idées *per se* mais à la fixation de ces idées, au produit généré par l'idée qui sera travaillée, la discussion à propos de la relation entre travail et idée est non nécessaire, surtout si l'on considère que la fixation des idées est toujours considérée comme du travail.

1.3 La théorie de la personnalité

Cette troisième théorie a comme élément le plus important la personnalité de l'auteur, du créateur, de l'inventeur. Pour Hegel, la propriété est liée à la personnalité et aussi à la volonté de posséder :

24. La période de protection des brevets d'invention est actuellement standardisée, peu importe le domaine.

25. « The enough and as good condition is an equal opportunity provision » : Justin HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property » *77 Georgia Law Journal* (1988) p. 300 [Hughes].

La propriété a ses déterminations prochaines dans les rapports de la volonté à la chose : ce rapport est : a) prise de possession immédiate en tant que la volonté a son existence dans la chose comme quelque chose de positif ; b) en tant que cette chose est une négation à son égard, la volonté a son existence en elle comme en quelque chose à nier, c'est l'usage ; c) la réflexion de la volonté en soi hors de la chose, c'est l'aliénation ; ce qui donne le jugement positif, négatif et indéfini de la volonté sur la chose.²⁶

La propriété privée est indispensable à la satisfaction de nécessités fondamentales chez l'homme. La propriété intellectuelle est justifiée par le fait qu'elle interdit l'appropriation ou la modification des objets dans lesquels les artistes/inventeurs ont manifesté leurs volontés et exprimé leurs personnalités. Ces manifestations de volonté et ces expressions de personnalités conduisent à la création intellectuelle, ce qui est important pour la prospérité de l'humanité.

Les principes de cette théorie pensée par Hegel sont énoncés par Justin Hugues : 1) nous devons accorder davantage de protection aux activités qui demandent beaucoup de créativité qu'à celles qui sont moins expressives (par exemple un roman – très créatif – par rapport à une découverte génétique) ; 2) puisque le travail intellectuel est le produit de la personnalité de quelqu'un, il mérite une généreuse protection légale²⁷ ; 3) les auteurs et les inventeurs doivent avoir la possibilité de transmettre leurs travaux au public mais ils doivent garder aussi leur droit d'interdire que l'on modifie ces mêmes travaux²⁸. Le fondement pour le troisième principe est que les droits de propriété privée sont essentiels à la satisfaction des besoins humains. Pour assurer la satisfaction desdits besoins, les législateurs doivent donc créer des règlements qui permettent que l'on ait un titre sur des ressources.

Par conséquent, la logique derrière les droits de propriété intellectuelle s'impose d'elle-même lorsqu'on enlève la possibilité d'appropriation ou de modification des biens sur lesquels les auteurs ou

26. G.W. HEGEL, « Principes de la philosophie du droit » (Paris, Gallimard, 1975) p. 98 [Hegel].

27. Cet argument peut expliquer les droits des célébrités sur leur image. Le droit d'image n'est pas un droit de propriété intellectuelle mais cette explication peut être utilisée tant pour le droit d'image que pour le droit de propriété intellectuelle.

28. « The enough and as good condition is an equal opportunity provision » : Justin HUGHES, « The Philosophy of Intellectual Property » 77 *Georgia Law Journal* (1988) [Hughes].

les inventeurs ont mis un peu de leur personnalité par l'intermédiaire de leur travail. La propriété intellectuelle est donc un moyen de protéger la personnalité des auteurs et des inventeurs.

Cette ligne de pensée est facile à comprendre quand on imagine l'objet de protection du droit d'auteur ou des brevets d'invention. Par contre, si l'on pense aux marques de commerce et de service, qui ont un caractère tout à fait commercial, il est difficile de penser que le but de protection soit la personnalité de ceux qui ont créé la marque.

Cette théorie est plus forte dans les pays de l'Europe continentale ainsi que dans les pays de tradition civiliste de l'Amérique, colonisés par des pays de l'Europe continentale. C'est à partir de cette théorie que le droit d'auteur est considéré comme formé par deux parties distinctes et de même importance : le droit patrimonial et le droit moral. Le droit moral de l'auteur lui conserve cette partie de sa personnalité qui reste dans chacune de ses œuvres et qui permet à l'auteur d'empêcher pour l'éternité que soit apportée quelque modification à son œuvre. C'est aussi cette théorie qui ne permet pas, dans certains pays, que le titulaire du droit d'auteur ou d'un brevet d'invention soit une personne juridique. Ces titulaires seront toujours des personnes physiques et – dans le cas de droits d'auteur – ne peuvent jamais renoncer au droit moral qu'ils ont sur leurs œuvres.

Hegel considère que la volonté de posséder est encore plus importante que l'utilisation de la chose possédée :

Mais la volonté du propriétaire qu'une chose soit sienne est la première base substantielle, dont le développement ultérieur, l'usage n'est que le phénomène et la modalité particulière et ne doit venir qu'après ce fondement universel.²⁹

Allant plus loin dans sa pensée, le fait que l'utilisation soit secondaire à la volonté de posséder nous démontre que les droits de propriété intellectuelle n'auraient aucun lien social, quoi qu'il soit. Dans une situation d'urgence, la volonté du titulaire des droits serait toujours le fait le plus important à considérer.

29. G.W. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (Paris, Gallimard, 1975) p. 103 [Hegel].

1.4 La théorie de la planification sociale

La dernière théorie qui sera étudiée dans cet article est la théorie de la planification sociale. Selon elle, les droits de propriété en général – la propriété intellectuelle spécifiquement – doivent être légiférés de manière à contribuer à atteindre la perfection d'une culture juste et attrayante. La propriété intellectuelle a une fonction envers la société et non seulement envers son titulaire. Le but de la théorie de la planification sociale est d'atteindre une culture – une société – plus juste en utilisant les droits de propriété.

Cette théorie se rapproche de la théorie utilitariste mais elle en diffère puisque le bien-être commun défendu par les utilitaristes est moins étendu que la société culturellement riche véhiculée par les théoriciens de la planification sociale. L'utilitarisme ne s'occupe que du plaisir et du bonheur pour le plus grand nombre alors que la planification sociale vise l'échange culturel et le partage des ressources de manière plus équitable et égalitaire :

In this world, all persons would enjoy both some degree of financial independence and considerable responsibility in shaping their local social and economic environments. A civil society of this sort is vital, Netanel claims, to the perpetuation of democratic institutions. It will not, however, emerge spontaneously ; it must be nourished by government.³⁰

Selon Netanel, la période de protection du droit d'auteur devrait être réduite pour que l'on puisse augmenter le nombre d'œuvres disponibles dans le domaine public et, ainsi, les rendre susceptibles d'utilisation par tout le monde. Dans la même ligne de pensée, les titulaires du droit d'auteur ne devraient pas avoir autant de contrôle sur les œuvres dérivées de leur œuvre originale. Cela permettrait à la société d'avoir beaucoup plus de liberté pour créer à partir des œuvres déjà existantes. Un exemple pratique de l'application de cette théorie est le travail de « Creative Commons »³¹.

30. William W. FISHER III, « Theories of Intellectual Property », dans Stephen Munzer, éd., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge, University Press, 2001), quand il parle du travail de Neil Netanel, « Copyright and a Civil Democratic Society », *Yale Law Journal*, 106 (1996).

31. Pour plus d'information, voir www.creativecommons.ca (25 avril 2006). Cette organisation défend la flexibilité de la propriété intellectuelle en ce qu'elle permet la libre circulation des idées sans que les droits de propriété intellectuelle ne soient violés.

Lorsque la théorie de la planification sociale s'intéresse aux « consommateurs » des produits intellectuels, elle prend en considération les deux parties d'une entente et non seulement le titulaire des droits. De cette manière, la licence obligatoire est vue comme une façon d'équilibrer les intérêts des créateurs et ceux des consommateurs des produits créés. Cet équilibre nous conduirait vers une société plus juste et plus attrayante. C'est la seule théorie qui s'est préoccupée des relations avec les consommateurs des produits intellectuels. Toutes les autres théories ne se référaient qu'aux titulaires du droit de propriété, sans se soucier de son impact dans la société et de sa répercussion chez les usagers de ces produits.

Le problème qui se pose ici est de définir ce qu'est une société culturellement juste et attrayante. William Fisher a établi quelques éléments qui définiraient ce concept³² : 1) le bien-être des consommateurs : cet élément détermine l'équilibre entre l'incitation à la création et l'incitation à la distribution et à l'utilisation des œuvres intellectuelles ; 2) l'abondance d'information et des idées : une société culturellement riche permet à ses citoyens d'accéder à l'information, aux idées et aux moyens de divertissement ; 3) une riche tradition artistique : la richesse culturelle peut être favorisée par des politiques gouvernementales ; 4) la justice distributive : l'accès à la culture et à l'information doit être étendu ; et 5) la démocratie : toute la population devrait être capable de participer au processus créatif, devenant ainsi productrice de culture et non seulement consommatrice.

Tous ces éléments réunis favorisent une société plus juste et plus riche culturellement. Le concept de base de cette théorie permet l'application de la licence obligatoire.

2. La relation entre propriété intellectuelle et droits humains

De nos jours, il est impossible d'aborder le sujet des licences obligatoires sans faire référence aux droits humains. Les licences obligatoires sont le mécanisme que le législateur a trouvé pour que la protection de la propriété intellectuelle n'empêche pas l'utilisation de produits protégés par la propriété intellectuelle en situations d'urgence nationale. Ces situations sont normalement des pandémies. Lorsque les licences obligatoires sont strictement liées à deux des droits fondamentaux de l'homme – le droit à la vie et le droit à

32. Seuls les éléments pertinents au présent article ont été reproduits ici.

la santé – il est évident que la propriété intellectuelle touche sensiblement aux droits humains.

Cependant, historiquement, les droits de propriété intellectuelle et les droits humains ont été deux champs totalement distincts du droit, parce que l'étroite liaison entre ces deux droits n'a pas toujours été claire pour les législateurs et les philosophes. Ce n'est que récemment que les experts dans ces deux domaines ont remarqué ce lien. La raison de cet oubli historique s'explique peut-être ainsi :

In part, the answer is that both bodies of law were preoccupied with more important issues, and neither saw the other as either aiding or threatening its sphere of influence or opportunities for expansion.³³

Cette situation a commencé à changer dès les années 1990, quand le sujet des populations autochtones a attiré l'attention mondiale, surtout à cause du savoir traditionnel, mais aussi en raison de la fusion entre « propriété intellectuelle » et « commerce international » qui est devenue claire avec les *Accords Internationaux sur la Protection des Droits de Propriété Intellectuelle* (ADPIC)³⁴ conclus dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

Au début des années 1990, les peuples amérindiens ont commencé à revendiquer des droits d'autodétermination et de reconnaissance de leur culture auprès des Nations Unies. Ces droits incluaient, entre autres choses, le savoir traditionnel que ces peuples maintenaient depuis le début de leur existence. La protection du savoir traditionnel par voie de propriété intellectuelle ne s'avérait pas efficace puisque, selon ce droit, la majorité du savoir traditionnel des Amérindiens était déjà dans le domaine public et, de cette façon, ne pouvait plus être protégé :

But by treating traditional knowledge as effectively un-owned, intellectual property law made that knowledge available for unrestricted exploitation by outsiders. Many of these outsiders used this knowledge as an upstream input for later downstream innovations that were themselves privatized through patents, copyrights and plant breeders' rights. And adding

33. Laurence H. HELFER, « Human Rights and Intellectual Property : Conflict or Coexistence ? », 5 *Minnesota Intellectual Property Review* 2003, p. 3 [Helfer].

34. Disponible à <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_f.htm> (26 avril 2006).

insult to injury, the financial and technological benefits of those innovations were rarely shared with the indigenous communities.³⁵

La situation est encore plus grave quand on pense au savoir traditionnel qui contient des éléments sacrés. Comme la culture amérindienne et la civilisation occidentale ne partagent pas toujours les mêmes valeurs, et surtout pas les mêmes traditions, il peut arriver qu'une tierce partie utilise des éléments sacrés d'une communauté sans le savoir – puisque habituellement ces utilisations sont faites sans autorisation.

Pour essayer de résoudre ce problème, les Nations Unies ont préparé un document intitulé « Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Populations Autochtones »³⁶. Quoique les auteurs du document soient sceptiques à propos de l'application des lois de propriété intellectuelle au savoir traditionnel, ils déterminent que la protection du savoir traditionnel doit être conforme à la propriété intellectuelle et demandent aux pays signataires de ne pas concéder de monopoles d'exploitation à des produits qui intègrent du savoir traditionnel sans partager les bénéfices dudit monopole avec les Amérindiens.

Les *Accords Internationaux sur la Protection des Droits de Propriété Intellectuelle* (ADPIC) représentent la seconde grande intersection entre propriété intellectuelle et droits humains. Malgré le fait que leur négociation ait été faite dans les années 1990, ce n'est qu'en 2000 que les ADPIC ont attiré l'attention des défenseurs des droits humains. L'an 2000 était la date limite pour que les pays en développement mettent en place les dispositions des ADPIC³⁷, certaines de ces dispositions n'étant pas d'application vraiment facile pour des pays qui n'avaient pas, par exemple, d'infrastructure pour un système de brevets, ou encore, comme l'Inde et le Brésil, qui n'accordaient pas de protection aux brevets d'invention.

Les ADPIC ont généré des conflits dans le domaine du transfert des technologies, des aliments génétiquement modifiés, de la « biopiraterie », du savoir traditionnel et de l'accès aux médicaments. Ces conflits découlent du fait que les ADPIC ont été négociés en favorisant nettement les pays développés. Les ADPIC donnaient beaucoup

35. Laurence H. HELFER, « Human Rights and Intellectual Property : Conflict or Coexistence ? », p. 5.

36. Disponible à <<http://www.ohchr.org/french/law/>> (26 avril 2006).

37. Certains pays avaient jusqu'à 2006 pour le faire.

plus d'importance aux aspects économiques et au commerce de la propriété intellectuelle qu'aux effets de la propriété intellectuelle sur les droits humains. On peut même dire que les ADPIC ont presque complètement ignoré les droits humains.

La seule victoire des pays en développement a peut-être été l'inclusion d'une disposition qui permet la concession d'une licence obligatoire dans les situations d'urgence³⁸ :

Il y a délivrance de licence obligatoire lorsque les pouvoirs publics autorisent un tiers à fabriquer le produit breveté ou à utiliser le procédé breveté sans le consentement du titulaire du brevet. Dans le débat public actuel, ce sont habituellement les produits pharmaceutiques qui sont visés, mais la formule peut s'appliquer aussi aux brevets dans n'importe quel autre domaine. Cette autorisation des licences obligatoires s'inscrit dans le cadre de la tentative globale de l'Accord de trouver un équilibre entre le souci de promouvoir l'accès aux médicaments existants et la promotion de la recherche et du développement de nouveaux médicaments.³⁹

Il faut remarquer que l'application de la licence obligatoire se fait toujours dans un climat de conflit. On a l'impression que les pays développés ont accepté de l'inclure dans les ADPIC avec l'espoir toutefois de ne jamais la mettre en pratique.

En 2000, quand les pays en développement durent harmoniser leurs législations avec les obligations internationales des ADPIC, la Sous-Commission des Droits Humains des Nations Unies a adopté la résolution 2000/7 sur les « Droits de Propriété Intellectuelle et les Droits Humains »⁴⁰. Ensuite, les Nations Unies ont établi un agenda stipulant la primauté des droits humains par rapport aux politiques économiques.

Par la suite, d'autres documents sont venus démontrer que le lien entre ces deux branches du droit avait finalement été fait : i) trois résolutions de la Commission des Droits Humains sur

38. Article 31 des ADPIC, voir <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm02_f.htm> (26 avril 2006) pour plus d'information.

39. Article 31 des ADPIC, voir <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm02_f.htm> (26 avril 2006) pour plus d'information.

40. Disponible sur <

l'« Accès aux médicaments dans le contexte de pandémies telles que le SIDA » ; ii) une analyse des ADPIC et de la Santé Humaine par le Haut Commissariat des Droits Humains ; iii) un rapport du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels qui détermine que les droits de propriété intellectuelle doivent être compatibles avec les droits humains ; et iv) un rapport rédigé par les rapporteurs spéciaux en globalisation qui conclut que la protection de la propriété intellectuelle a miné les droits humains⁴¹.

En 2001, l'Organisation Mondiale du Commerce a renforcé le lien entre la propriété intellectuelle et les droits humains par la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la Santé Publique de la Conférence Ministérielle de Doha⁴². Le texte de la Déclaration confirme que chaque pays membre a :

le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées⁴³

et que :

chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence.⁴⁴

Cette série de documents issus des Nations Unies et la Déclaration de Doha constituent deux grands pas dans la reconnaissance du fait qu'il y a plus important que la rémunération pour l'exploitation d'un brevet : il y a d'abord et avant tout les vies elles-mêmes qui peuvent être sauvées par ce même brevet.

41. Ces documents sont disponibles sur <<http://www.ohchr.org/french/issues/hiv/documents.htm> ou sur <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2004/39&Lang=F>>.

42. Disponible sur <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm>.

43. Voir sur <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm>, article 5b.

44. Voir sur <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm>, article 5c.

3. Étude de cas : le Brésil

Comme pays fondateur de l'OMC et signataire des ADPIC, le Brésil a des responsabilités qu'il a prises par les traités internationaux qu'il a signés. Le Brésil a aussi des obligations envers ses citoyens. La Constitution Fédérale garantit les droits sociaux de ses citoyens, et le droit à la santé est l'un de ces droits sociaux⁴⁵.

Avant la signature des ADPIC, la législation brésilienne sur la propriété intellectuelle ne protégeait pas les brevets d'invention pour des produits pharmaceutiques. La raison sous-jacente à cette décision était la tentative de développer une industrie nationale de produits pharmaceutiques⁴⁶. La protection du marché était associée à une autre mesure : la non-prohibition de l'ingénierie inverse des produits vendus dans le pays. On peut se demander ce que l'industrie pharmaceutique faisait au Brésil puisque le pays ne protégeait pas les brevets et permettait l'ingénierie inverse. Ce qui maintenait toujours l'intérêt de l'industrie pharmaceutique au Brésil est le fait que le pays est le dixième plus grand marché au monde pour ces produits. C'est cela aussi qui a permis au Brésil d'adopter une stratégie si agressive.

Le résultat de cette politique a été positif – même si le Brésil est apparu assez souvent sur la « watch list »⁴⁷ du gouvernement américain. Aujourd'hui, plusieurs compagnies brésiennes sont capables de manufacturer des médicaments et protègent les droits des brevets pharmaceutiques, respectant ses obligations internationales sous les ADPIC.

Cependant, la position brésilienne de produire et de fournir des médicaments à sa population est toujours controversée. Le premier

45. Article 6 de la Constitution Fédérale de 1988, voir l'original en portugais sur <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> ou <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>> en anglais.

46. Le Brésil a toujours été très critiqué pour cette position mais plusieurs pays ont fait usage de ce mécanisme pour essayer de développer leur propre industrie indépendante dans plusieurs domaines. Il faut remarquer que les brevets existaient pour d'autres industries mais non pour l'industrie pharmaceutique.

47. Disponible à <http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2005/2005_Special_301/Section_Index.html> (26 avril 2006). Cette liste indique les pays que les États-Unis considèrent comme infracteurs des droits de propriété intellectuelle. Le Brésil y figure toujours comme un pays qui préoccupe les États-Unis. Le rapport de 2005 est disponible à <http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2005/2005_Special_301/asset_upload_file195_7636.pdf> (26 avril 2006).

cas où ce pays a obtempéré après les ADPIC a trait aux médicaments génériques. Vers la fin des années 1990, le Brésil a promulgué une loi qui permettait aux laboratoires pharmaceutiques installés dans le pays de produire des médicaments dont les brevets étaient déjà expirés et de les commercialiser avec le nom générique du produit⁴⁸. Cette mesure était tout à fait en accord avec les obligations internationales du Brésil de même qu'avec la législation sur la propriété intellectuelle, mais la position brésilienne n'a pas plu au marché pharmaceutique international.

Même si les brevets des médicaments inclus dans la loi des génériques étaient déjà expirés, les industries étrangères continuaient à les vendre au même prix sur le marché brésilien, en utilisant des marques de commerce associées à de tels produits. L'industrie des génériques a enlevé aux compagnies étrangères une fraction de leur participation dans le marché national.

Mais la situation qui a attiré l'attention de la communauté internationale a été le cas des médicaments pour traiter le SIDA. Prétextant qu'il faille récupérer les investissements liés au développement d'un médicament, les compagnies pharmaceutiques imposent de très hauts prix pour les médicaments destinés à soigner ou à améliorer la vie des malades :

A UN study reports, for example, that 150mg of the HIV drug fluconazole costs \$ 55 in India, where the drug does not enjoy patent protection, as compared to \$ 697 in Malaysia, \$ 703 in Indonesia, and \$ 817 in the Philippines, where the drug is patented. Similarly, the HIV treatment known as AZT costs \$ 48 per month in India, as compared to \$ 239 in the United States, where patent protection exists.⁴⁹

Le coût de la thérapie antirétrovirale au Brésil augmentait de plus en plus, comme le démontre le tableau ci-dessous⁵⁰ :

48. Loi n° 9787/99, disponible à <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm>.

49. Alan O. SYKES, « TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries and the Doha Solution », (2002) 3 *Chicago Journal of Intellectual Law* 47 [Sykes].

50. Jillian Clare COHEN et Kristina M. LYBECKER, « AIDS Policy and Pharmaceutical Patents : Brazil's Strategy to Safeguard Public Health », (Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2005) p. 217 [Cohen].

Année	Coût total (en millions de US \$)
1997	174
1998	241
1999	281
2000	258

C'est pour cela que le pays a décidé d'utiliser la disposition de l'article 31 des ADPIC pour produire ces médicaments localement, à partir des industries pharmaceutiques nationales. Pour qu'une licence obligatoire puisse être concédée, il faut que le pays ait déjà essayé d'arriver à un accord avec l'industrie. Le Brésil a tenté d'en arriver à un tel accord mais sans trop de succès et quand l'industrie pharmaceutique s'est aperçue que la menace du gouvernement était réelle, le gouvernement brésilien a réussi à avoir des rabais de 65 % et 59 % du prix total des médicaments.

Cette application de la propriété intellectuelle fait état de préoccupations qui ne touchent pas seulement les titulaires du droit mais rejoignent aussi les consommateurs de produits intellectuels et tous ceux sensibles aux questions de santé. Le cas du Brésil est un bon exemple à suivre par les pays en développement.

4. Conclusion

Les droits de propriété intellectuelle ont historiquement toujours eu la belle mission de stimuler la création et d'apporter des nouveautés dans une société. Cependant, le monde moderne nous a déjà prouvé que les objets protégés par la propriété intellectuelle ont beaucoup plus que de l'influence culturelle dans une société. Récemment, la propriété intellectuelle et le droit à la santé et à la vie ont été de plus en plus liés.

Cette transformation dans la nature des droits de propriété intellectuelle a été suivie de progrès dans le champ de la philosophie du droit. Les trois premières théories philosophiques décrites dans cet article n'accompagnent pas ce progrès. L'utilitarisme s'occupe du bien-être du plus grand nombre mais ne s'occupe pas de ceux qui en sont exclus. La théorie du travail échoue puisqu'elle ignore le besoin

de la nouveauté et de l'application industrielle dans le cas de brevets. La théorie de la personnalité lie la propriété intellectuelle à un seul individu et ne s'occupe pas de la société en général. La théorie de la planification sociale est la seule qui se dirige dans la même direction que la propriété intellectuelle actuelle et qui s'occupe de l'effet que la propriété intellectuelle a dans la vie des populations, visant toujours une amélioration de la qualité de vie.

Cette évolution juridique a déjà été mise en pratique par le Brésil, au prix toutefois de fortes controverses et critiques. Nous croyons que le rôle des grands pays en développement est justement de s'assurer que les besoins de tous soient comblés. Le cas du Brésil est un bon exemple d'une juste application des droits de propriété intellectuelle, conformément aux dispositions des traités internationaux et en harmonie avec les droits humains.