

FACULTE DE DROIT
UNITE DE FORMATION ET DE RECHERCHE



MEMOIRE DE MAITRISE

**LE DROIT D'ACCES AUX MEDICAMENTS DANS LES PAYS
D'AFRIQUE SUBSAHARIENNE A L'ÉPREUVE DE L'ACCORD
SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE LIÉS AU COMMERCE (ADPIC)**

Soutenu par :

Monsieur KAMONYO SIBOMANA Emmanuel

Sous la direction du Prof. OLIVIER DE FROUVILLE

Professeur de Droit Public

Année universitaire 2006-2007

Table des matières

Declaration against plagiarism.....	3
DEDICACES	4
Remerciements.....	5
Introduction générale	11
1.1. L'obligation de respecter	20
1.2. L'obligation de protéger	24
1.3. L'obligation de donner effet	27
2.3. La santé comme droit de l'homme.....	40
Section 3. Le statut juridique du droit à la santé	52
3.1. L'indivisibilité et l'interdépendance du droit à la santé avec d'autres droits.....	52
3.2. La <i>justiciabilité</i> du droit à la santé	56
CHAPITRE II : DES CONSEQUENCES DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR LE DROIT D'ACCES AUX MEDICAMENTS A UN PRIX ABORDABLE.....	60
Section 1 : L'introduction à l'accord sur les ADPIC.....	61
1.1. Avant l'accord sur les ADPIC	61
1.2. L'accord ADPIC (TRIPS en anglais) en date -1994-	61
1.3. La déclaration de Doha.....	62
1.4. La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments pour les PMA	64
Section 2. L'accord sur les ADPIC et l'accès aux médicaments	66
2.1. Calendrier de mise en œuvre de l'accord au niveau national	66
2.2. L'impact des brevets sur l'accès aux médicaments.....	67
2.3. Le cadre juridique des flexibilités favorisant l'accès aux médicaments.....	69
Section 3. Entre les ADPIC et les Droits de l'homme, quels droits ?	73
3.1. Rapport entre les droits de l'homme et les droits de propriété intellectuelle	74
3.2. La présence des droits de l'homme en droit international.....	78
Conclusion générale.....	85
BIBLIOGRAPHIE.....	88

Declaration against plagiarism¹



Name of the student: KAMONYO SIBOMANA Emmanuel

**Second semester Host University:
UNIVERSITE DE MONTPELLIER I**

Name of the supervisor: Prof. OLIVIER DE FROUVILLE

Title of the E.MA thesis:

**« LE DROIT D'ACCES AUX MEDICAMENTS DANS LES PAYS
D'AFRIQUE SUBSAHARIENNE À L'ÉPREUVE DES ACCORDS SUR LES
ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ LIÉS AU COMMERCE »**

I certify that the attached is all my own work. I understand that I may be penalised if

I use the words of others without acknowledgement.

(Signature)

¹ As indicated in the Rules of Assessment distributed to the E.MA Students in September 2005 and available at the following address

http://www.emahumanrights.org/images/stories/pdf/rules_of_assessment_2005_2006.pdf

Art. 5) THESIS<<i. The thesis shall consist of an academic piece of work, written individually and independently by the student. It shall be different from work previously undertaken by the student outside the framework of the E.MA Programme, e.g. in another Master's programme. It may be written in English or French.>>

DEDICACES

A Elle,
A mon Pays,
A ma Famille,
A mes AmiEs.

Remerciements

C'est une habitude saine que de remercier au début d'un tel travail tous ceux qui, plus ou moins directement, ont contribué à le rendre possible. Même si dans mon cas, cette liste peut sembler plus longue que de coutume, c'est avec mon enthousiasme le plus vif et le plus sincère que je voudrais rendre mérite à tous ceux qui à leur manière m'ont aidé à mener à bien cette recherche.

En effet, le *Master Thesis* est un véritable défi qui demande énormément d'investissements, tant physique, moral que financier. Tout seul, je n'aurais pas pu la mener à terme. Ainsi, je tiens à remercier tout particulièrement Mon Directeur de recherche, Professeur Olivier de FROUVILLE, pour sa gentillesse, son attention et sa disponibilité. Ce travail fut d'autant plus agréable grâce à ses conseils, encouragements et son soutien tout au long de mes recherches.

Suite à ce travail, je me sens entièrement préparé à poursuivre mes études au niveau du doctorat.

J'aimerais également remercier Mademoiselle Davina OVETT, Juriste consultante à la Commission Internationale des Juristes et ancienne conseillère juridique de l'ONG suisse 3D qui m'a donné des indications précieuses grâce auxquelles, j'ai pu mener mes recherches dans une bonne voie.

Je suis reconnaissant envers les Professeurs Frédéric SUDRE et Etienne DOUAT, qui ont bien voulu faciliter mon arrivée à l'Université de Montpellier, cette belle et accueillante ville de France. Plus particulièrement, je remercie la famille entière du Professeur Etienne DOUAT pour l'encadrement familial qu'il nous a montré pendant notre séjour à Montpellier.

Ce travail n'aurait pas été possible non plus, sans le soutien financier de plusieurs institutions. Je tiens à remercier l'Etat Rwandais et l'*European Inter University Centre* (EIUC) de m'avoir soutenu financièrement, chacun en ce qui lui concerne, et de me permettre à poursuivre les études post universitaires en Europe.

Un « *Grazie infinito* » à tous mes amiEs du Rwanda, pour leurs soutiens, encouragements et conseils, via internet, téléphone pendant mon absence au Pays des nos ancêtres. Je vous serai toujours un « *vir bonus, dicendi peritus.* »²

Je dois un grand merci à tous les amiEs que j'ai fait à Montpellier, dans cette ville à mille et une vue, où le soleil ne se couche jamais, qui m'ont encadré et ont facilité mon intégration comme un poisson dans l'eau. Au fond du cœur, merci !

Enfin, profonds remerciements à ma Mère Colette MUKAMALALA et mon Père Benoit RUHIGIRA car sans eux et sans leur grand amour, je n'aurai jamais pu faire ce travail. Je ne pourrais jamais oublier le soutien et l'aide des personnes chères de ma nombreuse et merveilleuse famille. Qu'ils trouvent ici l'expression de mes sentiments distingués.

² Un homme de bien qui sait parler. CICERON

Sigles et Abréviations

3TC	: Lamivudine
ADPIC	: Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
ALE	: Accord de Libre Echange
Art.	: Article
ARV	: Anti retroviral
AZT	: Retrovir
BBC	: British Broadcasting Cooperation
CADH	: Cour Américaine des Droits de l'Homme
CDE	: Convention sur les Droits de l'enfant
CEDAW	: Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women
CEDH	: Convention Européenne des Droits de l'Homme
CourADHP	: Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
DESC	: Droits Economiques, Sociaux et Culturels
DESC	: Droits Economiques, Sociaux et Culturels
DFID	: Department for International Development
DUDH	: Déclaration Universelle des Droits de l'homme
Ed.	: Edition
FMI	: Fond Monétaire International
GATT	: Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
HAART	: Highly Active Antiretroviral Therapy
IVSS	: Instituto Venezolano de los Seguros Sociales
NPF	: Nation la Plus Favorisée
OMC	: Organisation Mondiale du Commerce
OMS	: Organisation Mondiale de la Santé
ONG	: Organisation Non Gouvernementale
ONU	: Organisation des Nations Unies
ONUSIDA	: Programme des Nations unies destiné à coordonner l'action des différentes agences spécialisées des Nations unies pour lutter contre la pandémie de VIH/SIDA
PIDCP	: Pacte International des Droits Civils et Politiques

PIDESC	: Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels
PMA	: Pays les Moins Avancés
PUF	: Presse Universitaire de France
PVD	: Pays en Voie de Développement
SIDA	: Syndrome d'Immuno-Déficience Acquise
TAC	: Treatment Action Campaign
TRIPS	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UE	: Union Européenne
UNITAID	: Facilité internationale d'achat de médicaments
USD	: United States Dollar
VIH	: Virus d'Immunodéficience Humaine
WHO	: World Health Organisation.

Résumé du travail

Le droit à la santé est un droit reconnu par la plupart des instruments internationaux et régionaux sur les droits de l'homme ainsi que par plus d'une constitution des Etats au Monde.

Aujourd'hui, le monde fait face à une pandémie du VIH/sida qui ne cesse de décimer de milliers de personnes dans les Pays les Moins Avancés et surtout en Afrique Subsaharienne où est concentrée plus de 70% de personnes vivant avec le VIH/sida. Paradoxalement, cette partie de la planète abrite seulement 10% de la population mondiale.

En 1995 sont signés les accords internationaux sur les «Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », mieux connus sous leur abréviation anglaise TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) constituant un traité clé de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Puisque les médicaments sont considérés comme des produits commerciaux normaux et que la découverte de nouveaux médicaments est considérée comme un droit intellectuel, les brevets relatifs aux médicaments sont régis par l'accord de l'OMC sur les aspects de la Propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

En 2001, fut signé la déclaration de Doha qui, selon l'OMC, interprète l'Accord sur les ADPIC de façon favorable à la santé publique, en facilitant à la fois l'accès aux médicaments existants et la recherche-développement concernant de nouveaux médicaments.

Malgré ces flexibilités juridiques posées par la Déclaration de Doha, l'OMS affirme dans son rapport qu'en 2007, 74% des médicaments anti-VIH sont toujours sous monopole dans les PVD. 77% des Africains gravement malades du sida n'ont

toujours pas accès au traitement³ à cause de procédures rigoureuses et longues contenues dans la Déclaration de Doha. Le sida a encore fait 3 millions de victimes en 2006, amenant le total depuis le début de l'épidémie à près de 30 millions⁴.

Le présent travail traitera le droit d'accès aux médicaments dans les Pays d'Afrique Subsaharienne à l'épreuve de l'accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle liés au commerce. Le droit de la propriété intellectuelle doit-il primer sur le droit à la santé ? Le droit à la santé n'est pas un prolongement du droit à la vie ? C'est à ces questions que nous essayerons de répondre tout au long de ce travail.

Nous arriverons à la conclusion que le droit à la santé comme prolongement du droit à la vie, doit primer sur le droit des brevets. Donc, le droit d'accès aux médicaments comme droit à la santé, doit prévaloir sur les brevets pharmaceutiques.

³ ACT UP Paris, 2007, p.1, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/Note_AUP_patent_pool.doc.pdf (visité le 18 Mai 2007).

⁴ Idem

Introduction générale

La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa considération économique ou sociale⁵.

La santé semble de nos jours être inhérente à l'homme et plus précisément à sa vie. La santé c'est la vie. Faute d'une bonne santé, la vie sera désagréable, le plus souvent douloureuse et assez fréquemment écourtée. Se soucier de sa santé est donc une condition sine qua non d'une vie longue et heureuse.⁶

L'Afrique fait face à de sérieux problèmes concernant la santé de sa population, parmi lesquels les menaces engendrées par les maladies infectieuses comme le VIH SIDA, la malaria et la tuberculose.

Au cours de l'année 2005, près de 5 millions de personnes ont été contaminées par le VIH dont 3,2 en Afrique subsaharienne et 990 000 en Asie du Sud et du Sud-Est. Les transmissions se font principalement par voie hétérosexuelle. Les femmes sont plus touchées que les hommes et représentent 57% des adultes infectés. En l'absence de traitements, elles contaminent leurs enfants dans environ un tiers des grossesses. L'Afrique subsaharienne reste de loin la région la plus touchée, avec près de 25 millions de personnes vivant avec le VIH fin 2005. Cette région abrite 10% de la population mondiale mais plus des trois quarts des femmes et près des deux tiers de l'ensemble des personnes vivant avec le VIH dans le monde.⁷

Dans certains pays d'Afrique noire, le SIDA est en train de détruire la société et d'emporter tout espoir de développement : en Côte d'Ivoire, 5% de la population est séropositive, 10% en République Sud-africaine et 12,5% au Zimbabwe...⁸. A ce sujet,

⁵ Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) du 07 avril 1974, paragraphe3.

⁶ Sauvat, 2004, p.16.

⁷ Centre Régional d'Informations et de Prévention du SIDA (CRIPS), 2006, disponible sur <http://www.lecrips.net/webpaca/Publications/progres/progres.htm> (visité le 26 Mars 2006).

⁸ André & collectif Copy=Right, 2004, http://ecorev.org/article.php3?id_article=306 (visité le 12 Février 2007).

l'ONUSIDA rajoute « *Le sida constitue dans cette partie du continent africain une menace vitale pour certains pays d'ordre social et économique. L'épidémie compromet l'équilibre social, disloque les familles, décime les tranches d'âges les plus actives de la population et entraîne la perte de personnels qualifiés.*»⁹

ONUSIDA rapporte cependant que certains pays comme l'Ouganda ou le Sénégal ont mis en place précocement des campagnes de prévention en collaboration avec les groupes sociaux et religieux qui ont permis de diminuer considérablement le nombre de contaminations. A l'inverse, un pays comme l'Afrique du Sud, aux ressources plus importantes, a pendant longtemps sous-estimé l'épidémie qui après une forte croissance ne montre malheureusement aucun signe de fléchissement.¹⁰

En 1995 sont signés les accords internationaux sur les «Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce», mieux connus sous leur abréviation anglaise TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) constituant un traité clé de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Ces accords établissent une norme minimale pour la protection juridique de la propriété intellectuelle. Puisque les médicaments sont considérés comme des produits commerciaux normaux et que la découverte de nouveaux médicaments est considérée comme un droit intellectuel, les brevets relatifs aux médicaments sont régis par l'accord de l'OMC sur les aspects de la Propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

L'Accord sur les ADPIC, par exemple, a des répercussions sur l'accès aux médicaments essentiels, ainsi que sur la coopération internationale. Comme la Commission des droits de l'homme l'a fait observer, «*l'accès aux médicaments, dans le contexte de pandémies telles que celle du VIH/sida, est un des éléments*

⁹ CRIPS, 2006, disponible sur <http://www.lecrips.net/webpaca/Publications/progres/progres.htm> (visité le 26 Mars 2006).

¹⁰ CRIPS, 2006, disponible sur <http://www.lecrips.net/webpaca/Publications/progres/progres.htm> (visité le 26 Mars 2006).

essentiels pour la réalisation progressive du droit de chacun de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'il est capable d'atteindre.»¹¹

Suivant toujours les mêmes accords, les Pays les Moins Avancés ont jusqu'au 1^{er} janvier 2006 pour se conformer à l'accord, avec possibilité de prorogation (article 66, 1). Le 30 novembre 2005, les membres ont accepté de reporter la date limite au 1^{er} juillet 2013, ou à la date un pays n'est plus « un pays en développement » si c'est plus tôt.¹²

Tous les États membres se sont engagés à mettre leurs législations en accord avec ces règles internationales au plus tard en 2006 sous peine de sanctions économiques. Ces accords obligent les États à accorder des brevets protégeant les médicaments pour une durée de 20 ans.

Comme corollaires, la possibilité d'élargir le programme d'accès aux médicaments est gravement mise en cause, car il y a du coup la hausse du prix des molécules sur les marchés.

Nul n'ignore l'impact des médicaments sur la santé de la population. En effet, il a été révélé que suite à l'emploi des médicaments Anti Rétroviraux (ARV) en Europe par des personnes atteintes du VIH/sida, il a eu une baisse spectaculaire de la mortalité.

L'OMS dans son rapport *HIV/AIDS in Europe Moving from death sentence to chronic disease management* rapporte que : « *The development of highly active antiretroviral therapy (HAART) and its wide deployment in western Europe after 1995 was a turning point in the epidemic. Over 342 000 people were receiving HAART in 48 Member States of the WHO European Region in June 2005 – 100 000 more than two years earlier. It radically changed the public face of the HIV epidemic in this part of the world, extending thousands of lives and greatly improving their*

¹¹ Nations Unies, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Résolution de la Commission des droits de l'homme 2001/33, UN Doc E/CN.4/2003/58, 2003, p.23.

¹² OMC, 2006, p.9, disponible sur http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/tripsfactsheet_pharma_2006_f.pdf, (visité le 23 février 2007).

quality. In 2003, the number of new AIDS cases reported in Europe was just one third of what it was in 1995, and the number of AIDS deaths one sixth. »¹³

Dans le même ordre d'idées, le Secrétaire général des Nations Unies a déclaré: «Nous devons faire en sorte que les soins et les traitements soient disponibles pour tous. Il y a seulement un an, peu de personnes pensaient qu'un traitement efficace pouvait être mis à la portée des populations pauvres des pays en développement... Il n'est plus acceptable que les malades et les mourants, uniquement parce qu'ils sont pauvres, n'aient pas accès aux médicaments qui ont transformé les vies d'autres malades plus aisés.»¹⁴

Pour preuve, le docteur J. Orbinski, Ancien Président de Médecins Sans Frontières, écrit «*Au Kenya, le traitement contre la méningite opportuniste du Sida avec le fluconazole coûte 120 francs par jour, mais seulement 4 francs par jour en Thaïlande. Au Kenya, le fluconazole est breveté, il ne l'est pas en Thaïlande. Au Kenya, les malades meurent.*»¹⁵

Du coup, le simple fait de breveter les médicaments rend la vie difficile aux personnes vivant avec le VIH SIDA dans les pays pauvres. En outre et au delà des ADPIC qui font obstruction à eux seuls au droit d'accès aux médicaments, un composant fondamental du droit à la santé, l'OMC et les pays puissants mettent la pression sur les pays les moins avancés et signent avec ceux-ci des accords bilatéraux, régionaux de libre échange qui sont plus rigoureuses que l'accord sur les ADPIC en soi et connus à ce jour comme les « ADPIC plus.»

Cependant, la question principale est celle-ci : même si les PMA ont une échéance différente que les autres membres de l'OMC pour l'application des règles de l'ADPIC, en particulier pour leur permettre l'accès aux médicaments à un prix abordable pour faire face à leurs problèmes de santé, la plupart des PMA ont déjà

¹³ Sr Matic, V. Lazarus & Donoghoe, 2006, pp. 8-9.

¹⁴ Cité dans Nations Unies, Conseil Économique et Social, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, p.20.

¹⁵ André & collectif Copy=right, 2004, disponible sur http://ecorev.org/article.php?id_article=298 (visité le 12 février 2007).

amendé leurs lois pour être en ligne avec l'accord sur les ADPIC ou les projets des lois sont déjà à la porte du parlement pour être votés.

Autre point très important, jusqu'au début de l'année 2005, beaucoup de Pays en voie de Développement ont continué d'importer d'Inde des médicaments génériques à des prix abordables. Dorénavant ce n'est plus possible, étant donné que l'Inde a rejoint le système des ADPIC.¹⁶

Pourtant, lors de la Conférence mondiale de l'Organisation des Nations Unies sur les Droits de l'Homme à Vienne en 1993, il a été clairement énoncé qu'aucun argument, pas même le développement, ne pouvait justifier une restriction des droits et libertés.¹⁷

Il sera question tout au long de ce travail de discuter sur la présence du droit international des droits de l'homme sur d'autres traités. Le droit à la santé et en l'occurrence le droit d'accès aux médicaments essentiels à un prix abordable est un droit fondamental de tout être humain et qui doit par conséquent être respecté car constituant un noyau intangible ou encore un *jus cogens*. Il doit passer devant le brevetage des produits pharmaceutiques.

En outre, le droit à la santé, un des droits économiques sociaux culturels est le corollaire du droit à la vie. Le respect du droit à la vie ce n'est pas seulement s'abstenir d'infliger la mort arbitrairement à une personne, c'est aussi le bien être de la personne, notamment l'accès aux médicaments à un prix abordable surtout pour les maladies mortelles comme le VIH SIDA. Dans ce sens, le droit d'accès aux médicaments comme droit à la santé est par conséquent un droit économique social et culturel, jadis non justiciable, pourrait se transformer en droit civil et politique et devenir justiciable.

¹⁶ Médecins sans frontières, 2005, p.4, disponible sur www.msf.fr/documents/base/2005-02-01-msf.pdf (visité le 12/02/2007).

¹⁷ Nations unies, UN Doc A/CONF.157/23, 1993, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/french/F11vieduc.html> (visité le 17 février 2007).

Dans le cas opposant *Paschim Banga Khet Samity v. State of West Bengal, Case No. 169*, Jugement du 06 mai 1996, la Cour Suprême de l'Inde a montré que le droit à la vie inclu également l'obligation de fournir le traitement médical nécessaire pour préserver la vie humaine (l'article 21 de la Constitution Indienne). « *The case was the first in which the Supreme Court held that the right to life included an obligation to provide timely medical treatment necessary to preserve human life.* »¹⁸

Il ya lieu de faire une simulation avec une personne atteinte du VIH/sida et allongée sur le lit familial par manque de soins de santé approprié et notamment par manque des moyens d'accès aux médicaments essentiels à un prix abordable sur le marché, elle attend sa mort prochaine. N'est ce pas là une violation du droit à la vie au même titre que la jurisprudence illustrée ci haut?

Professeur Olivier de Frouville a écrit à ce propos : « *le grand mérite du comité des droits économiques, sociaux et culturels est d'avoir constamment tenté de démentir le dogme du caractère « programmatoire » et « non justiciable » des droits économiques, sociaux et culturels. Il a, pour ce faire, cherché à identifier des obligations « immédiatement applicables » (self-executing) ou autrement dit « susceptibles d'être immédiatement appliquées par des organes de caractère judiciaire et autre dans le cadre de nombreux systèmes juridiques nationaux.* »¹⁹

Il est aussi argumenté que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas moins nécessaires que les droits civils et politiques, ils en sont complémentaires l'absence des premiers compromet l'exercice réel des seconds,²⁰ c'est notamment l'absence d'accès aux médicaments comme violation du droit à la santé qui conduirait sans aucun doute à la mort et constituerait une violation du droit à la vie.

Depuis l'adoption de la première liste modèle OMS des médicaments essentiels en 1977, celle-ci est devenue un outil très populaire parmi les professionnels de santé et les Etats Membres. Les efforts conjoints de l'OMS et du Comité des Droits

¹⁸ ESCR-Net, caselaw, *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Ors v State of West Bengal & Anor. Cited as: (1996) AIR SC 2426/ (1996) 4 SCC 37*, disponible sur : www.escr-net.org (visité le 20 Mars 2007).

¹⁹ De Frouville, 2004, p. 237.

²⁰ Sudre, 2006, p 162.

économiques, sociaux et culturels de l'ONU ont abouti à ce que l'accès aux médicaments essentiels fasse partie intégrante du droit à la santé. Le Comité stipule que le droit à la santé recouvre une série d'éléments comme la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité et la qualité des biens, services et programmes de santé. Ces éléments sont conformes à la position de l'OMS selon laquelle des médicaments essentiels de qualité vérifiée doivent être disponibles à tout moment dans le cadre des systèmes de santé, en quantités suffisantes, sous des formes pharmaceutiques appropriées, avec une qualité garantie et accompagnés des informations nécessaires et à un prix abordable pour l'individu et pour la communauté.²¹

Il est de même admis que l'accès aux médicaments, dans le contexte de pandémies telles que celles de VIH/sida, de tuberculose et de paludisme, est un des éléments essentiels pour la réalisation progressive du droit de chacun de jouir pleinement du meilleur état de santé physique et mentale possible.²²

Malgré cette affirmation, les statistiques montrent que la situation reste alarmante dans le monde et principalement dans les parties pauvres, notamment en Afrique où l'accès aux médicaments pour lutter contre le VIH/sida est encore un grand défi.

Le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible montre dans son rapport du 13 septembre 2006 que près de 2 milliards de personnes dans le monde n'ont pas accès aux médicaments essentiels. Ce dénuement entraîne des souffrances considérables et évitables : mauvaise santé, douleurs, peur, perte de dignité et perte en vies humaines. En facilitant l'accès aux médicaments existants, on pourrait sauver jusqu'à 10 millions de vies par an, dont 4 millions en Afrique et en Asie du Sud-est. Hormis le dénuement absolu, des disparités criantes dans l'accès aux médicaments demeurent la caractéristique dominante de la conjoncture pharmaceutique internationale²³.

Dans le souci d'être pragmatique, dans l'espace, nous limiterons principalement notre sujet sur les pays de l'Afrique subsaharienne. Nous ferons de temps en temps référence aux pays en voie de développement comme l'Inde, le Brésil et l'Afrique du

²¹ Seuba, 2006, p.406.

²² Nations unies, Commission des droits de l'homme, UN Doc., E/CN.4/2004/L.11/Add.3, 2004, p.60.

²³ Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc. A/61/338, 2006, pp.11-12.

Sud ou encore d'autres pays qui peuvent nous servir d'exemples pour élucider nos raisonnements.

Le concept droit à la santé employé dans ce travail, peut être compris comme le droit à un système de santé efficace et intégré, englobant les soins de santé en général et le droit d'accès aux médicaments en particulier.

Et le droit d'accès aux médicaments englobe les médicaments ARV, du paludisme, de la Tuberculose et les maladies négligées dites des maladies de la pauvreté.

Dans le temps, nous remonterons depuis l'entrée en vigueur de l'accord instituant l'OMC, donc le 01^{er} janvier 1995 jusqu'à nos jours.

Ce travail est divisé en deux grands chapitres. L'objet du premier chapitre de ce travail portera sur le droit à la santé comme les droits de l'homme, et un deuxième chapitre traitera des conséquences de la propriété intellectuelle sur le droit d'accès aux médicaments à un prix abordable.

CHAPITRE I: LE DROIT A LA SANTE COMME DROITS DE L'HOMME

La santé est un droit fondamental de la personne qui est un corollaire direct du droit à la vie. Sans la santé et surtout dans le cas de manque d'accès aux médicaments des maladies considérées comme mortelles, la mort est certaine.

Les services médicaux en cas de maladie, ainsi que la prophylaxie, le traitement et la lutte contre les maladies, sont les principaux volets du droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique ou mental possible. Ces volets sont subordonnés à l'accès aux médicaments. À ce titre, l'accès aux médicaments fait partie intégrante du droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique ou mental possible. De nombreux procès, ainsi que plusieurs résolutions émanant de la Commission des droits de l'homme, attestent que l'accès aux médicaments essentiels est une composante décisive du droit à la santé. Certains procès confirment également que l'accès aux médicaments essentiels est étroitement lié à d'autres droits de l'homme, tels que le droit à la vie.²⁴

Comment peut-on arriver à se procurer un équilibre juridique et financier pouvant satisfaire les attentes de la population défavorisée et faciliter leur accès aux médicaments et en même temps inciter les industries à continuer leurs recherches ? C'est cette problématique qui fait couler l'encre et la salive, depuis l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, adopté au sein de l'OMC en 1995.

Trouver un compromis équilibré entre les intérêts d'une part, des sociétés pharmaceutiques et d'autre part, satisfaire au droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible prévu par de nombreux instruments sur les droits humains dont notamment l'article 12 du PIDESC, est la problématique que nous essayerons de dissenter tout au long de ce travail. Cette question reste complexe c'est-à-dire laquelle de deux notions doit primer sur l'autre entre la Propriété intellectuelle et la santé publique.

²⁴ Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc., A/61/338, 2006, p. 12.

« La jouissance de la santé constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelle que soit sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique et sociale. »²⁵

Il faut reconnaître que la mission de l'OMS en Afrique n'est pas minime. Le droit à la santé, aspect du droit à la vie qui fait appel aux actions « positive » de l'Etat, est mis en péril dans ce continent non seulement par la pauvreté mais aussi par l'environnement hostile.²⁶

Dans cette première partie, sur le droit à la santé comme un des droits de l'homme, il sera question d'une part, de développer le niveau des obligations des Etats en droit international des droits de l'homme (section I), de discuter ensuite sur l'évolution du droit à la santé (section II) et enfin, du statut du droit à la santé (section III) en tant qu'un droit indivisible et interdépendant d'une part et sa *justiciabilité* d'autre part.

Section 1. Le niveau des obligations incombant aux Etats partis au PIDESC

L'obligation des États à l'égard de chacun des droits garantis par le Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels (PIDESC) comporte trois dimensions. Le droit à la santé, à l'instar de tous les droits de l'homme, impose trois catégories d'obligations aux Etats parties : les obligations de le respecter, de le protéger et de le mettre en œuvre. Cette dernière englobe du même coup les obligations d'en faciliter l'exercice, de l'assurer et de le promouvoir.

1.1. L'obligation de respecter

L'obligation de respecter les droits économiques, sociaux et culturels exige des États qu'ils s'abstiennent d'appliquer, de cautionner ou de tolérer toute pratique, politique ou mesure juridique portant atteinte à l'intégrité des individus ou à leur liberté d'utiliser les ressources matérielles ou autres dont ils disposent de la manière qu'ils

²⁵ OMS, 1946, p.1, disponible sur http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf (visité le 02 Février 2007).

²⁶ Eteka Yemet, 1996, p.109.

jugent la plus appropriée pour exercer leurs droits économiques, sociaux et culturels. Cette obligation protège les citoyens contre toute entrave arbitraire à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels.²⁷

A titre illustratif, en 2003, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a examiné le rapport initial du Brésil sur l'application du PIDESC (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Suite à cet examen, il a été instamment demandé à celui-ci de prendre toutes les mesures efficaces voulues pour interdire la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou le sexe dans toutes les sphères de la vie économique, sociale et culturelle. Il recommande en outre à l'État partie de prendre de toute urgence des mesures visant à assurer l'égalité des chances aux Afro-Brésiliens, aux peuples autochtones et aux autres groupes minoritaires tels que les Tsiganes et les communautés quilombos, en particulier dans les domaines de l'emploi, de la santé et de l'éducation. (...).²⁸

Dans le cas d'espèce, l'obligation de respecter le droit à la santé exige que l'Etat s'abstienne d'en entraver directement ou indirectement l'exercice.

En vertu de leur obligation de respecter les droits humains, les États ne doivent pas interférer, directement ou indirectement, avec la jouissance de ces droits par les individus. Il s'agit d'une obligation ayant un effet immédiat.

Le droit de jouir du meilleur état de santé possible, et donc d'avoir accès aux médicaments, est une réalisation progressive liée à la disponibilité des ressources, comme le stipule l'article 2, paragraphe 1, du PIDESC.

Le droit à la santé comporte quelques obligations de base à effet immédiat sans lesquelles il serait largement privé de sa raison d'être. À titre d'exemple, les États ont l'obligation immédiate d'éviter les discriminations et de garantir la disponibilité et l'accessibilité de certains produits pharmaceutiques appelés «médicaments

²⁷ Nations Unies, Haut Commissariat des droits de l'Homme, 2004, ISBN 92-1-154163-8, p.16.

²⁸ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc., E/C.12/1/Add.87, 2003, disponible sur [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.87.Fr?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.87.Fr?Opendocument), (visité le 22 mars 2007).

essentiels» dans toute leur juridiction. La réalisation progressive ne vaut pas pour ces obligations élémentaires.

Ainsi, si les États doivent réaliser progressivement l'accès aux médicaments non essentiels, ils ont l'obligation à effet immédiat d'assurer la disponibilité et l'accessibilité des médicaments dans toute leur juridiction.²⁹

Effectivement, le gouvernement Sud Africain se montrait réticent à élargir ne serait-ce que son programme de prévention de la transmission de la mère à l'enfant, au-delà des 18 établissements pilotes existants. Il invoquait, pour justifier ses tergiversations concernant l'élargissement des distributions de produits antirétroviraux, les coûts élevés, les craintes quant à la sûreté des produits, la nécessité d'apporter des conseils durant le traitement ainsi que les dysfonctionnements des services de santé. La TAC (*Treatment Action Campaign*) a saisi la justice. En décembre 2001, la chambre de la Cour suprême de Pretoria lui donnait raison et ordonnait au gouvernement d'élaborer un plan visant l'extension du programme de prévention de la transmission de la mère à l'enfant pour mars 2002 au plus tard.

La Cour a jugé que la politique du gouvernement consistant à interdire l'usage d'un médicament, la névirapine, en dehors des établissements pilotes, *constituait une restriction excessive de l'obligation de réaliser progressivement le droit à la santé*. Elle a conclu que le gouvernement devait élargir à l'ensemble du pays le programme de prévention de la transmission de la mère à l'enfant, puis envisager les modalités de mobilisation des ressources nécessaires.³⁰

Le Gouvernement colombien a rendu compte de sa politique et de sa législation concernant le VIH/sida dans le contexte de la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida adoptée par l'Assemblée générale en ce terme « Le traitement du VIH et du sida est pris en charge par le régime de sécurité sociale. Ceux qui ne sont pas couverts peuvent néanmoins obtenir un traitement et des soins grâce aux crédits

²⁹ Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc., A/61/338, 2006, p.16.

³⁰ Chambre de la Cour suprême, division de la province du Transvaal, *Treatment Action Campaign et al c. Minister of Health et al.*, affaire n°21182/2001, disponible sur : <http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/mtctjudgement.doc>, (visité le 24 février 2007).

accordés par le Gouvernement aux organismes régionaux responsables de la santé. Actuellement, 11 500 personnes environ suivent une thérapie antirétrovirale, pour un coût total de près de 57 milliards de pesos. Ce chiffre ne représente toutefois que 55 % des personnes ayant besoin d'un traitement. La politique du Gouvernement vise à garantir l'accès universel à des médicaments d'origines diverses (y compris les génériques), de qualité et à bas prix. Des faiblesses dans la gestion et l'administration du système engendrent un surcoût.

Une loi adoptée en 2005 prévoit des amendes en cas d'interruption du traitement. La Colombie a participé aux actions régionales visant à obtenir des prix plus bas, et les négociations de Buenos Aires ont abouti à une réduction des prix de 90 %, ce qui représente une économie de 35 millions de dollars pour l'ensemble de la région, ou la fourniture de médicaments à 76 600 patients de plus. Le Gouvernement indique qu'il a également mis en place un système de surveillance et d'évaluation qui permet de suivre de près l'action de tous les intervenants du système.»³¹

Les Etats sont en particulier liés par l'obligation de respecter le droit à la santé, notamment en s'abstenant de refuser ou d'amoindrir l'égalité d'accès de toutes les personnes, dont les détenus, les membres de minorités, les demandeurs d'asile et les immigrants en situation irrégulière, aux soins de santé prophylactiques, thérapeutiques et palliatifs, en s'abstenant d'ériger en politique d'Etat l'application de mesures discriminatoires et en évitant d'imposer des pratiques discriminatoires concernant la situation et les besoins des femmes en matière de santé.³² Cette obligation pourrait s'étendre sur les personnes n'ayant pas les moyens pour subvenir à leur besoin primaire et *a fortiori* n'ayant pas le moyen de s'approvisionner en médicament.

Dans le même ordre d'idées et pour bien expliciter cette notion, le fait pour l'État de ne pas tenir compte des obligations juridiques qui lui incombent quant au droit à la santé lors de la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux avec d'autres États, avec des organisations internationales ou avec d'autres entités telles que des sociétés

³¹ Nations Unies, Commission des droits de l'Homme, UN Doc. E/CN.4/2006/39, 2006, p.4.

³² Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.9.

multinationales, serait un manquement à l'obligation de respecter le droit à la santé. L'exemple typique est la signature par le Maroc en janvier 2005 avec les USA de l'accord bilatéral qui prévoit, entre autres, des mesures de protection de la propriété intellectuelle plus sévères que celles existantes au titre des traités internationaux actuels et qui auraient d'impact significatif et préjudiciable sur la santé publique en ce qui concerne l'accès aux médicaments.

1.2. L'obligation de protéger

L'obligation de protéger requiert des Etats qu'ils prennent des mesures pour empêcher des tiers de faire obstacle aux garanties énoncées à l'article 12 du pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels. A cet effet, l'État a l'obligation de prendre des mesures pour empêcher des tiers et des acteurs non-étatiques notamment les personnes soit physiques ou morales de restreindre ou d'entraver la jouissance des droits.

En d'autres termes les Etats sont tenus de faire en sorte que les tiers se conforment aux normes en vigueur en matière de droits humains en adoptant une législation, des politiques et d'autres mesures pour permettre un accès suffisant aux soins de santé, offrir une information de qualité, etc., et fournir les moyens accessibles de compensation si les personnes se voient refuser l'accès à ces biens et services. Un exemple est l'obligation des Etats d'assurer la réglementation de l'industrie du tabac afin de protéger leur population contre les violations du droit à la santé, du droit à l'information et des autres dispositions pertinentes en matière de droits humains.³³

L'obligation de protéger requiert de l'État partie la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité et la qualité des ressources et installations.

Ceci signifie qu'il doit exister dans l'État partie, en quantité suffisante, des installations, des biens et des services ainsi que des programmes fonctionnels (Disponibilité). Ceux-ci doivent être accessibles pour tous, sans discrimination, et

³³ OMS, ISBN 92 4 254569 4, 2002, p.15.

comprend le droit de rechercher, de recevoir et de répandre de l'information (Accessibilité). Les installations, biens et services en matière de santé doivent être respectueux de l'éthique médicale et être appropriés sur le plan culturel, c'est-à-dire respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des communautés (Acceptabilité). Finalement, les installations, biens et services doivent également être appropriés et de bonne qualité (Qualité)³⁴ nous y reviendrons.

Plus loin concrètement, l'obligation de protéger les droits économiques, sociaux et culturels signifie enfin que l'État doit s'assurer que les entreprises, nationales et transnationales ne privent pas les individus de la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, notamment au niveau de l'accès aux médicaments. Cette notion sera examinée d'une façon spécifique dans notre 2^e partie.

À ce sujet et à titre d'exemple, suite à l'examen du rapport de la Russie (1997), le Comité a tenu les propos suivants : *« Le Comité est très préoccupé par le taux de contamination - élevé au regard des normes internationales - des denrées alimentaires produites localement tout comme celles importées, qui semble avoir pour origine, en ce qui concerne la production nationale, un usage inapproprié des pesticides et la pollution de l'environnement venant par exemple de rejets non réglementaires de métaux lourds et de marées noires et, en ce qui concerne les produits importés, les pratiques illégales de certains importateurs de denrées alimentaires. Le Comité note que les pouvoirs publics ont la responsabilité de veiller à ce que ces produits n'arrivent pas sur le marché. »*³⁵

Toujours dans le souci de marier cette théorie à la pratique, en Argentine la justice a ordonné à l'État de fabriquer des vaccins dans le cadre du devoir qui leur incombe de réaliser les droits, les États doivent, en priorité, s'acquitter de leurs obligations fondamentales minimales. S'agissant du droit à la santé, ces obligations consistent, entre autres, à réagir face aux épidémies. En 1998, assistée du Médiateur des citoyens, l'étudiante en droit argentine Mariela Cecilia Viceconte a introduit une

³⁴ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, pp. 4-5.

³⁵ Ligue des droits et libertés, p.13, disponible sur <http://www.liguedesdroits.ca/documents/desc/guide.pdf> (visité le 30 mars 2007).

requête d'*amparo*³⁶ afin d'exiger de l'État qu'il prenne des mesures plus efficaces pour concrétiser le droit à la santé et lutter contre une épidémie de fièvre virale hémorragique menaçant trois millions et demi de personnes.

La juridiction d'appel fédérale a décidé que l'État argentin devait fabriquer le vaccin car l'épidémie ne concernait que l'Argentine et que la production du vaccin n'était pas rentable pour les laboratoires privés. La Cour a chargé le Médiateur de veiller à l'exécution de son jugement et tenu le Ministre de la Santé pour personnellement responsable.

En l'espèce, la Cour a considéré que l'État argentin devait prendre des mesures spécifiques et concrètes (mise au point d'un vaccin) pour lutter contre une épidémie strictement nationale et contre laquelle les laboratoires du secteur privé n'étaient pas disposés à agir.³⁷

L'obligation de l'Etat de protéger les droits humains signifie encore qu'il doit veiller à ce que les acteurs non étatiques agissent conformément aux droits relatifs aux droits humains au sein de sa juridiction. Les Etats sont tenus de faire en sorte que les tiers se conforment aux normes en vigueur en matière de droits humains en adoptant une législation, des politiques et d'autres mesures pour permettre un accès suffisant aux soins de santé, offrir une information de qualité, etc., et fournir les moyens accessibles de compensation si les personnes se voient refuser l'accès à ces biens et services. Un exemple est l'obligation des Etats d'assurer la réglementation de l'industrie du tabac afin de protéger leur population contre les violations du droit à la santé, du droit à l'information et des autres dispositions pertinentes en matière de droits humains.³⁸

A ce sujet, le rapporteur spécial sur le droit à la santé a écrit dans son rapport sur l'Ouganda : « Les maladies négligées sont également appelées maladies «liées à la

³⁶ Amparo est un recours collectif pour obtenir réparation d'une violation des droits constitutionnels.

³⁷ Amnesty international, Index AI : POL 34/009/2005, 2005, disponible sur <http://web.amnesty.org/library/index/frapol340092005> (visité le 01 Mai 2007).

³⁸ OMS, ISBN 92 4 254569 4, 2002, p.15.

pauvreté» ou «tropicales». Lorsqu'elles ne tuent pas, elles entraînent des handicaps et des déformations graves et permanents chez un milliard de personnes environ à travers le monde, en particulier parmi les couches sociales les plus pauvres des pays en développement. Outre les souffrances physiques et psychologiques qu'elles causent, les maladies négligées font payer un lourd tribut économique aux communautés touchées, en raison notamment de la perte de productivité et d'autres problèmes. Ces conséquences, à leur tour, contribuent au cercle vicieux de la pauvreté, de la maladie, de la stigmatisation et de la discrimination dont sont victimes les populations négligées.»³⁹

Il ya lieu aussi d'interpréter la situation décrite ci haut comme une obligation immédiate. L'observation générale n°14 stipule au paragraphe 47 que *« pour déterminer quelles actions ou omissions constituent une atteinte au droit à la santé, il importe d'établir chez l'Etat partie qui ne s'acquitte pas des obligations lui incombant au titre de l'article 12, une distinction entre l'incapacité et le manque de volonté. Ce constat découle du paragraphe 1 de l'article 12 qui parle du meilleur état de santé que l'individu puisse atteindre, ainsi que du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, lequel fait obligation à chaque Etat partie de prendre les mesures nécessaires « au maximum de ses ressources disponibles ». Un Etat dépourvu de la volonté d'utiliser au maximum les ressources à sa disposition pour donner effet au droit à la santé manque par conséquent aux obligations lui incombant en vertu de l'article 12.»*

1.3. L'obligation de donner effet

L'obligation de donner effet au droit à la santé requiert des États parties, entre autres, de lui faire une place suffisante dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet. Les Etats sont tenus d'assurer la fourniture de soins de santé, dont la mise en œuvre de programmes

³⁹ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2006/48/Add.2, 2006, p.2.

de vaccination contre les grandes maladies infectieuses, et de garantir l'égalité d'accès à tous les éléments déterminants de la santé tels qu'une alimentation sûre sur le plan nutritif et de l'eau potable, un assainissement minimum et des conditions de logement et de vie convenables. Les infrastructures de santé publiques devraient assurer la prestation de services liés à la santé sexuelle et génésique, notamment une maternité sans risques, y compris dans les zones rurales. Les États doivent veiller à ce que les médecins et les autres personnels médicaux suivent une formation appropriée et à ce que le nombre des hôpitaux, des dispensaires et des autres établissements en relation avec la santé soient suffisants, ainsi que promouvoir et soutenir la création d'institutions chargées de fournir des services de conseil et de santé mentale, en veillant à ce qu'elles soient équitablement réparties dans l'ensemble du pays.⁴⁰

Les États ont l'obligation de mettre en œuvre les droits humains en prenant des mesures législatives, administratives, budgétaires, judiciaires ou toute autre mesure permettant la pleine réalisation de ces droits. Cette obligation, qui doit être accomplie progressivement, comprend le devoir de *faciliter* (améliorer l'accès aux ressources et aux moyens permettant de jouir des droits) et de *se substituer* (agir pour que la population dans son ensemble réalise ses droits quand elle ne peut pas y veiller elle-même). Avant toute chose, l'objectif prioritaire des États doit être de garantir le minimum essentiel indispensable à la jouissance de chaque droit, en particulier pour les personnes les plus vulnérables.⁴¹

Pour plus de précision l'obligation de faciliter ici peut signifier faciliter l'exercice des droits, en adoptant, par exemple, des mesures qui visent à mieux redistribuer la richesse, tel que pourrait l'être un régime universel d'accès aux médicaments. On peut penser en premier lieu la loi sur des fameuses mutuelles de santé qui se développent en Afrique ce dernier temps et qui ont pour but la couverture des dépenses médicales de la population.

⁴⁰ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.10.

⁴¹ Amnesty international, Index AI : POL 34/009/2005, 2005, disponible sur <http://web.amnesty.org/library/index/frapol340092005> (visité le 01 Mai 2007).

Elle peut aussi signifier fournir les moyens de jouir des droits, particulièrement en aidant les personnes les plus vulnérables de la société à combler immédiatement leurs besoins de base, tel que la réalisation de logements sociaux.

Par contre l'obligation de substituer lui peut signifier faire la promotion du respect des droits, d'une manière à faire connaître et faire respecter les droits protégés par le PIDESC. C'est ce qu'on nomme l'éducation aux droits.⁴²

Section 2. L'évolution du droit à la santé

Qui peut nier que la santé est une de ces conditions, si ce n'est la condition par excellence, sans laquelle il est privé des moyens de se réaliser en tant qu'être humain⁴³? La santé est donc, au même titre que la vie, une condition essentielle de la jouissance des autres droits de l'homme. En effet, c'est au lendemain de la seconde guerre mondiale qu'a pris corps l'idée d'un droit à la santé. L'OMS, créée en juillet 1946 afin d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé, en est la première illustration.⁴⁴ Dans cette section, pour être plus précis, nous allons traiter successivement le développement du concept « *droit à la santé* » (I), le contenu du droit à la santé (II) et enfin la santé comme droit de l'homme (III).

2.1. Le développement du concept « droit à la santé »

La santé et le bien-être sont des préoccupations profondément personnelles. Rien de plus intime que l'expérience de concevoir et de porter un enfant, et de donner naissance à un être humain unique; nul d'entre nous ne peut vivre la peur ou la peine d'un autre; et la mort elle-même est quelque chose que l'on ne peut pas partager, quel que soit le chagrin que l'on éprouve.⁴⁵

⁴² Ligue des droits et libertés, p.13, disponible sur <http://www.liguedesdroits.ca/documents/desc/guide.pdf> (visité le 30 mars 2007).

⁴³ Bedjaoui, 1998, p.35.

⁴⁴ Sauvat, 2004, p.27.

⁴⁵ Le Cercle des Droits, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-14.htm> (visité le 07 Avril 2007).

Traditionnellement, la santé était considérée comme relevant du domaine privé plutôt que public. On entendait par santé « absence de maladie ». Les premières lois à contenir des dispositions relatives à la santé remontent à l'ère industrielle. *The Moral Apprentices Act* (L'acte moral des apprentis) (1802) et le *Public Health Act* (L'acte de santé publique) (1848) furent adoptés en Grande Bretagne en tant que moyens propres à contenir une pression sociale suscitée par les mauvaises conditions de travail des pauvres. La Constitution mexicaine de 1843 fait référence à la responsabilité de l'État dans la sauvegarde de la santé publique.⁴⁶

Comme le précise C., Jourdain Fortier, une autre conférence se tint à Paris en 1851, suivie de cinq autres conférences de Paris en 1859, de Constantinople en 1866, de Vienne en 1874, de Washington en 1881 et de Rome en 1885. Mais malgré la signature d'un code sanitaire international (devenu obsolète dès 1865), elles ne permirent pas de grands progrès en matière de protection sanitaire internationale.⁴⁷

Le début des années 1890 marqua ensuite un tournant dans la coopération sanitaire internationale, grâce à la découverte par des scientifiques, comme L. Pasteur et R. Koch, de la théorie des maladies par des germes. Le 30 janvier 1892, fut signé un premier accord multilatéral à objet sanitaire dans le cadre de la conférence sanitaire internationale de Venise.⁴⁸

Puis, à la fin de la 2^e guerre mondiale, l'évolution qui a permis de définir la santé comme question sociale a mené à la fondation de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en 1946. Avec l'émergence de la santé considérée comme question publique, la conception de la santé a changé. L'OMS a défini la santé comme étant « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.* »⁴⁹ Elle a défini une approche

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Jourdain Fortier, 2006, pp.10-11.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ OMS, 1946, p.1, disponible sur http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf (visité le 02 Février 2007).

intégrée qui relie tous les facteurs qui déterminent le bien-être humain, dont l'environnement physique et social favorables à une bonne santé.⁵⁰

Avec la création de l'OMS, pour la première fois le droit à la santé était reconnu à l'échelon international. La Constitution de l'OMS affirme que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale* ». Avec le temps, cette reconnaissance a été réitérée sous des formulations très variées, dans divers instruments juridiques internationaux et régionaux des droits humains (nous y reviendrons).

La reconnaissance universelle du droit à la santé a été de plus confirmée dans la Déclaration d'Alma-Ata du 12 septembre 1978 sur les soins de santé primaires, dans laquelle les États s'engageaient à développer progressivement des systèmes de soins médicaux complets afin d'assurer une distribution des ressources efficace et équitable pour le maintien de la santé. Ils ont répété qu'il était de leur responsabilité d'assurer la santé de leurs populations, « *dont ils ne peuvent s'acquitter qu'en assurant des prestations sociales adéquates.* »⁵¹ La Déclaration développe les bases de mise en place de systèmes de soins de santé primaires, directement liés au respect du droit. Même si cet instrument juridique n'est pas rendu obligatoire, il représente un engagement supplémentaire de la part des États relatif au droit à la santé, et met en place le cadre d'une politique intégrée qui a pour objectif d'assurer sa jouissance.

Dans le contexte de la Conférence d'Alma-Ata du 12 septembre 1978, l'OMS a dessiné le plan « *Santé pour tous d'ici l'an 2000* », qui considère que les buts des systèmes de santé sont non seulement d'améliorer le niveau de santé de la population et le niveau de réactivité des systèmes de santé par rapport aux attentes légitimes de

⁵⁰ Le Cercle des Droits, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-14.htm> (visité le 07 Avril 2007).

⁵¹ OMS, URSS 6-12, 1978, disponible sur http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf (visité le 12 Mai 2007).

la population, mais également l'égalité de cette réactivité dans la population et l'équité des contributions financières.⁵²

Néanmoins, dans un contexte où les problèmes de santé associés à la pauvreté et à l'inégalité continuent de dresser les mêmes obstacles pour atteindre les niveaux minimums de bien-être pour la plupart de la population mondiale, l'échec dans la tentative d'atteindre ces buts souligne le besoin de retravailler des stratégies.

C'est dans cette optique que les fondateurs de l'OMS croient la santé à la portée de tous. Mais l'OMS va peu à peu constater son erreur d'appréciation. En lançant un ordre sanitaire international en 1975, l'Assemblée mondiale de la santé poursuit déjà un objectif plus réaliste que celui déduit de la définition de la santé posée par le préambule de la Constitution de l'OMS. Puis en 1991, lors de la conférence de Sundsvall, il ressort que l'évolution désastreuse des conditions de santé ne pourra s'inverser qu'en recherchant des solutions en dehors du cadre médical : ces solutions seraient l'action sociale et la préservation de l'environnement, mais elle-même seraient subordonnées au développement économique.⁵³

La défense de la santé, un des aspects fondamentaux de soins de santé primaires, a été abordé, indépendamment, par quatre conférences successives: la première à Ottawa, au Canada, en 1986 et celle de Jakarta, en Indonésie, en 1997. La Déclaration de Jakarta inclut une conception actualisée de la santé et exprime les désirs de l'atteindre à l'aube du prochain siècle. Elles identifient « *la paix, un logement, l'éducation, la sécurité sociale, les relations sociales, l'alimentation, un revenu, la responsabilisation des femmes, un écosystème stable, une utilisation durable des ressources, la justice sociale, le respect des droits de l'homme, et l'équité. Par-dessus tout, la pauvreté reste la plus grave menace pour la santé.* »⁵⁴

D'autres initiatives internationales pertinentes liées à la santé ont été prises au cours de ces dernières années par le Programme d'action de la Conférence internationale

⁵² OMS, UN Doc., A56/27, 1981, p.2, disponible sur http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA56/fa5627.pdf (visité le 22 avril 2007).

⁵³ Sauvat, 2004, p.27.

⁵⁴ Le cercle des droits, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-14.htm> (visité le 07 avril 2007).

sur la population et le développement (Le Caire, 1994), qui comprenait trois objectifs visant à réduire la mortalité infantile et maternelle, et qui garantissaient l'accès universel aux services de santé en matière de reproduction et de planning familial, et par le programme d'action de la IV^e conférence mondiale sur les femmes (Pékin, 1995) qui a adopté cinq objectifs stratégiques destinés à améliorer les conditions de santé des femmes partout dans le monde.⁵⁵

Malgré tous ces textes, Kofi Annan, Ancien Secrétaire général des Nations unies, affirme «*Ces 25 dernières années, le monde a assisté au recul le plus spectaculaire de la misère qu'il ait jamais connu [...], malheureusement des dizaines de pays se sont aussi appauvris [...] Aujourd'hui, plus d'un milliard de personnes - soit un habitant sur six de la planète - a moins d'un dollar par jour pour vivre et lutte en permanence contre la faim, la maladie et la dégradation de l'environnement pour survivre [...] Un monde où, chaque année, 11 millions d'enfants meurent avant l'âge de 5 ans et où 3 millions de personnes meurent du sida n'est pas un monde de plus grande liberté.*»⁵⁶

On estime que 38,6 millions de personnes dans le monde vivaient avec le VIH à la fin de l'année 2005. On estime que 4,1 millions d'individus ont contracté une infection par le VIH et quelques 2,8 millions ont perdu la vie à cause du SIDA⁵⁷ et plus de 20 millions depuis l'identification des premiers cas de SIDA en 1981.⁵⁸

Ces indications montrent qu'aujourd'hui encore, plus qu'hier, le droit à la santé et plus précisément le droit d'accès aux médicaments est loin d'être atteint surtout le manque d'accès aux médicaments ARV. Cette carence est due à la brevetabilité des médicaments qui provoque la hausse des prix sur le marché car les industries des pays en développement qui vendaient les copies des ARV à un prix abordable, ne sont plus en mesure d'en fabriquer (nous y reviendront).

⁵⁵ Voir ces textes dans, <http://www.who.int>, (onglet « français », puis taper le titre en français dans « chercher »).

⁵⁶ Amnesty international, Index AI : POL 34/009/2005, disponible sur <http://web.amnesty.org/library/index/frapol340092005> (visité le 01 Mai 2005).

⁵⁷ ONUSIDA, 2006, p.8, disponible sur : http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2006/2006_GR-ExecutiveSummary_fr.pdf (visité le 17 Mars 2007).

⁵⁸ ONUSIDA, 2004, disponible sur http://www.unaids.org/bangkok2004/GAR2004_html_fr/GAR2004_03_fr.htm#P0_0, (visité le 17 Mars 2007).

2.2. Le contenu du droit à la santé

Le droit à la santé s'incarne pour l'essentiel dans le droit à la protection de la santé et le droit à la sécurité sociale. Le contenu du droit à la santé est donc essentiellement déterminé par le contenu de ces deux droits. Mais un droit, quel qu'il soit, ne peut exister s'il ne possède pas, d'une part, un titulaire et, d'autre part, une personne à l'encontre de laquelle il pourrait être invoqué. Par conséquent, le droit à la santé ne saurait exister sans créancier et débiteur⁵⁹. Pour éviter l'ambiguïté, il ne sera pas question de discuter le contenu du droit à la santé en général mais par contre, on s'attardera sur le contenu prévu par l'article 12 du PDESC.

A. Qui en est le créancier, qui en est le débiteur ?

Dans la mesure où le droit à la santé est un droit de l'homme, la détermination des créanciers du droit à la santé est aisée : il s'agit de tout homme, c'est-à-dire tout être humain. Pour la même raison, l'identification des débiteurs est simple : il s'agit de l'Etat⁶⁰, d'une part et de la communauté internationale, d'autre part. Cependant, les notions de créanciers et débiteurs doivent être entendues ici au sens large du terme, car il n'est pas surprenant de constater que l'employeur est également débiteur du droit à la santé de ses salariés du fait que ceux-ci ont accepté de se placer sous son autorité. Le lien familial qui se double parfois du lien d'autorité, essentiellement entre les parents et leur enfant mineur peut être à la base de l'établissement du rapport créancier et débiteur.

Dans toute hypothèse, c'est l'autorité, la fonction ou la qualité de la personne, qui fait d'elle un débiteur ou un créancier du droit à la santé⁶¹, sauf au cas où le droit à la protection de la santé interdit à quiconque, y compris l'Etat, de porter atteinte à la santé d'un individu.

Selon le rapport de DFID, 2005, *Increasing people's access to essential medicines in developing countries*, repris par Paul Hunt, Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute

⁵⁹ Sauvat, 2004, p.183.

⁶⁰ Idem, p.190.

⁶¹ Idem, p.190.

personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, montre que le communauté internationale est aussi débiteur du droit à la santé. Ce rapport précise : « *Accroître l'accès aux médicaments essentiels relève de la responsabilité de la communauté internationale tout entière. Nous n'avancerons que si chacun travaille en partenariat pour créer des systèmes de santé dans les pays en développement, en améliorer le financement, rendre les médicaments plus abordables, mettre au point d'autres médicaments contre les maladies qui touchent les pays en développement.* ». Ce même rapport ajoute : « *Les compagnies pharmaceutiques ont un rôle particulier à jouer dans ce contexte. Elles fabriquent des médicaments et en créent de nouveaux; à ce double titre, elles peuvent, et doivent, faire évoluer les choses dans leur sphère d'influence.*»⁶²

B. *Quid du contenu de l'article 12 PIDESC ?*

L'article 12-1 donne la définition du droit à la santé et 12-2 cite à titre illustratif et de manière non exhaustive des exemples d'obligations incombant aux États parties.

Cependant, le droit à la santé ne saurait se comprendre comme le droit d'être en bonne santé. Le droit à la santé suppose à la fois des libertés et des droits⁶³. Le professeur Jean Rivero définit la liberté comme : « *un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même ses comportements personnels* »⁶⁴. C'est cette notion de « libertés » qui est interprétée dans l'observation générale n°14 comme étant le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps, y compris le droit à la liberté sexuelle et génésique, ainsi que le droit à l'intégrité, notamment le droit de ne pas être soumis à la torture et de ne pas être soumis sans son consentement à un traitement ou une expérience médicale⁶⁵. D'autre part, les droits comprennent le droit d'accès à un système de protection de la

⁶² Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc., A/61/338, 2006, p.21.

⁶³ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁶⁴ Rivero et Mouthou, 2003, n° 5, p.5.

⁶⁵ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

santé qui garantisse à chacun, sur un pied d'égalité la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible.

La notion de "*meilleur état de santé susceptible d'être atteint*" visée au paragraphe 1 de l'article 12, repose à la fois sur la situation biologique et socioéconomique de chaque individu au départ et sur les ressources dont dispose l'Etat (nous y reviendrons).

Depuis l'adoption des pactes internationaux, sur les droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, en 1966, la situation mondiale en matière de santé a évolué de manière spectaculaire et la notion de santé a considérablement évolué et s'est également élargie. Davantage de facteurs déterminants de la santé sont désormais pris en considération, tels que la répartition des ressources et les différences entre les sexes. En outre, certaines maladies auparavant inconnues, comme le virus de l'immunodéficience humaine et le syndrome d'immunodéficience humaine acquise (VIH/sida), et d'autres maladies, qui sont devenues plus répandues, comme le cancer, s'ajoutant à l'accroissement rapide de la population mondiale, ont créé de nouveaux obstacles à la réalisation du droit à la santé, qu'il faut prendre en considération dans l'interprétation de l'article 12.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels soutient dans son Observation générale n°14 que le droit à la santé sous toutes ses formes et à tous les niveaux suppose l'existence des éléments interdépendants et essentiels suivants, dont la mise en œuvre précise dépendra des conditions existant dans chacun des Etats parties :

a) Disponibilité. *« Il doit exister dans l'Etat partie, en quantité suffisante, des installations, des biens et des services ainsi que des programmes fonctionnels en matière de santé publique et de soins de santé. La nature précise des installations, des biens et des services dépendra de nombreux facteurs, notamment du niveau de développement de l'Etat partie. Ces installations, biens et services comprendront toutefois les éléments fondamentaux déterminants de la santé tels que l'eau salubre et potable et des installations d'assainissement appropriées, des hôpitaux, des dispensaires et autres installations fournissant des soins de santé, du personnel*

médical et professionnel qualifié recevant un salaire décent par rapport au niveau national, et des médicaments essentiels, au sens du programme d'action pour les médicaments essentiels de l'OMS.»⁶⁶

Il va sans dire que les médicaments ARV rentrent dans le panier des médicaments essentiels si l'on s'arrête à la lecture du paragraphe suivant : « ...*Il existe désormais des traitements médicamenteux efficaces contre les principales maladies infectieuses, comme les infections respiratoires aiguës, le VIH/SIDA, le paludisme, les affections diarrhéiques, la tuberculose et les complications de la rougeole* »⁶⁷. Il suffit aussi de lire la liste modèle des médicaments essentiels de l'OMS, 14^e édition du mars 2005 pour s'en rendre compte.

En somme, les pays doivent s'assurer que les médicaments existants sont disponibles à l'intérieur de leurs frontières, et prendre en outre toute mesure raisonnable pour que les nouveaux médicaments dont ils ont tant besoin soient développés puis mis sur le marché.⁶⁸ Mais plus loin, les médicaments ne doivent pas seulement être disponibles, mais aussi ils doivent être accessibles.

b) Accessibilité. « *Les installations, biens et services en matière de santé doivent être accessibles, sans discrimination, à toute personne relevant de la juridiction de l'Etat partie. L'accessibilité comporte quatre dimensions qui se recoupent mutuellement.* »⁶⁹ Par contre, dans son rapport, Mr Paul Hunt, Rapporteur spécial sur « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible* », soutient que l'accessibilité relative au droit d'accès aux médicaments s'entend de quatre manières.⁷⁰ Ci-dessous, nous allons confronter l'interprétation de l'Observation générale n°14 sur le droit à la santé en général et le rapport du rapporteur spécial sur « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de*

⁶⁶ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁶⁷ OMS, 2000, p.1.

⁶⁸ Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc., A/61/338, 2006, p. 14.

⁶⁹ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁷⁰ Nations Unies, Assemblée générale, UN Doc., A/61/338, 2006, pp.14-15.

santé physique et mentale possible » et spécifiquement sur le droit d'accès aux médicaments.⁷¹

i) Non-discrimination : « les installations, biens et services en matière de santé doivent être accessibles à tous, en particulier aux groupes de populations les plus vulnérables ou marginalisés, conformément à la loi et dans les faits, sans discrimination fondée sur l'un quelconque des motifs proscrits.

En terme du droit d'accès aux médicaments, ces derniers doivent être accessibles partout, c'est-à-dire dans les zones rurales éloignées comme dans les centres urbains, d'où des implications majeures en termes de système d'approvisionnement pharmaceutique et de programmes communautaires. »

ii) Accessibilité physique : « les installations, biens et services en matière de santé doivent être physiquement accessibles sans danger pour tous les groupes de la population, en particulier les groupes vulnérables ou marginalisés tels que les minorités ethniques et les populations autochtones, les femmes, les enfants, les adolescents, les personnes âgées, les personnes handicapées et les personnes atteintes du VIH/sida. L'accessibilité signifie également que les services médicaux et les facteurs fondamentaux déterminants de la santé, tels que l'eau salubre et potable et les installations d'assainissement appropriées, soient physiquement accessibles sans danger, y compris dans les zones rurales. L'accessibilité comprend en outre l'accès approprié aux bâtiments pour les personnes handicapées.

Dans l'optique du droit d'accès aux médicaments, ils doivent être accessibles sans discrimination aucune, qu'elle soit fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique ou le statut socioéconomique.»

iii) Accessibilité économique : « les installations, biens et services en matière de santé doivent être d'un coût abordable pour tous. Le coût des services de soins de santé ainsi que des services relatifs aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé doit être établi sur la base du principe de l'équité, pour faire en sorte que ces services, qu'ils soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés. L'équité exige que les

⁷¹ Idem, pp.14-15.

ménages les plus pauvres ne soient pas frappés de façon disproportionnée par les dépenses de santé par rapport aux ménages plus aisés.

En terme du droit d'accès aux médicaments, ils doivent être largement accessibles sur le plan économique (autrement dit abordables), y compris pour les pauvres, d'où des implications majeures en termes de financement et de prix des médicaments, et la nécessité de réformer les régimes de taxes et autres droits à l'importation s'ils contribuent à mettre les médicaments hors de la portée des pauvres ».

iv) Accessibilité de l'information : *« l'accessibilité comprend le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées concernant les questions de santé. Toutefois, l'accessibilité de l'information ne doit pas porter atteinte au droit à la confidentialité des données de santé à caractère personnel.*

Les malades et les professionnels de la santé doivent pouvoir obtenir des renseignements fiables sur les produits afin de pouvoir prendre des décisions éclairées et d'utiliser les médicaments en toute sécurité ».

c) Acceptabilité : *« Les installations, biens et services en matière de santé doivent être respectueux de l'éthique médicale et être appropriés sur le plan culturel, c'est-à-dire respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des communautés, réceptifs aux exigences spécifiques liées au sexe et au stade de la vie et être conçus de façon à respecter la confidentialité et à améliorer l'état de santé des intéressés.*

Sous l'angle du droit d'accès aux médicaments, ils doivent donc être disponibles et accessibles, mais ils doivent aussi être acceptables sur le plan culturel et conforme à l'éthique médicale. Ainsi, des mesures nationales devraient encourager la bonne utilisation des médicaments traditionnels dans le cadre des systèmes de santé; par ailleurs, aucun essai clinique ne devrait être fait sans le consentement éclairé des sujets cobayes ».

d) Qualité : *« Outre qu'ils doivent être acceptables sur le plan culturel, les installations, biens et services en matière de santé doivent également être scientifiquement et médicalement appropriés et de bonne qualité, ce qui suppose, notamment, du personnel médical qualifié, des médicaments et du matériel*

hospitalier approuvés par les instances scientifiques et non périmés, un approvisionnement en eau salubre et potable et des moyens d'assainissement appropriés.

Dans le sens du droit d'accès aux médicaments, les médicaments doivent en outre être de bonne qualité. S'ils sont mis au rebut dans les pays du Nord parce qu'ils sont périmés et donc dangereux, ils ne doivent pas être recyclés dans les pays du Sud. Et comme ils peuvent être contrefaits ou altérés, les États doivent se doter d'un organisme de réglementation chargé d'en vérifier l'innocuité et la qualité ».

Par contre, le paragraphe 2 de l'article 12 apporte l'énumération non exhaustive d'exemples d'indications sur l'action à mener par les États. Il s'agit d'exemples génériques spécifiques de mesures découlant de la définition du droit à la santé au sens large figurant au paragraphe 1 de l'article 12, illustrant ainsi le contenu de ce droit.⁷² Nous n'allons pas y revenir au cours de cette section.

2.3. La santé comme droit de l'homme

A. La définition de la bonne santé

Pendant longtemps, la santé a été entendue dans un sens organique. Ainsi en Egypte, la santé était confinée dans le traitement des maladies. En France, le mot apparut vers 1050 vient du latin *sanitatem*, accusatif de *sanitas*, issu de *sanus* (sain) et désigne le bon état physiologique d'un être vivant⁷³.

Une personne en bonne santé est une personne qui n'est ni malade ni infirme, ni sur le plan physique, ni sur le plan mental. C'est le sens traditionnel auquel se réfère J.-M. Auby : la santé peut être définie comme « *l'état d'une personne non atteinte de maladies ou d'imperfections organiques ou fonctionnelles susceptibles de limiter son*

⁷² Nations Unies, Conseil économique et social, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁷³ Jourdain Fortier, 2006, pp.9-10.

activité physique ou mentale.»⁷⁴ Par conséquent, être en bonne santé, c'est le fait de ne pas être malade.

Cependant aucun texte juridique ne définit réellement la notion de santé, si ce n'est peut être le préambule de la constitution de l'OMS du 22 juillet 1946. Ainsi la santé est définie comme « *un état de complet bien être physique, mental et social et ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.*»⁷⁵ La compréhension de la notion s'est cependant compliquée avec l'adoption de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) d'une définition bien plus large et plus floue⁷⁶ qui s'explique par la qualité des rédacteurs de cette constitution. En effet, l'OMS fut mise en place par des politiques et des diplomates. Très peu de médecins y participèrent.⁷⁷

La santé est devenue une notion dont on peine à cerner le contenu. Si la définition ainsi proposée ne permet pas d'en délimiter avec précision les contours, c'est parce qu'elle entend la notion en un sens plus large que celui qu'elle reçoit dans le langage courant.

Envisagée par référence à la définition du « *bien être* », la santé dépasse largement l'idée de l'absence d'état pathologique chez un individu et renvoie à un contexte social favorable à l'épanouissement, logement, travail, repos, loisir, etc.⁷⁸

C'est d'ailleurs ce que laisse entendre, deux ans plus tard après l'adoption de la Constitution de l'OMS, l'article 25, § 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui a jeté les bases du cadre juridique international du droit à la santé en ce terme « *toute personne a un droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de*

⁷⁴ Auby, 1981, p.11.

⁷⁵ Sauvat, 2004, p.26.

⁷⁶ Jourdain Fortier, 2006, p.10.

⁷⁷ Sauvat, 2004, p.26.

⁷⁸ Jourdain Fortier, 2006, pp.10-11

maladie, d'invalidité, de veuvage, de veillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de substance par la suite de circonstances indépendantes de sa volonté.»⁷⁹

On peut s'apercevoir *inter alia* que la déclaration universelle des droits de l'homme, laquelle est la base de tous les droits de l'homme, mentionne le droit à la santé en connexion avec d'autres droits créances ou droits économiques sociaux et culturels. Cette déclaration fait apparaître sans ambages la notion de l'indissociabilité et de l'interdépendance des droits de l'homme. Cette notion sera développée *infra* dans une section III de ce chapitre.

C'est encore l'idée ci-haut élucidée qui a été reprise par le Conseil économique et social dans une observation générale n°14, du 11 août 2000 en ces termes « *Le droit à la santé est étroitement lié à d'autres droits de l'homme et dépend de leur réalisation : il s'agit des droits énoncés dans la charte internationale des droits de l'homme, à savoir les droits à l'alimentation, au logement, au travail, à l'éducation, à la dignité humaine, à la vie, à la non discrimination et à l'égalité, le droit de ne pas être soumis à la torture, le droit au respect de la vie privée, le droit d'accès à l'information et les droits à la liberté d'association, de réunion et de mouvement. Ces droits et libertés, notamment, sont des composantes intrinsèques du droit à la santé.* »⁸⁰

L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976 est la pierre angulaire de la protection du droit à la santé dans la législation internationale. Le Pacte introduit des dispositions juridiquement contraignantes applicables à toutes les personnes dans les 154 Etats qui l'ont ratifié jusqu'au 19 Septembre 2006.⁸¹ Des garanties supplémentaires destinées à protéger le droit à la santé des groupes marginalisés sont énoncées dans les traités internationaux spécialement conçus pour des groupes déterminés.

⁷⁹ Nations Unies, Résolution 217 (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948 portant Déclaration universelle des droits de l'homme, article 25.

⁸⁰ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.2.

⁸¹ 19 Septembre 2006: The Maldives devient 154ème Etats partie au PIDESC, en ligne <http://www.ohchr.org/french/bodies/cescr/index.htm>, visité le 20 mai 2007.

Mais de première vue, la notion de bien être reprise dans la Constitution de l'OMS est abandonnée par le PIDESC du 16 décembre 1966. Ainsi l'article 12, §1 stipule que : « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.* »

Le droit à la santé tel que défini au paragraphe 1^{er} de l'article 12 du PIDESC est interprété par le conseil économique et social des Nations Unies comme « *un droit global, dans le champ duquel entrent non seulement la prestation de soins de santé appropriés en temps opportun, mais aussi les facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'accès à l'eau salubre et potable et à des moyens adéquats d'assainissement, l'accès à une quantité suffisante d'aliments sains, la nutrition et le logement, l'hygiène du travail et du milieu et l'accès à l'éducation et à l'information relatives à la santé, notamment la santé sexuelle et génésique. Un autre aspect important est la participation de la population à la prise de toutes les décisions en matière de santé aux niveaux communautaire, national et international* »⁸². La santé peut être sous entendue ici comme un facteur interdépendant et la poursuite d'un processus vital.

Il en est de même pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. En effet, dans son observation n°14 du 11 août 2000, il a fait remarquer que lors de la rédaction de l'article 12 du PIDESC, la Troisième Commission de l'Assemblée générale de l'ONU n'a pas repris la définition de la santé contenue dans le préambule de la Constitution de l'OMS, pour laquelle « *la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». Toutefois, la formulation "*le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre*" figurant au paragraphe 1 de l'article 12 du Pacte *ne se limite pas au droit aux soins de santé. Au contraire, comme il ressort du processus d'élaboration et du libellé spécifique du paragraphe 2 de l'article 12, le droit à la santé englobe une grande diversité de facteurs socioéconomiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains peuvent mener une vie saine, et s'étend aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'alimentation et la nutrition, le logement, l'accès à*

⁸² Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

*l'eau salubre et potable et à un système adéquat d'assainissement, des conditions de travail sûres et hygiéniques et un environnement sain.*⁸³

C., Jourdain Fortier rajoute que si la santé doit être appréhendée par rapport à un ensemble de facteurs socioéconomiques, ce n'est que dans la mesure où de tels facteurs ne permettraient pas aux individus de mener une « vie saine », c'est-à-dire finalement non dangereuse pour leur état physiologique. C'est donc *in fine*, une référence à un état objectif qui est faite : celui de l'absence d'altération organique et fonctionnelle chez une personne, l'idée subjective de confort qui accompagne la notion de « *bien être* » semble plus lointaine. Les deux notions sont en effet différentes : une personne peut éprouver du bien être et pour autant être malade. On glisserait donc vers une conception plutôt objective de la santé, antinomique de celle de la maladie.⁸⁴

Enfin, d'après Bertrand Mathieu⁸⁵ : « *Quelle que soit la définition qui est donnée à la santé, le droit ne peut se formuler que comme un droit à des prestations de santé* ».

B. La reconnaissance du droit à la santé

D'une façon internationale, c'est avec la création de l'OMS que pour la première fois le droit à la santé était au niveau international. En effet, la Constitution de l'OMS adoptée en 1946 proclame : « *La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale.* »

⁸³ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁸⁴ Jourdain Fortier, *Idem*, pp.12-13.

⁸⁵ Mathieu, 1998, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm> (visité le 05 mai 2007).

Au fil du temps, cette reconnaissance a été réitérée par d'autres instruments juridiques internationaux et régionaux des droits de la personne.

Plus précisément, ce n'est que deux ans après la constitution de l'OMS, que la Déclaration universelle des droits de l'homme dans son article 25, § 1, a jeté les bases du cadre juridique international du droit à la santé. Depuis lors, le droit à la santé a été inscrit dans de nombreux traités internationaux et régionaux juridiquement contraignants relatifs aux droits de l'homme.⁸⁶

Le PIDESC a, quant à lui, repris la notion du droit à la santé et est la pierre angulaire de la protection du droit à la santé dans la législation internationale⁸⁷. En effet, dans l'art. 12 du PIDESC, les États parties reconnaissent « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ». Cet article identifie quelques mesures que l'État devrait prendre pour « *assurer le plein exercice de ce droit* ».

On se rappellera que la reconnaissance de la protection du droit à la santé est énoncée en outre par les textes phares des Nations Unies sur les Droits de l'homme. Ainsi, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à l'alinéa *iv* du paragraphe e) de l'article 5, institue en faveur des groupes raciaux et ethniques des garanties concernant la protection « *du droit à la santé (et aux soins médicaux)* ».

La Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes comporte plusieurs dispositions, en particulier les articles 11 1) f, 12 et 14 2) b, garantissant le droit des femmes à la santé et établit l'obligation d'adopter les mesures adéquates pour garantir aux femmes l'accès à la santé et aux soins médicaux, sans la moindre discrimination, y compris l'accès aux services du planning familial. Il établit aussi l'engagement de garantir les soins médicaux adéquats à la mère et à l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant contient des dispositions complètes et détaillées sur le droit de l'enfant à la santé, notamment l'article 24, qui est

86 Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, p.3.

⁸⁷ Idem, p.3.

entièrement consacré au droit de l'enfant à la santé, et le § 3 de l'article 3, les articles 17, 23, 25, 32 et 28, qui énoncent des garanties en faveur des groupes d'enfants particulièrement vulnérables.

Outre la reconnaissance inscrite dans les normes internationales, le droit à la santé est aussi reconnu au niveau régional.

L'article 16 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples contient un droit à la santé au plus haut niveau possible, pour lequel « *les mesures nécessaires* » devront être prises. Elle garantit aussi les services médicaux en cas de maladie. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant contient aussi la reconnaissance du droit à la santé à son article 14.

L'article 11⁸⁸ de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (DADDH) adoptée à Bogota, Colombie, le 30 avril 1948⁸⁹ au même moment que la Charte l'OEA (voir supra), instaure le droit à la préservation de la santé grâce à des mesures sanitaires et sociales (nourriture, habillement et soins médicaux), tandis qu'elle conditionne sa mise en œuvre au niveau des ressources publiques et de la communauté. La déclaration est l'instrument de référence pour interpréter « *les droits de l'homme mentionnés dans la Charte* ». Elle a été adoptée sous forme d'une simple recommandation, en annexe aux travaux de la conférence, la DADDH, a vu son statut juridique s'affirmer du fait de la pratique de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui a examiné de nombreuses pétitions individuelles sur le fondement de la Déclaration.⁹⁰

L'article 34 (i) et (l) dans la Charte de l'Organisation des États américains (OEA) adoptée à Bogota le 30 avril 1948 par la IX^e conférence internationale américaine (puis amendée par le Protocole de Buenos Aires le 27 février 1967) affirme parmi les objectifs qui contribuent au développement intégral de la personne, l'accès à la

⁸⁸ L'article 11 est ainsi stipulé : « *Toute personne a droit à ce que sa santé soit préservée par des mesures sanitaires et sociales, en ce qui concerne l'alimentation, l'habillement, le logement et les soins médicaux, qui seront établies proportionnellement aux ressources publiques et à celles de la communauté* ». La déclaration est l'instrument de référence pour interpréter « les droits de l'homme mentionnés dans la Charte ».

⁸⁹ Sudre, 2006, p.162

⁹⁰ Idem, p.162.

connaissance de la science médicale moderne et à des conditions convenables de vie en ville.

Il en est de même pour la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, adoptée par les États membres de l'OEA à San José (Costa Rica) le 22 novembre 1969, elle entre en vigueur le 18 juillet 1978⁹¹ qui fait indirectement allusion au droit à la santé. En effet, son article 26 se réfère à l'engagement des États parties à prendre des mesures pour garantir « *la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États américains.*»

Le protocole additionnel du San Salvador du 17 novembre 1988, est entré en vigueur le 16 novembre 1999 et constitue le 2^e protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme après celui relatif à l'abolition de la peine de mort du 08 juin 1990 (entrée en vigueur le 28 août 1999).⁹² L'article 10 de ce protocole, met explicitement en avant le « droit à la santé » pour tous les individus. Il énumère six mesures qui devraient être prises par les États parties pour garantir ce droit, incluant le développement de réseaux de soins universels de santé primaires. De plus, l'article 11 garantit le droit à un environnement sain. Néanmoins, le protocole écarte la possibilité de soumettre des requêtes individuelles devant les organes de suivi du système inter américain en ce qui concerne le droit à la santé.

L'article 11 de la Charte sociale européenne, adoptée à Turin dans le cadre du Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965⁹³ fait référence au droit à la protection de la santé. Pour sa réalisation, elle propose des activités de promotion de la santé, d'éducation et de prévention. Le paragraphe 13 de la première partie garantit l'accès à l'assistance sociale et médicale pour les indigents. De même, l'article 3 de la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : dite Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine a été

⁹¹ De Schutter, Tulkens & Van Drooghenbroeck, 2005, p.702.

⁹² Idem, pp. 725-734.

⁹³ Idem, p. 405.

adoptée à Oviedo, le 04 avril 1997 et est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999, garantit un accès égal aux soins.⁹⁴

Effectivement, la reconnaissance s'est incorporée progressivement dans les constitutions nationales. À ce jour, un nombre important d'États ont inclus le droit à la santé dans leurs constitutions et l'assimile au droit à la protection de la santé des personnes ou établi un rôle clair de l'État en matière de politique de santé.

Au niveau national, le droit à la santé est reconnu dans plus d'une constitution et il peut être considéré comme un « *objectif à valeur constitutionnelle.* »⁹⁵ Cependant certaines constitutions garantissent le « droit à la protection de la santé », d'autres carrément utilisent le concept « droit de la santé ». Ainsi donc, l'article 11 de la Constitution du Grand Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868 stipule : « *la loi organise la sécurité sociale, la protection de la santé et le repos des travailleurs et garantit les libertés syndicales* ». La Constitution italienne du 27 décembre 1947 quant à elle proclame à son article 32 que : « *La République protège la santé publique comme droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et assure les soins gratuits aux indigents* ». Il en est de même pour la constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978, où dans son article 43 affirme que « *le droit à la protection de la santé* » et ajoute en outre qu' « *il incombe aux pouvoirs publics d'organiser et de protéger la santé publique par les mesures préventives et services nécessaires* ».

Il en va de même pour la Constitution du Mali du 25 Février 1992 qui affirme à son article 17 que « *L'éducation, l'instruction, la formation, le travail, le logement, les loisirs, la santé, et la protection sociale constituent des droits reconnus* ». La Constitution du Togo du 14 Octobre 1992 affirme à son article 34 que « *L'Etat reconnaît aux citoyens le droit à la santé* ». C'est la même formulation d'ailleurs qui a été adoptée par le législateur Burkinabé dans la Constitution du 02 Juin 1991 en consacrant le droit à la santé. Il est en effet affirmé à l'article 26 de la Constitution du Burkina Fasso que « *Le droit à la santé est reconnu* ». La Constitution du Rwanda du

⁹⁴ Idem, 2005, p. 465.

⁹⁵ Mathieu, 1998, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc6/mathieu.htm> (visité le 05 mai 2007).

04 juin 2003, quant à elle, fait ressortir l'idée selon laquelle le citoyen a, non seulement des droits, mais également des devoirs en matière de santé et stipule à son article 41 que « *Tous les citoyens ont des droits et des devoirs en matière de santé. L'Etat a le devoir de mobiliser la population pour les activités de protection et de promotion de la santé et de contribuer à leur mise en œuvre* ». Bref, la plupart des législateurs africains utilisent carrément le concept « *droit à la santé* » au lieu de reprendre celui de la « *protection sociale* » plus utilisé par les législateurs occidentaux.

C. Le droit à la santé comme un droit de la 2^e génération

La DUDH comprend parmi ses clauses une variété relativement exhaustive de droits, parmi lesquels non seulement les droits « classiques », civils et politiques, mais aussi un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels. Comment est elle arrivée à la bifurcation ?

Selon son intention originale, après avoir établi la DUDH, la Commission des droits de l'homme commença à rédiger un traité international des droits de l'homme. Ce projet s'avéra plus difficile que prévu. Lorsque le moment vint pour la Commission de commencer à délibérer sur ce sujet⁹⁶, en 1966, après plus de 15 ans de négociations, et ce, dans le climat tendu de la guerre froide, ce n'est pas un, mais bien deux Pactes qui ont été adoptés. Les différences de point de vue entre le bloc communiste, mettant l'accent sur les droits économiques, sociaux et culturels et le bloc capitaliste, sur les droits civils et politiques, n'ont pas pu être résolues.⁹⁷ La dispute entre ces deux blocs politiques vis-à-vis des droits humains se manifestait par des différences sur la priorité de certaines catégories de droits humains et leur méthode de mise en application.

⁹⁶ Les perspectives historiques sur les Droits ESC, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-2.htm> (visité le 02 mai 2007).

⁹⁷ Lignes des droits et libertés, p.7, disponible sur <http://www.liguedesdroits.ca/documents/desc/guide.pdf> (visité le 30 mars 2007).

Les États socialistes défendaient la cause des droits ESC, qu'ils associaient aux buts d'une société socialiste. Ils croyaient aussi que la mise en œuvre de droits devait être effectuée par des organes politiques, plutôt que judiciaires, à la différence de l'Ouest. Les États occidentaux insistaient sur la priorité des droits civils et politiques, qu'ils considéraient comme faisant partie intégrante des fondements de la liberté et de la démocratie. Ils soutenaient aussi fermement la création d'un comité ou d'une Cour des droits de l'homme qui superviserait leur mise en application⁹⁸. C'est dans cette optique d'ailleurs que naquit peu après, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée à Rome le 04 novembre 1950, entrée en vigueur le 03 septembre 1953 dite Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit en son sein une Cour européenne des droits de l'homme. Signalons au passage que la CEDH ne consacre que les droits civils et politiques. Les droits économiques, sociaux et culturels étant consacrés par la Charte sociale européenne de 18 octobre 1961.

Le résultat de cette polarisation sur la guerre froide fut effectivement d'empêcher l'adoption d'un seul traité recouvrant tout. Le traité proposé fut divisé en deux parties, l'une traitant des droits civils et politiques, l'autre des droits économiques, sociaux et culturels et chaque partie fut rédigée en un traité distinct. La dispute prolongea également considérablement le processus de rédaction, qui continua jusqu'en 1966. Finalement, l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) en 1966, conclut le travail des Nations Unies sur ce qui est appelé la Charte internationale des droits de l'homme.⁹⁹

La principale différence entre les deux pactes tels qu'ils furent adoptés, en dehors de la différence évidente de sujet, est que le PIDCP envisage spécifiquement la création d'un Comité des droits de l'homme composé d'experts indépendants chargés de la responsabilité de superviser la mise en application par, entre autres moyens, un système de pétitions. Le PIDESC, en revanche, devait être mise en application par le

⁹⁸ Les perspectives historiques sur les Droits ESC, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-2.htm> (visité le 02 mai 2007).

⁹⁹ Les perspectives historiques sur les Droits ESC, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-2.htm> (visité le 02 mai 2007).

Conseil économique et social, un organe politique des Nations Unies qui devait superviser une procédure de rapports. Ce dernier arrangement s'est avéré être une entrave au développement du PIDESC, qui ne fut surmontée qu'à la création du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 1986.¹⁰⁰

De toute évidence, le PIDESC en tant que l'un des instruments composant la charte internationale des droits de l'homme et un instrument juridique des droits de l'homme, génère des faiblesses car il ne possède pas d'emblée l'équivalent d'un système de prise en considération de plaintes individuelles ou de groupes.

Le droit d'accès aux soins de santé ou plus largement le droit à la santé est par excellence un des droits économiques, sociaux et culturels et par conséquent accuse des faiblesses de *justiciabilité* comme le laisse voir les lignes précédentes. Contrairement à ce que l'expérience accumulée en matière de jurisprudence sur le droit à la santé aux niveaux national, régional et international donne à penser, la question d'ordre général que constitue la *justiciabilité* de ce droit en particulier et des droits économiques, sociaux et culturels en général, notamment ceux consacrés dans le PIDESC, n'est pas réglée.

C'est ainsi que la solution envisageable, du moins juridiquement, était d'entreprendre la rédaction d'un projet de protocole facultatif pour permettre la prise en compte de requêtes individuelles. Ce projet a été rédigé par le CDESC mais il est peu probable qu'il soit adopté par les Etats dans un avenir proche.

Cependant, la situation actuelle a cependant ses avantages. Premièrement, les individus et groupes ont l'opportunité de soumettre des informations au CDESC alléguant des violations des droits prévus par le Pacte, et cela, à l'occasion, peut inciter le comité à solliciter une réponse particulière auprès des États. Dans une certaine mesure, le système fonctionne donc de façon " quasi judiciaire " puisqu'il apporte au moins un exutoire potentiel aux plaignants.¹⁰¹

¹⁰⁰ Les perspectives historiques sur les Droits ESC, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-2.htm> (visité le 02 mai 2007).

¹⁰¹ Le cercle des droits, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-3.htm> (visité le 02 mai 2007).

Section 3. Le statut juridique du droit à la santé

3.1. L'indivisibilité et l'interdépendance du droit à la santé avec d'autres droits

Aujourd'hui, une partie de la doctrine et des Etats considèrent que cette division des droits en deux catégories est une erreur historique. En effet, le respect des droits civils et politiques ne vaut rien s'il n'est pas complété par le respect des droits économiques, sociaux et culturels, et vice versa.¹⁰²

Les mouvements de contestation de l'universalité des droits de l'homme ont continué malgré l'introduction des droits économiques, sociaux et culturels dans l'ensemble des droits de l'homme en s'appuyant sur caractère occidental de ces droits comme argument principal. La proclamation internationale de Téhéran du 13 mai 1968 adoptée à l'unanimité par la Conférence internationale des droits de l'homme et la Conférence mondiale de Vienne du 25 juin 1993 des Nations unies sur les droits de l'homme ont traité du problème de l'Universalité des droits de l'homme et de la conception de ces droits.

Ainsi le paragraphe 2 de la proclamation de Téhéran stipule : « *la déclaration universelle des droits de l'homme exprime la conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de la famille humaine et constitue une obligation pour les membres de la communauté internationale.* »¹⁰³

A son tour, la Déclaration de Vienne proclame au 1^{er} paragraphe *in fine* que « *le caractère universel des droits de l'homme et des libertés est incontestable* », au paragraphe 37 que les mécanismes régionaux « *devraient renforcer les normes universelles* » en matière de promotion et protection des droits de l'homme.

¹⁰² Ligue des droits et libertés, p.7, disponible sur <http://www.liguedesdroits.ca/documents/desc/guide.pdf> (visité le 30 mars 2007).

¹⁰³ Nations Unies, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 à 3 (1968), disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/french/l2ptichf.htm> (visité le 12 Février 2007).

Plus intéressant au paragraphe 5, il est affirmé que « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés.* »¹⁰⁴

Effectivement, à la lecture de l'article 25-1 de la DUDH, on s'aperçoit directement du caractère de l'indivisibilité et de l'interdépendance du droit à la santé. Il est quasiment impossible d'examiner le droit à la santé de façon isolée, car il touche aux aspects des droits civils et politiques et à ceux des droits économiques, sociaux et culturels.

Nous n'avons pas l'intention de développer tous les droits connexes au droit à la santé cité à l'article 25-1 de la DUDH mais cependant, nous allons en étudier quelques uns à titre illustratif notamment le droit à la nourriture, le droit au logement et le droit à la vie.

A. *Le droit à la nourriture:*

Le droit à la nourriture est un droit fondamental qui est reconnu dans plusieurs instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme. Le PIDESC le traite très clairement à son article 11, §1-2. Au niveau régional, les articles 12-2 et 24-2 (c), respectivement sur la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et sur la Convention sur les droits de l'enfant (CDE) affirment le droit à la nourriture et les considère comme faisant parti du droit à la santé des enfants et des femmes.

Le droit fondamental à une nourriture suffisante est d'une importance cruciale pour la jouissance de tous des droits

En conséquence, quand la capacité d'une communauté à produire la nourriture est réduite, et que l'accès à la nourriture est menacé, des éléments de la santé sont *ipso facto* en danger. Les questions sur le droit à la nourriture sont indissociables et interdépendantes avec celles de la santé. C'est pour cela d'ailleurs que des

¹⁰⁴ Nations unies, Assemblée Générale, A/CONF.157/23, 1993.

programmes d'alimentation et d'approvisionnement de nourriture sont des composants substantiels des stratégies de soins de santé primaires.

En accord avec l'Observation générale n°12 sur le droit à la nourriture du Conseil économique et social des Nations Unies, des stratégies nationales sur le droit à la nourriture doivent être développées en coordination avec le développement de mesures de santé.¹⁰⁵ Ce qui est évident, c'est que le droit à l'alimentation est étroitement lié au droit à la santé. Même si vous avez accès aux médicaments ARV, si vous n'avez pas l'accès à la nourriture, rien n'est plus sûr, les médicaments ne seront pas efficaces.

B. Le droit à un logement

Le droit au logement a été énoncé par l'article 25 de la DUDH et affirmé par le PIDESC. En effet, il est stipulé à l'article 11-1 du PIDESC que « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie..., y compris un logement suffisant...* ».

Ce qui importe ici, ce n'est pas de répertorier toutes les références légales mais bien plus de souligner l'interaction entre le droit à un logement adéquat et la disponibilité de l'hygiène et l'accès à une eau salubre et potable en tant que facteurs fondamentaux déterminants de la santé.

Qu'advierait-il d'une personne qui n'a pas accès au logement et qui doit passer la nuit sous la belle étoile en plein hivers ou passera toute la journée sous un soleil accablant ? Sans aucun doute, elle tombera malade. *Quid* de la personne qui a accès aux médicaments et qui jouit du droit à la santé mais qui n'a pas un logement adéquat ? Ces deux droits sont indivisibles et interdépendants, d'ailleurs il suffit de lire l'énoncé de l'article 25 de la DUDH pour s'en rendre compte *prima facie*.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/1999/5, 1999, p.6.

¹⁰⁶ Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/1992/23 (1992), 1991 et Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc. E/C.12/1997/4, 1997.

C. *Le droit à la vie:*

Il est largement affirmé que les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas fondamentalement différents les uns des autres, ni dans le droit ni dans la pratique. Tous ces droits sont indivisibles et interdépendants.¹⁰⁷ A cet effet, d'après le Juge Antônio Cançado Trinidad, Président de la CADH, « *La privation arbitraire de la vie ne se limite pas à l'acte illicite d'homicide ; elle s'étend à la privation du droit de vivre dans la dignité. Selon cette perspective, le droit à la vie fait partie des droits civils et politiques, mais aussi des droits économiques, sociaux et culturels, ce qui illustre l'interrelation et l'indivisibilité de l'ensemble des droits humains.* »¹⁰⁸

Plus loin encore et dans le même sens, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, dans Observation générale n° 6, paragraphe 5, interprète le droit à la vie : « *...le Comité estime qu'il serait souhaitable que les Etats parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, et en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies.* »¹⁰⁹ Le Comité fait allusion au droit à la nourriture comme un déterminant du droit à la santé et précise qu'il faut qu'il y ait des mesures plutôt positives de l'Etat, pour diminuer la mortalité infantile et accroître l'espérance de vie (droit à la santé). Voilà encore une fois, l'idée de l'interaction, l'interdépendance et l'indivisibilité du droit à la santé qui s'affirme avec le droit à la vie, jadis classé comme un droit civil et politique.

¹⁰⁷ Nations Unies, Haut Commissariat aux droits de l'homme, 2004, ISBN 92-1-154163-8, p.3.

¹⁰⁸ Cité par Antônio Cançado Trinidad, Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans Affaire *Villagrán Morales et autres* (enfants des rues), arrêt du 19 novembre 1999 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, séries C I/A, opinion des juges Cançado Trinidad et Abreu-Burelli [traduction non officielle], in Dignité et droits humains, *Une introduction aux droits économiques, sociaux et culturels*. Amnesty international, Index AI : POL 34/009/2005, disponible sur <http://web.amnesty.org/library/index/frapol340092005> (visité le 01 Mai 2005).

¹⁰⁹ Nations unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, UN Doc.HRI\GEN\1\Rev.1,1994, paragraphe 5.

3.2. La *justiciabilité* du droit à la santé

La *justiciabilité* du droit est définie comme étant la possibilité pour quelqu'un de défendre ses droits devant les instances judiciaires. En effet, pour qu'un droit soit justiciable il faut que tout individu puisse faire garantir le respect de ce droit devant un organe judiciaire ou quasi judiciaire, qui appliquera le droit et dira s'il y a eu ou non violation de ce droit par l'Etat ou un tiers. Cette juridiction condamnera le responsable à une réparation matérielle ou morale. C'est grâce à la *justiciabilité* du droit que ce droit pourra être exigible par tout individu.¹¹⁰

La question de l'exigibilité et de *justiciabilité* se pose en lien avec la nature et la portée particulière des droits économiques sociaux et culturels. Toutefois, dans la doctrine et dans la pratique, nombreuses sont les approches qui ont, de façon arbitraire, affirmé cette particularité à l'opposé des droits civils et politiques. En effet, on a considéré que les droits civils et politiques étaient individuels instituant des obligations négatives (« *ne pas faire* »), lesquelles sont de surcroît qualifiées et mesurables entraînant une obligation de résultat et le tout créant les conditions de *justiciabilité* et de réparation. Les droits économiques sociaux et culturels, en revanche, seraient d'ordre collectif, instituant des obligations de moyens à apprécier à travers des mesures programmatiques et graduelles.¹¹¹

La distinction a été discutée dans la mesure où, relevant d'une volonté de secondariser les droits économiques et sociaux, elle serait de nature à "renforcer l'idée selon laquelle leur violation est moins grave que celle des droits civils et politiques.»¹¹²

A cet effet, des délégations des représentants des Etats et d'Organisations gouvernementales et non gouvernementales, au sujet des options concernant l'élaboration d'un protocole facultatif du PIDESC, ont noté en le regrettant que, malgré le consensus régnant dans la communauté internationale au sujet de l'universalité et de l'indissociabilité de tous les droits de l'homme, elle n'accordait

¹¹⁰ Réseau des centres de documentation et d'information pour le développement et la solidarité internationale, http://www.ritimo.org/F/Droit/Desc/Desc_justiciabilite.html (visité le 21 Avril 2007).

¹¹¹ Wolf, 2003, p.37.

¹¹² Levinet, 1996, p.3.

pas encore aux droits économiques, sociaux et culturels le même degré de priorité qu'aux droits civils et politiques. Elles ont estimé que l'élaboration d'un protocole facultatif constituerait une avancée dans le sens d'un rééquilibrage.¹¹³

Le droit à la santé se situe, nous l'avons déjà dit, plutôt au niveau des droits économiques sociaux et culturels et cela fait qu'il soit, aux yeux des instruments internationaux, non justiciable, bien qu'il soit reconnu comme l'un des droits fondamentaux.

L'un des enjeux pour le respect des DESC est leur *justiciabilité*, permettre de les défendre devant des instances judiciaires. Elle est au centre des revendications des ONG et de la société civile en général. L'adoption du protocole facultatif du pacte international relatif aux DESC permettrait à toute personne victime de violation ou non-respect d'un DESC de porter plainte contre un Etat devant un organe judiciaire ou quasi judiciaire.¹¹⁴

La *justiciabilité* des droits économiques, sociaux et culturels et notamment du droit à la santé s'est développée progressivement depuis un certains temps, dans quelques pays. Ainsi certaines juridictions ont tranché les affaires mettant en cause le droit à la santé.

La Cour Suprême de Venezuela, Division Constitutionnelle a rendu un verdict en date du 06 avril 2001 affirmant que le fait de ne pas donner le traitement aux personnes vivant avec le VIH/sida constituait une violation au droit à la santé et une menace évidente au droit à la vie. La cour le dit en ces termes: « *A group of persons living with HIV and covered by Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) filed an amparo action against IVSS requesting it to ensure regular and consistent supply of triple-therapy drugs and other drugs needed to treat opportunistic diseases, as well as to provide coverage of expenses of all necessary medical tests. The petitioners also requested that the effect of the decision be extended to all HIV-positive persons covered by IVSS. The Court found that the failure denounced by the petitioners was a violation of the right to health and a threat to the right to life, as*

¹¹³ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2004/44, 2004, p.6.

¹¹⁴ Réseau des centres de documentation et d'information pour le développement et la solidarité internationale, http://www.ritimo.org/F/Droit/Desc/Desc_justiciabilite.html (visité le 21 Avril 2007).

well as a breach of the right to the benefits of scientific and technological progress, and to social security, as set forth by the Constitution of Venezuela and international human rights conventions. Furthermore, the Court decided in favor of extending the effect of its decision to all persons in the same situation, considering this derived from the right to effective court protection. Consequently, the Court granted the amparo requested by the petitioners and extended its effect to all HIV-positive persons covered by IVSS who legally qualified for social security benefits and who requested IVSS to supply the drugs and to cover treatment specific medical tests»¹¹⁵.

Par conséquent, cette décision couvre toutes les personnes qui sont dans la même situation que les requérants et leur permet de pouvoir bénéficier de mêmes droits. Il est bien entendu que la décision de cette haute Cour Vénézuélienne confirme l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme comme déjà traitées ci haut.

Il en est de même pour le cas opposant *Paschim banga Khet Samity v. State of West Bengal*, Cas n°169, Jugement du 06 mai 1996, où la Cour Suprême de l'Inde a montré que le droit à la vie inclut également l'obligation de fournir le traitement médical nécessaire pour préserver la vie humaine (voir supra dans l'introduction).

On ne peut pas passer sous silence le jugement *Treatment Action Campaign et al c. Minister of Health et al.* rendu en décembre 2001 en Afrique du Sud par la Chambre de la Cour suprême, division de la province du Transvaal, affaire n°21182/2001 et qui insinuait que la politique du gouvernement consistant à interdire l'usage d'un médicament, la névirapine, en dehors des établissements pilotes, *constituait une restriction excessive de l'obligation de réaliser progressivement le droit à la santé.* Elle a conclu que le gouvernement devait élargir à l'ensemble du pays le programme de prévention de la transmission de la mère à l'enfant, puis envisager les modalités de mobilisation des ressources nécessaires.¹¹⁶

¹¹⁵ Voir cette décision à : <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3013-021202-02-0481.htm>, (visité le 24 avril 2007).

¹¹⁶ *Treatment Action Campaign et al c. Minister of Health et al.* Chambre de la Cour suprême, division de la province du Transvaal, affaire n°21182/2001, in <http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/mtctjudgement.doc>, (visité le 24 février 2007).

Dans la plupart de cas, il a été fait renvoi, que ce soient pour les demandeurs (dans leurs argumentations des faits) ou les juridictions (dans leurs exposés des motifs et verdict), soit au PIDESC ou encore à la constitution.

Le défi à ce jour en est que la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 8) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2) reconnaissent que toute personne dont les droits ont été violés a droit à un recours effectif, ou utile, mais le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels lui ne comporte pas de disposition analogue et ne prévoit pas actuellement de procédure de recours.

Cependant, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a soumis à la Commission des droits de l'homme un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte qui permettrait aux particuliers et aux groupes de déposer des plaintes pour non-respect du Pacte.¹¹⁷

Or, comme l'affirme le réseau des centres de documentation et d'information pour le développement et la solidarité internationale¹¹⁸, le protocole facultatif n'est pas une nouveauté. En effet, depuis la Convention de Vienne de 1993 les Nations Unies ont pour projet l'élaboration de ce protocole mais des nombreuses difficultés dues aux réticences de certains Etats le retardent. Des groupes de travail ont été créés en 2003 en vue de faire avancer le protocole. Ils sont formés d'experts externes, d'ONG et des représentants des Etats qui, depuis peu arrivent enfin à dialoguer malgré leurs divergences de conception, ce qui laisse espérer quelques avancées.

¹¹⁷ Nations unies, [Haut Commissariat aux droits de l'homme](#), ISBN 92-1-154163-8, 2004, pp. 26-30.

¹¹⁸ Réseau des centres de documentation et d'information pour le développement et la solidarité internationale, http://www.ritimo.org/F/Droit/Desc/Desc_justiciabilite.html (visité le 21 Avril 2007).

CHAPITRE II : DES CONSEQUENCES DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR LE DROIT D'ACCES AUX MEDICAMENTS A UN PRIX ABORDABLE

Quel accès aux médicaments pour les pays qui sont aujourd'hui majoritairement touchés par des maladies telles que la tuberculose, la malaria ou bien encore le virus du SIDA ?

Cette question, essentielle, ne se pose bien sûr plus dans les pays développés où l'accès aux thérapies notamment pour freiner l'avancée du SIDA est démocratisé, ce qui n'est pas le cas dans les Pays en Voie de Développement (PVD) et encore moins dans les Pays les Moins Avancés (PMA). Ces pays, situés pour la plupart dans l'hémisphère sud, sont également confrontés à des situations économiques, politiques et sanitaires difficiles et très souvent instables. C'est la raison pour laquelle la santé ne fait pas toujours partie des priorités des gouvernements en place.

Cette question de l'accès des PVD et PMA aux médicaments s'est trouvée et se trouve encore aujourd'hui au centre des débats relatifs aux droits de propriété intellectuelle qui ont lieu devant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Elle oppose notamment les grands laboratoires pharmaceutiques et pays développés, soucieux de conserver leurs monopoles grâce aux brevets, aux pays du Sud désireux d'obtenir un plus grand accès aux médicaments, plus particulièrement aux génériques afin de dispenser les soins nécessaires à leurs populations. Encore, faudra t-il insinuer que le concept droit à la santé employé dans ce travail, saurait être compris au sens plutôt restrictif du terme, celui de l'accès aux médicaments, et notamment à ceux permettant de lutter contre certaines pandémies mortelle comme le VIH/sida et les maladies opportunistes qui font ravages dans les pays économiquement faibles et majoritairement affectés.

Le brevet doit il primer sur le droit à la santé et plus précisément sur le droit d'accès aux médicaments à un prix abordable ? C'est bien cette problématique qui sera développée tout en se basant sur les origines de l'accord sur les ADPIC dans un

premier temps, (section I) et en discutant, dans un second temps sur les ADPIC et l'accès aux médicaments (section II).

Section 1 : L'introduction à l'accord sur les ADPIC

1.1. Avant l'accord sur les ADPIC

Dans le cadre des échanges commerciaux, les états élaborèrent également un cadre juridique international pour les relations commerciales. Un premier traité multilatéral, la Charte de la Havane, négocié en 1948 dans le cadre des Nations unies, fut partiellement abandonné, car jugé trop ambitieux, mais une partie de ses dispositions furent reprises dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), accord multilatéral signé le 30 octobre 1947.

L'acronyme désigne à la fois l'accord précité et l'institution internationale créée à la même époque afin de permettre, au rythme de cycles ou plus exactement de Rounds, l'évolution de la réglementation internationale.

C'est le dernier de ces Rounds, l'Uruguay Round, qui signa l'acte de décès du GATT, et le 15 décembre 1993, naquit à Genève, la nouvelle Organisation mondiale du commerce (OMC), dont le traité constitutif fut officiellement signé lors de la Conférence de Marrakech les 14 et 15 avril 1994.¹¹⁹

1.2. L'accord ADPIC (TRIPS en anglais) en date -1994-

«Accord ADPIC» signifie Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce. C'est l'un des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui faisait partie de l'Acte final issu des négociations multilatérales du Cycle d'Uruguay. Il a été signé en avril 1994 à Marrakech par les 125 gouvernements membres de l'OMC à l'époque. Cet accord vise à harmoniser

¹¹⁹ Jourdain Fortier, 2006, p.17.

mondialement la protection de la propriété intellectuelle, notamment dans le domaine de la propriété industrielle : brevets, copyrights, marques, etc. Il fixe un standard minimum en matière de protection de la propriété intellectuelle au sein de l'OMC. Les États membres se sont donc engagés à intégrer ces règles dans leurs lois nationales selon un calendrier fixé par l'OMC, (nous y reviendrons), calendrier qui varie en fonction du niveau de développement des pays. La protection de la propriété intellectuelle s'applique à toutes les inventions et donc, entre autres, aux produits de santé¹²⁰, et notamment les médicaments.

1.3. La déclaration de Doha

Sous l'influence d'un mouvement international pour l'accès aux traitements contre le sida, une déclaration a été signée en novembre 2001 par l'ensemble des pays membres de l'OMC : la «Déclaration de Doha» ou «Déclaration ADPIC et Santé Publique».

Cette déclaration reconnaît au point 1 que : *« la gravité des problèmes de santé publique qui touchent de nombreux pays en développement et pays les moins avancés, en particulier ceux qui résultent du VIH/sida, de la tuberculose, du paludisme et d'autres épidémies. »*

Cette déclaration, en outre, reconnaît le droit des pays à passer outre les droits de propriété intellectuelle des compagnies pharmaceutiques afin de promouvoir la santé publique et d'accroître l'accès aux médicaments pour tous, quelle que soit la pathologie concernée.

Cette déclaration souligne l'impératif de santé publique qui justifie que les gouvernements puissent utiliser les «flexibilités» reconnues par cet accord, notamment le recours aux licences obligatoires, en cas d'urgence.

¹²⁰ ACT UP Paris, 2003, p.4, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/03_11-DocIP_F_.pdf (visité le 26 Février 2007).

En particulier, la Déclaration reconnaît le besoin légitime des pays de prendre des mesures pour réduire le prix des médicaments, notamment en utilisant les clauses de sauvegarde de l'Accord sur les ADPIC. En effet, il est stipulé au point 4: « *Nous convenons que l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'Accord sur les ADPIC, nous affirmons que ledit Accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments. À ce sujet, nous réaffirmons le droit des Membres de l'OMC de recourir pleinement aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui ménagent une flexibilité à cet effet.* »

En outre, La déclaration reconnaît également que les Etats-membres de l'OMC doivent rapidement trouver une solution pour que les pays en développement ne disposant pas de capacités de production de médicaments suffisantes ou n'en disposant pas, puissent importer des versions génériques de médicaments brevetés grâce à la licence obligatoire. Ceci vient du fait que l'Accord sur les ADPIC affirmait que les licences obligatoires concernaient avant tout le marché intérieur, ce qui impliquait que les pays pauvres ne disposant pas des capacités de production nécessaires ne pouvaient pas s'adresser à d'autres pays pour se procurer des médicaments¹²¹.

Dans le même ordre d'idées, *Interpharma*, l'association des entreprises pharmaceutiques suisse pratiquant la recherche prend position et affirme : « on a parfois oublié que la question n'était pas fondamentalement de faciliter l'accès aux médicaments pour les pays en voie de développement, ni de savoir s'il faut abroger les brevets ou non. Il ne s'agissait en fait que d'une petite partie de l'Accord sur les ADPIC, très souvent délaissée jusqu'à présent: en effet, à l'article 31(f), l'accord prévoit expressément, dans le cas d'autorisations accordées contre le gré du détenteur du brevet (on parle généralement de «licences obligatoires»), que la plus grande partie de la production doit être destinée au marché intérieur. Parce qu'un grand nombre des Pays les Moins Avancés ne disposent justement pas d'une industrie

¹²¹ Oxfam international, 2006, p.13.

pharmaceutique propre, on a craint que même une prorogation du délai de transition pour les brevets soit inutile à ces pays s'il n'est pas possible de résoudre le problème des «*licences obligatoires.*»¹²² Donc, la fabrication de génériques, sous licence obligatoire, par un pays X pour le marché national d'un pays Y, qui n'a pas les capacités industrielles de fabrication de génériques, reste encore une question qui n'a pas trouvé de solution à l'heure actuelle (voir infra).

1.4. La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments pour les PMA

L'intérêt majeur de la déclaration de Doha réside principalement dans la reconnaissance du droit des Etats membres de l'OMC de faire recours aux mécanismes dégagés par les articles 30 et 31 de l'accord sur les ADPIC au nom de la santé publique.

Voilà qu'à l'issue de la conférence de Doha, une question cruciale restait en suspens et devait être résolue par les États membres de l'OMC : l'approvisionnement de médicaments génériques pour les pays qui ne produisent pas de médicaments, autrement dit la possibilité d'exporter pour ceux qui sont en mesure de produire à la lettre de l'article 31, *littera f*. L'on se rappellera ici que le paragraphe 6 de la déclaration de Doha relève cette problématique et propose de la mettre à l'ordre du jour du Conseil des ADPIC, afin de trouver rapidement une solution. C'est dans cette optique que fut adoptée au sein du Conseil des ADPIC, une décision sur l'accès aux médicaments pour les pays les moins avancés en date du 30 Aout 2003.

En revanche, au terme de négociations particulièrement difficiles avec les pays du Nord, il ressort que l'accord instaure un mécanisme qui impose de nombreux obstacles administratifs, légaux, économiques et politiques à l'exportation des médicaments génériques. Celui-ci reprend le texte proposé par l'Union européenne à l'automne 2002 et lui associe un additif encore plus contraignant, soumis par la délégation américaine courant août. Ainsi, le fruit de près de 2 ans de négociations est bien insatisfaisant.

¹²² B. Cueni, 2003, pp. 1-2, disponible sur http://www.interpharma.ch/fr/pdf/2.4.2.-f-Access_TC_030124.pdf (visité le 10 Mai 2007)

Véritable usine à gaz de procédures imposant aux pays candidats à l'importation comme à l'exportation une batterie de contraintes, de notifications obligatoires, d'informations à fournir, de preuves à apporter et de démonstrations à faire, le dispositif décrit par l'accord est un véritable parcours du combattant. En outre, il renforce la vulnérabilité des pays en développement vis-à-vis de ceux qui ne sont pas favorables aux génériques et qui pourront systématiquement intervenir auprès de l'OMC pour tenter de bloquer les tentatives des pays pauvres.¹²³

Dans l'entre temps, selon OXFAM International, Les Etats-Unis ont négocié de nombreux accords de libre-échange (ALE) bilatéraux et régionaux qui imposent des règles de propriété intellectuelle connues sous le nom de « ADPIC-plus », lesquelles affaiblissent ou suppriment les mécanismes de sauvegarde de la santé publique autorisés par les ADPIC. De ce fait, les médicaments brevetés bénéficient de niveaux de protection en matière de propriété intellectuelle encore plus élevés que ceux exigés par les ADPIC, ce qui retarde la mise à disposition des médicaments génériques abordables. Par ailleurs, les Etats-Unis ont également fait pression sur d'autres pays pour obtenir une meilleure protection des brevets, en les menaçant de sanctions commerciales et en exerçant des pressions dans le cadre du processus d'accession à l'OMC.

Si d'autres pays riches, et particulièrement les pays membres de l'Union européenne, n'ont pas mis en œuvre un programme ADPIC-plus, leur inaction a laissé aux Etats-Unis le champ libre pour imposer aux pays pauvres des règles plus strictes en matière de propriété intellectuelle. Cette apathie est en contradiction avec les engagements pris par l'Union Européenne (UE) dans le cadre de la Déclaration, mais elle n'est pas surprenante car les entreprises pharmaceutiques européennes bénéficient en fait des obligations ADPIC-plus que les pays en développement doivent intégrer dans leur législation nationale afin de se conformer à leurs accords avec les Etats-Unis¹²⁴.

Il faut, en outre, reconnaître que ce mécanisme reste un problème pour la plupart des pays les moins avancés, surtout en Afrique et en Asie, ne disposant pas de ressources

¹²³ ACT UP Paris, 2003, p.4, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/03_11-DocIP_F_.pdf (visité le 26 Février 2007).

¹²⁴ Oxfam international, 2006, p.3.

financières suffisantes de se procurer en médicaments à un prix abordable, en tenant compte de maigres revenus des patients et même des gouvernements.

Section 2. L'accord sur les ADPIC et l'accès aux médicaments

Les États membres de l'OMC se sont engagés à respecter un certain nombre de règles pour protéger la propriété intellectuelle. Ces règles s'appliquent à tous les produits commercialisables et notamment aux médicaments. Des exceptions à ce système existent cependant et permettent aux gouvernements de contourner le monopole des brevets et de développer l'accès de leurs populations à des copies moins chères que les produits de marque, à qualité égale.

2.1. Calendrier de mise en œuvre de l'accord au niveau national

Avant le Cycle d'Uruguay, de nombreux États ne délivraient pas de brevet pour les produits pharmaceutiques. Désormais, tous les pays membres de l'OMC doivent appliquer l'Accord ADPIC¹²⁵ à degré différent, selon que vous soyez un pays développé, en développement ou moins avancé.

Initialement selon l'article 66-1 de l'accord sur les ADPIC, les membres des pays les moins avancés avaient un délai jusqu'au 01 janvier 2006 pour se conformer à l'accord avec possibilité de prorogation, soit une période de 10 ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC. Voilà que ce délai a été prorogé sur base de la déclaration de Doha et la santé publique paragraphe 7 jusqu'en 2016.

Il en va autrement pour les pays en développement qui conformément à l'article 65-2, étaient dispensés d'appliquer la plupart des dispositions de l'accord sur les ADPIC pendant une période de quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, soit au 01^{er} janvier 2000.

¹²⁵ ACT UP Paris, 2003, p.4, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/03_11-DocIP_F_.pdf (visité le 26 Février 2007).

Et finalement, aux termes de l'article 65-2, les pays développés, avaient un délai de grâce allant jusqu'au 01 janvier 1996, soit une année après la date d'entrée en vigueur de l'accord sur les ADPIC.

2.2. L'impact des brevets sur l'accès aux médicaments

Selon l'article 28-(a) de l'accord sur les ADPIC, le système des brevets consiste en l'attribution par les gouvernements d'un droit exclusif pour le possesseur d'une invention afin de lui permettre de compenser ses investissements de recherche. Le détenteur du brevet dispose donc d'un monopole de fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer un produit breveté. Cet article insinue aussi le droit pour un titulaire d'un brevet d'en céder le droit, ou de le transmettre par voie successorale et de conclure des contrats de licence (article 27-(b)).

Cependant, l'article 27-1 du même accord fixe les conditions nécessaires à remplir pour un produit ou un procédé pour bénéficier de la protection d'un brevet d'invention (nouveau, activité inventive et application industrielle).

Dans le même esprit, conformément à l'article 33 de cet accord, la durée d'un brevet est de 20 ans à partir du dépôt de la demande auprès des autorités. Ainsi, tout nouveau produit pharmaceutique ou procédé de fabrication peut ainsi être protégé contre la mise sur le marché de copies pendant la durée du brevet.

Lorsque celui-ci arrive à son terme, on dit que le produit entre dans le domaine public : il peut alors être copié, produit et commercialisé par d'autres compagnies publiques ou privées.

Par ailleurs, les organisations internationales ont observé que le monopole que donnent les brevets aux compagnies entrave l'accès aux produits de santé dans les pays en développement. En effet, cela interdit la compétition et empêche la mise en place de politiques de santé publique reposant sur le recours à des produits génériques. Les prix sont donc généralement beaucoup trop élevés pour que les produits puissent être accessibles.

Une étude réalisée par un économiste du FMI a montré l'impact particulièrement négatif de la mise en application des réglementations de l'OMC dans les pays en développement. En Argentine, cela se traduira notamment par une augmentation de plus de 70% des prix et une baisse de 50% de la consommation pour les produits pour lesquels, du fait de la protection des brevets, un monopole se met en place. Ainsi, la mise en application de l'accord sur les ADPIC dans de nombreux pays se traduit par une réduction de l'accès aux produits de santé, pourtant déjà largement insuffisant.¹²⁶

Cependant, certains des nouveaux médicaments les plus efficaces contre le VIH/sida, le paludisme et la tuberculose, maladies qui entraînent d'énormes pertes humaines et économiques, ont été inventés après 1995 et, en tant que tels, pourront prétendre à être protégés par des brevets dans un plus grand nombre de pays en développement.¹²⁷

La même étude montre que l'interrelation entre le brevet et le prix des médicaments vu qu'il n'y a que peu d'études empiriques portant sur des pays précis qui indiquent les effets réels de l'introduction de brevets pour les produits pharmaceutiques. Cela étant dit, le prix des médicaments dépend en effet de nombreux facteurs: offre et demande, pratiques en matière de prescription et de consommation, coûts de fabrication, conditions de concurrence sur les marchés, impôts, taux de change et redevances sur les médicaments brevetés, marges sur les prix de gros et de détail, élasticité des prix de différents médicaments, et, surtout, politiques des caisses d'assurance maladie publiques et privées en matière de couverture et de paiement.¹²⁸

En conclusion, nous admettons avec J. de Dumoulin, cité par C. Jourdain Fortier, que la critique est là encore couramment formulée, même si elle n'est pas partagée par tous : le brevet augmente le prix du médicament, réduit son accessibilité. Conférant à son détenteur le droit d'empêcher ses concurrents de fabriquer le produit, il lui

¹²⁶ ACT UP Paris, 2003, p.5, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/03_11-DocIP_F.pdf (visité le 26 Février 2007).

¹²⁷ OMS-OMC, 2002, p.106.

¹²⁸ OMS-OMC, 2002, p.105.

permet de fixer le prix à un niveau plus élevé qu'il ne le ferait en situation de concurrence.¹²⁹

2.3. Le cadre juridique des flexibilités favorisant l'accès aux médicaments

A. Les licences obligatoires

La Déclaration de Doha de 2001 sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique reconnaît le droit pour les pays d'utiliser pleinement les flexibilités ménagées dans l'Accord pour protéger la santé publique et promouvoir l'accès de tous aux médicaments. L'une de ces flexibilités est la possibilité de délivrer une licence obligatoire dans les conditions énoncées à l'article 31 de l'accord sur les ADPIC.

La licence obligatoire peut être entendue comme une autorisation de produire et de vendre un produit (un médicament)¹³⁰ ou à utiliser le procédé breveté accordée à un gouvernement ou à une compagnie sans la permission du détenteur du brevet. Les licences obligatoires sont généralement délivrées sur la base de questions d'intérêt public, par exemple la santé publique ou la défense nationale. Ainsi, l'article 31 de l'accord sur les ADPIC vise le cas « *des autres utilisations de l'objet d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit, y compris l'utilisation par les pouvoirs publics ou des tiers autorisés par ceux-ci* ». Autres autorisations signifient selon dans le cas présent, et selon la lecture de cet accord, [...] *les utilisations autres que celles qui sont autorisées en vertu de l'article 30*. En effet, cette offre des possibilités limitées d'utilisation, sans l'autorisation du titulaire, d'un brevet, pour des raisons d'intérêt général le justifie, les autorités publiques d'un pays peuvent ainsi autoriser l'exploitation d'un produit par une autre personne, sans le consentement du propriétaire du brevet.

Effectivement, la déclaration de Doha a mis fin aux incertitudes, prévoyant explicitement la faculté pour les Etats d'améliorer l'accès aux médicaments, après

¹²⁹ Jourdain Fortier, 2006, p.346.

¹³⁰ Duckett, 1999, disponible sur <http://icaso.org/docs/compulsoryfrench.htm> (visité le 12 mai 2007).

que la santé ait été depuis longtemps un motif contesté de délivrance d'une licence obligatoire.

C'est dans ce cadre que l'article 5-c affirme : « *Chaque Membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées* ». Ainsi en confrontant l'accord sur les ADPIC (articles 8 et 31-b) et la déclaration de Doha (article 5-c), dans le but de protéger la santé publique, un Etat peut avoir recours à une licence obligatoire. Il peut également le faire si le médicament est produit par le détenteur du brevet en des quantités insuffisantes, à une qualité insuffisante, ou si les prix pratiqués sont anormalement élevés.

Cependant, aux termes de l'article 31-b, le candidat utilisateur (producteur ou importateur par exemple) doit essayer d'obtenir la licence volontaire (*voluntary licence*), c'est à dire l'accord du titulaire pour utiliser son brevet dans des conditions commerciales raisonnables. Il faut, en outre, que les efforts du candidat utilisateur n'aient pas abouti dans un délai raisonnable.

M. P.L. Koller cité par C. Jourdain Fortier soutient que « une licence obligatoire ne peut être délivrée que dans l'hypothèse où le tiers a accompli un *effort sérieux*, afin d'obtenir la conclusion d'un contrat avec le titulaire du brevet, en vue duquel ce dernier lui concéderait volontairement, et à des conditions raisonnables »¹³¹

A cette condition préalable qui est la licence volontaire, s'ajoute l'autre posée à l'article 31-h qui précise que : « *le détenteur du droit recevra une rémunération adéquate selon le cas d'espèce, compte tenu de la valeur économique de l'autorisation.* » Ca veut dire, au cas où une licence obligatoire est délivrée, une rémunération adéquate doit encore être versée au détenteur du brevet.

Ces conditionnalités sont indispensables sauf seulement dans les cas cités au paragraphe 5 b-c :

b) Chaque Membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées.

¹³¹ Jourdain Fortier, 2006, p.590.

c) 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.

Cependant des notions d'une « *situation d'urgence nationale* » ou encore « *autres circonstances d'extrême urgence* », n'ont pas de définitions précises dans la déclaration et portent à interprétations multiples.

Pour certains, si un pays fait la preuve qu'il y a une situation de monopole chez lui, avec augmentation artificielle de prix par exemple, il peut délivrer une licence obligatoire. C'est ce qui s'est produit en Afrique du Sud en octobre 2003 lorsque la Commission de la concurrence a conclu que les laboratoires GSK et Boehringer Ingelheim avaient « *abusé de leurs positions dominantes* » en refusant de céder des licences de production « *à des laboratoires locaux* », afin qu'ils « *fabriquent des génériques* » à bas prix. Ceci permet maintenant de faire produire localement ou d'importer les produits concernés : AZT (Retrovir), Lamivudine (3TC), la combinaison AZT+Lamivudine (Combivir) et la Nevirapine (Viramune).¹³²

Le Zimbabwe a, quant à lui, en 2002, déclaré une « *période d'urgence* » qui a permis à un producteur local de produire des antirétroviraux sous licence obligatoire. En 2003, le Gouvernement de Malaisie avait fait jouer la clause des « *droits de l'Etat* » prévue dans la législation nationale des brevets pour autoriser l'importation d'antirétroviraux génériques d'Inde pour les distribuer dans les hôpitaux publics.¹³³

En plus, l'article 8.2 de l'accord ADPIC autorise les États à prendre les *mesures appropriées (...)* afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle.

C'est dans cet esprit que le Brésil a récemment décidé de commencer à importer en vue d'améliorer les conditions de prix de médicament antisida Efavirenz sous réserve du paiement des royalties de 1,5% de 0,45 \$ que coutera un comprimé.

¹³² ACT UP Paris, 2003, p.5, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/03_11-DocIP_F_.pdf (visité le 26 Février 2007).

¹³³ OMS, EB115/32, 2004, p.2.

Les autorités sanitaires du Brésil ont déclaré que l'Efavirenz était un médicament d'intérêt public et que cette décision avait été prise après trois ans de négociations avec Merck, l'entreprise qui détient le brevet.

Cette décision a été saluée par le Ministre des Affaires étrangères de la France, M. Philippe Douste-Blazy, Président d'UNITAID, qui a apporté le soutien de la France au Président du Brésil, M. Ignacio Lula, pour sa récente décision d'émettre une licence obligatoire sur le médicament anti-sida Efavirenz.¹³⁴

L'on se rappellera que l'UNITAID repose sur la mobilisation des Etats qui se sont engagés et assurent son financement, des organisations partenaires, qui mettent en œuvre ses actions, et des ONG qui assurent leur suivi sur terrain. Au 01 avril 2007, 65 pays bénéficient, de traitements ARV (30 pays), paludisme (19 pays) et Tuberculose (14 pays).¹³⁵ L'objectif d'UNITAID (la Facilité Internationale d'Achat de Médicaments) est d'améliorer l'accès aux médicaments dans les pays en développement afin de lutter contre les trois grandes pandémies que sont le sida, la tuberculose et le paludisme.

B. Les importations parallèles

L'importation parallèle consiste à acheter des médicaments de marque auprès d'un tiers à l'étranger plutôt que directement au producteur, pour bénéficier ainsi des prix sensiblement plus bas que les compagnies pharmaceutiques concèdent à certains pays¹³⁶, sans ou avec l'autorisation du détenteur du brevet. Cependant, l'accord sur les ADPIC n'interdit pas les importations parallèles de produits brevetés identiques.

Dans la pratique, cela correspond à une situation où, par exemple, un grossiste du pays A propose à un acheteur du pays B un produit breveté dans les deux pays à un prix plus faible que celui auquel ce produit est vendu dans le pays B. Si le pays B autorise les importations parallèles, l'acheteur peut alors importer le produit à un prix

¹³⁴ Ministère des Affaires étrangères, 2007, disponible sur <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/actions-france-830/financements-innovants-du-developpement-14483/facilite-internationale-achat-medicaments-14484/france-soutient-licence-obligatoire-sur-medicament-anti-sida-efavirenz.-11-mai-2007-49599.html> (visite le 13 mai 2007).

¹³⁵ UNITAID, <http://www.unitaid.eu/fr/>, (visité le 26 juin 2007).

¹³⁶ Duckett, 1999, disponible sur <http://icaso.org/docs/compulsoryfrench.htm> (visité le 12 mai 2007).

inférieur à celui auquel il est vendu localement.¹³⁷ Autrement dit, un produit breveté dans un pays et vendu à moindre prix dans un autre pays peut être importé en provenance de ce deuxième pays avec ou sans la permission du titulaire du brevet. Si un pays autorise des importations parallèles selon des modalités qui pourraient enfreindre l'Accord sur les ADPIC, l'affaire ne peut pas faire l'objet d'un différend dans le cadre de l'OMC à moins que les principes fondamentaux de la non-discrimination ne soient en cause (article 6 Accord sur les ADPIC). En effet, cet article 6 est interprété par la déclaration de Doha à son article 5-d comme étant la liberté laissée à chaque membre d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement des droits de la propriété intellectuelle sans contestation, sous réserve des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national des articles 3 et 4.

Toutefois, ajoute le rapport de la commission, dans la pratique, l'intérêt qu'elles présentent à cet égard dépend d'un certain nombre de facteurs : encore faut-il que les réductions de prix ainsi obtenues soient répercutées sur les patients plutôt qu'absorbées par la chaîne de distribution.¹³⁸

Malgré ces flexibilités juridiques posées par la Déclaration de Doha, L'OMS affirme dans son rapport qu'en 2007, 74% des médicaments anti-VIH sont toujours sous monopole dans les PVD. 77% des Africains gravement malades du sida n'ont toujours pas accès au traitement¹³⁹ à cause de procédures rigoureuses et longues contenues dans la Déclaration de Doha. Le sida a encore fait 3 millions de victimes en 2006, amenant le total depuis le début de l'épidémie à près de 30 millions¹⁴⁰.

Section 3. Entre les ADPIC et les Droits de l'homme, quels droits ?

« ...the relationship between human rights and intellectual property requires further elaboration. On the one hand, intellectual property does not provide much guidance concerning its links with other fields of law. On the other hand, human rights treaties

¹³⁷ OMS, ISBN 92 4 2563234, 2006, p.124.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ ACT UP Paris, 2007, p.1, disponible sur http://www.actupparis.org/IMG/pdf/Note_AUP_patent_pool.doc.pdf (visité le 18 Mai 2007).

¹⁴⁰ Idem

show that the interests of the patent holder are recognised but not as fundamental rights and that the interests of the community at large come first. »¹⁴¹

3.1. Rapport entre les droits de l'homme et les droits de propriété intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle sont les premiers « *droits privés* » à être protégés par le régime de l'OMC. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) a été accueilli avec de fortes réticences par bon nombre de pays en voie de développement. Ceux-ci craignaient qu'une protection stricte de la propriété intellectuelle ne nuise aux transferts de technologie ou à d'autres objectifs de nature sociale comme l'accessibilité à des médicaments essentiels à prix abordable.¹⁴²

Sans ambages, l'accord sur les ADPIC a posé d'énormes obstacles à l'atteinte progressive du plein exercice des droits de la personne à la santé et à la vie, particulièrement en ce qui a trait à l'accès aux médicaments. En protégeant et en prescrivant des droits de caractère monopolistique pour les 20 prochaines années au moins, puis en étouffant la concurrence des fabricants de produits moins coûteux, l'Accord sur les ADPIC permet de fixer et de maintenir des prix élevés sur le marché des médicaments.

Mais pour ce qui est des brevets pharmaceutiques, qui compliquaient de plus en plus l'accès aux médicaments pour les pays les moins avancés et particulièrement les pays d'Afrique subsaharienne, il a été reconnu lors de la Déclaration de Doha de 2001 sur les ADPIC et la santé publique les problèmes pratiques que pose la conformité à cet accord et les membres de l'OMC ont été encouragés à se prévaloir de toute la flexibilité prévue. Il en va ainsi avec la décision de 2003 permettant aux pays pauvres qui ne peuvent pas fabriquer eux-mêmes des médicaments d'importer des produits pharmaceutiques fabriqués dans le cadre de licences obligatoires.

¹⁴¹ Cullet, 2001, p.4, disponible sur <http://www.ielrc.org/content/a0108.pdf> (visité le 12 Février 2007)

¹⁴² Howse et Mutua, 2000, disponible à : <http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMond.html>, (visité le 22 mai 2007).

Jusqu'à ce jour, le taux de recours à l'utilité et l'accès à ces flexibilités, telles que les licences obligatoires ou les importations parallèles est limité, surtout à cause de rigoureuses procédures commerciales et politiques qui continuent à enrayer la capacité des pays les plus pauvres. Il en va de même pour la durée de brevetabilité des médicaments qui a été fixée à 20 ans et durant toute cette période, un inventeur a le droit d'empêcher le tiers, d'utiliser l'invention brevetée.

Cependant, les articles 15 du PIDESC et 27 de la DUDH sont formulés de manières analogues. En effet, par l'article 15 PIDESC, les États parties au Pacte sont tenus de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits culturels de chacun.

Ainsi, l'article 15-1, litera a) et b) reconnaît: « *le droit de chacun de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications* d'une part et « *le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* », d'autre part à l'article 15-1, litera c).

Si l'on considère simultanément ces deux aspects de l'article 15, on peut dire que le Pacte fait obligation aux États de concevoir des régimes de propriété intellectuelle réalisant un équilibre entre la promotion de l'intérêt général du public, qui est d'accéder aussi facilement que possible aux connaissances nouvelles, et la protection des intérêts des auteurs ou inventeurs de ces connaissances.

L'article 27, lui aussi consacre le droit à la propriété intellectuelle en ces termes, en deux paragraphes :

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.
2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

A la lecture des articles 15 du PIDESC et 27 de la DUDH, on s'aperçoit de première vue qu'il y a l'idée de l'intérêt public et privé qui émerge. Ainsi, l'Etat encourage les innovations et s'assure que le public a réellement accès à celles-ci. C'est dans ce sens qu'un brevet sera délivré par l'Etat pour que celui-ci ait des moyens légaux

d'empêcher les tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention nouvelle durant une période limitée. C'est cette pratique qui encouragera l'inventeur, car il aura le contrôle sur le marché et il sera *ipso facto* incité à inventer encore.

Cette idée est soutenable, bien entendu pour des choses marchandes, comme le véhicule, les ordinateurs et autres technologies de pointe, dont la valeur « réelle » est estimable, surtout pour les populations des pays du Sud terrassés par la famine et le SIDA et autres maladies opportunistes comme la Tuberculose et le paludisme.

Qu'en est il des biens dont la valeur « réelle » est inestimable comme l'« eau » par exemple ou encore les « médicaments » dans le cas d'espèce ? Cependant, pour préserver l'équilibre, on se renvoie à l'article 5-1 du PIDESC qui stipule que : « *Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte* ».

Dans le même ordre d'idée, Robert Howse et Makau Mutua affirment que : « *...permettre que l'on s'approprie le travail des autres sans leur verser de rétribution est une incitation à l'exploitation. Par ailleurs, la nature et le montant de ce qu'est une juste rétribution ne se déterminent pas dans l'absolu ou de manière abstraite, mais doivent refléter l'équilibre entre les valeurs et les droits au sein d'une société donnée. À l'extrême, il est vrai que certains droits de propriété individuelle pourraient aboutir à des abus de pouvoir en donnant à leurs détenteurs le droit de fixer le prix à payer pour avoir accès aux fruits de leur travail. Cette attitude relèverait d'un individualisme extrémiste, car le travail exige presque toujours un cadre social pour pouvoir se réaliser.* »¹⁴³

Adam Smith (1723-1790), l'économiste du XIX^e siècle a été le premier à s'intéresser à la valeur. Il distingua ainsi entre valeur d'usage qui est l'« utilité ressentie par le consommateur, les individus ou encore l'utilité sociale de la marchandise » et valeur

¹⁴³ Howse et Mutua, 2000, disponible à : <http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMond.html>, (visité le 22 Mai 2007).

d'échange « prix du bien ». Il écrivit à ce sujet « *Il n'y a rien de plus utile que l'eau, mais elle ne peut presque rien acheter; à peine y a-t-il moyen de rien avoir en échange. Un diamant, au contraire, n'a presque aucune valeur quant à l'usage, mais on trouvera fréquemment à l'échanger contre une très grande quantité d'autres marchandises.* »¹⁴⁴

S'il faut marcher dans ses sillages, nous estimons qu'on peut protéger les intérêts des inventeurs et des auteurs en brevetant surtout les biens qui n'ont aucune valeur quant à l'« usage », comme le véhicule, l'ordinateur ou encore des choses dont on peut très bien se passer et en même temps promouvoir l'accès du public, surtout la population pauvre aux nouvelles connaissances et plus particulièrement aux médicaments ARV.

De même, alors que le droit d'accès aux médicaments comme droits de l'homme est reconnu et non pas conférés et par conséquent inaliénables et universels, les droits de propriété intellectuelle sont, quant à eux, conférés par l'État selon des critères bien définis et s'apparentent donc davantage à un privilège et sont définis par la législation nationale. Ils peuvent être concédés sous licence ou cédés à quelqu'un d'autre, ils peuvent être révoqués et ils finissent par expirer.¹⁴⁵

L'accès aux soins médicaux est, sans nul doute, une question de droits humains, car son absence remet en question, le droit à la santé, le droit à la vie et partant, la dignité humaine tout entière. En effet, il est inadmissible, à côté du lourd fardeau supporté par les PVD et les PMA, de les mettre sous pression et les amener à signer les accords commerciaux bilatéraux ou multilatéraux contenant les clauses plus contraignantes que celles jadis posées par les ADPIC mieux connus sous l'acronyme ADPIC Plus (TRIPS Plus).

Il suffit ici de prendre en considération l'Accord de libre-échange entre le Maroc et les États-Unis, signé en mars 2004 et entré en vigueur le 1er janvier 2006, pour se rendre compte. Cet accord de libre-échange supprime les flexibilités réaffirmées par la Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique adoptée par l'OMC, telles que l'autorisation de délivrer des licences obligatoires et la possibilité d'avoir recours

¹⁴⁴ Smith, 1776.

¹⁴⁵ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, p.7.

à des importations parallèles. De plus, cet accord contient des règles qui restreignent la capacité du Maroc à prendre des mesures pour réduire le prix des médicaments.¹⁴⁶

Ces accords limitent vraisemblablement le droit d'accès aux médicaments et partant de là le droit à la santé. Pour rappel, le droit à la santé inclut l'obligation de garantir l'accès pour tous, sans discrimination, à des médicaments à un prix abordable, de façon à prévenir, soigner et contrôler les maladies.

Pour l'OMS, l'expression «ADPIC-plus» est un terme non technique qui désigne les efforts visant à «étendre la durée de la protection conférée par le brevet au-delà du minimum de 20 ans prévu par l'accord, limiter l'octroi de licences obligatoires de manières non prévues par l'accord et limiter les exceptions qui facilitent l'introduction rapide des produits génériques.»¹⁴⁷

La préséance des droits de l'homme en droit international peut elle se justifier ?

3.2. La préséance des droits de l'homme en droit international

Aujourd'hui, les droits économiques, sociaux et culturels, autrefois ignorés voire contestés, reviennent sur le devant de la scène car ils sont les principaux droits touchés par les effets pervers de la mondialisation et de la libéralisation des échanges. Droits à la santé, à l'éducation, à l'alimentation, à des conditions de travail décentes : autant de droits fondamentaux consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme dont le respect est plus que jamais mis à mal.¹⁴⁸

Au cours des 50 dernières années, le droit international relatif aux droits humains a acquis une autorité morale qu'on a rarement attribuée aux autres sphères du droit international. En fait, le poids et la légitimité des droits humains sont tels que

¹⁴⁶ 3D, Trade, Avril 2006, pp 1-2, http://www.3dthree.org/pdf_3D/3DDESCRMaroc_avril06Fr.pdf, (visité le 03 Février 2007).

¹⁴⁷ OMS, 2001, WHO/EDM/2001.2, p. 4.

¹⁴⁸ Guiraud, 2000, disponible à : http://www.ldh-france.org/docu_hommeliber3.cfm?idhomme=82&idpere=69, (visité le 22 mai 2007).

pratiquement toutes les grandes causes modernes ont essayé de se draper dans le discours des droits humain.¹⁴⁹

Constitutionnellement, les droits humains se fondent sur la Charte des Nations Unies. Les instruments et organes de l'ONU relatifs aux droits humains sont créés conformément à la Charte. Celle-ci charge en particulier l'ONU de promouvoir toute la gamme des droits humains.

Aujourd'hui, les droits de la personne et le droit à l'accès aux médicaments comme droit à la santé en particulier, sont rassemblés dans une gamme de traités internationaux et de nombreuses constitutions nationales. D'importantes sections des droits de la personne ont atteint le statut de droit international coutumier et certains de leurs principes fondamentaux constituent des normes impératives du droit international.

La primauté des droits de l'homme se retrouve au demeurant dans les textes internationaux et notamment dans la Charte des Nations unies qui, dans son article 1§3, érige le respect des droits de l'Homme au rang de base fondamentale et de moyen privilégié de réalisation des buts fondamentaux des Nations unies.

Plus loin, l'article 55-c de la Charte dispose que les Nations unies favoriseront « *le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.* »

D'autre part, l'article 56 organise une véritable obligation générale de coopération pour le respect « *universel et effectif des droits de l'Homme* » en énonçant que « *les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation* »

Par là, on s'aperçoit que les Etats membres des Nations Unies ont l'obligation de respecter les droits de l'Homme. L'article 103 de la Charte confirme la préséance des

¹⁴⁹ Howse et Mutua, 2000, disponible à : <http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMond.html>, (visité le 22 mai 2007).

obligations issues de la Charte sur tout autre accord international en affirmant qu'« *en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.*»

Puisque les obligations de respect des droits de l'Homme prévalent sur toute autre obligation émanant d'un traité international, il convient de définir le contenu de ces « *obligations.*» C'est ici que la DUDH refait son apparition. La DUDH a en effet été conçue afin d'explicitier les obligations génériques contenues dans la Charte.

Si l'on prend comme référence la notion de la dignité humaine, on pourrait soutenir la position selon laquelle le fait de ne pas avoir accès aux médicaments pour milliers de malades du SIDA est par définition un manquement à la dignité, car rien n'est plus sûr, ces malades sont candidats à la mort.

Cette position est soutenue par Christophe Sauvat, qui affirme que la notion de cause fondamentale permet alors d'ériger les droits à la santé, la vie et à la dignité, éventuellement regroupés sous le concept de droit à l'existence, en droits matriciels de tous les autres droits. Le droit à la santé devient alors un droit supranational ne pouvant être remis en cause car il constitue l'une des valeurs fondatrices du droit.¹⁵⁰

Michael Fleshman nous donne un exemple concret sur la position prise si dessus en ces termes : « *Lorsqu'un journaliste a rencontré pour la première fois Bongani, âgé de sept ans, dans un bidonville misérable des environs de Johannesburg, en 2003, l'enfant était en train de mourir. Il était trop faible pour aller à l'école, chétif et épuisé par la diarrhée. Il était manifestement, comme ses parents décédés, porteur du virus de l'immunodéficience humaine qui provoque le sida. Il était tout aussi évident qu'il serait bientôt enterré dans une tombe minuscule à côté des siens, comme quelque 370 000 Sud-Africains morts de la maladie cette année-là. Mais quand le journaliste, Martin Plaut de la BBC, est revenu l'année suivante, il a trouvé*

¹⁵⁰ Sauvat, 2004, p.178.

Bongani en bonne santé, souriant, absorbé par ses devoirs d'écolier. "La transformation est remarquable", [...].»¹⁵¹

Ceci peut encore, comme nous l'avons discuté plus haut, nous amener à confirmer que le droit d'accès aux médicaments, comme le droit à la santé est un prolongement du droit à la vie. Or le droit à la vie est classé par nombreux experts sur les droits de l'homme comme constituant un « *noyau intangible* », entendu comme espace insusceptible de limitation.¹⁵² De toutes les façons, on peut estimer que la restriction au droit à la vie, comme droit de l'homme, doit se faire dans la rigueur respect de la loi en vigueur et des textes relatifs aux droits de l'homme.

Contrairement au droit des traités, fondé sur le consentement des États, le droit coutumier international lie tous les États. La coutume internationale est la preuve d'une pratique générale, acceptée par les États comme étant le droit. Elle lie donc tous les États sans exception, qu'ils soient d'accord ou non¹⁵³, comme c'est le cas pour la DUDH.

Les références constantes à l'autorité de la DUDH dans les débats multilatéraux aux Nations unies ou ailleurs, sa mention comme source fondamentale dans de nombreux traités internationaux, enfin la pratique législative et judiciaire croissante de nombreux Etats ont été autant de preuve du caractère coutumier de la DUDH. « *La déclaration lie à présent tous les Etats, y compris ceux qui n'ont pas voté en faveur de son adoption en 1948* » déclarait d'ailleurs un des principaux rédacteurs de la déclaration.¹⁵⁴

Cependant, le « *jus cogens* » est un autre élément qui va nous permettre de bien discuter le statut des droits de l'homme en droit international. Les règles de *jus cogens*, ou « *normes impératives du droit international général* » désignent une

151 Fleshman, 2005, p. 8.

152 MEYER-BISCH, 1991, pp.37-38.

¹⁵³ Howse et Mutua, 2000, disponible à :

<http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMond.html>, (visité le 22 Mai 2007).

¹⁵⁴ FIDH – OMC, disponible à : <http://www.fidh.org/rapports/rap-omc.htm>, (visité, le 25 Mai 2007).

catégorie d'obligations internationales auxquelles on ne peut déroger, quelles que soient les circonstances et même en situation de crise.¹⁵⁵

Augustin Macheret, cité par Meyer Bisch, définit le *jus cogens* comme les normes impératives du droit international général auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui l'emportent en particulier sur les engagements contractuels¹⁵⁶. Le *jus cogens* a été consacré par la Convention de Vienne de 1969 à son article 53. En effet cet article définit une règle de *jus cogens* comme : « *norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ».

L'on se rappellera que même lors de la Conférence Mondiale de l'ONU sur les Droits de l'Homme à Vienne en 1993, il a été clairement énoncé qu'aucun argument, pas même le développement, ne pouvait justifier une restriction des droits et libertés.

La Convention de Vienne prévoit la survenance de nouvelles règles de *jus cogens*, ce qui souligne le caractère évolutif de ce concept et le fait que le fond et la nature de ces règles changent en fonction du progrès et de l'évolution du droit et de la moralité internationale.

Dans son rapport du 13 Septembre 2006, Mr Paul Hunt révèle d'une manière alarmante que près de 2 milliards de personnes n'ont pas accès aux médicaments essentiels. Ce dénuement entraîne des souffrances considérables et évitables : mauvaise santé, douleurs, peur, perte de dignité et perte en vies humaines. En facilitant l'accès aux médicaments existants, on pourrait sauver jusqu'à 10 millions de vies par an, dont 4 millions en Afrique et en Asie du Sud-Est. Hormis le dénuement absolu, des disparités criantes dans l'accès aux médicaments demeurent la caractéristique dominante de la conjoncture pharmaceutique internationale. La dépense moyenne par habitant pour l'achat de médicaments est 100 fois supérieure

¹⁵⁵ Howse et Mutua, 2000, disponible à : <http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMond.html>, (visité le 22 Mai 2007).

¹⁵⁶ MEYER-BISCH, 1991, p.41.

dans les pays à revenu élevé par rapport à ce qu'elle est dans les pays à faible revenu : soit 400 USD environ contre 4 USD. L'OMS estime que 15% de la population mondiale consomme plus de 90% de la production pharmaceutique mondiale.¹⁵⁷

L'OMS Europe publie dans son rapport de 2006 qu'en Europe entre 1981 et 2005, le cas du diagnostic du VIH sida est passé de 5000 à 900 000 personnes, les personnes malades du SIDA sont passées de 2000 à 300.000, alors que le nombre de personnes mortes dues au SIDA est passé de 900 à moins de 200.000¹⁵⁸.

Ce rapport prouve en outre qu'avec les médicaments ARV, il était possible de sauver des vies humaines en ces termes : « *The development of HAART and its wide deployment in western Europe after 1995 was a turning point in the epidemic. Over 342 000 people were receiving HAART in 48 Member States of the WHO European Region in June 2005 – 100 000 more than two years earlier. It radically changed the public face of the HIV epidemic in this part of the world, extending thousands of lives and greatly improving their quality. In 2003, the number of new AIDS cases reported in Europe was just one third of what it was in 1995, and the number of AIDS deaths one sixth.* »¹⁵⁹

C'est en Afrique subsaharienne, qui n'abrite pourtant que 10 % de la population mondiale, que l'on trouve 60 % des personnes vivant avec le VIH. En 2005, 25,8 millions d'habitants de l'Afrique subsaharienne avaient contracté l'infection au VIH, et 2,4 millions sont morts du sida. Les taux d'infection varient considérablement en Afrique subsaharienne, de moins de 1 % en Mauritanie à près de 39% au Botswana.¹⁶⁰

Mais, hélas, dans cette partie du monde la plus touchée par plus VIH Sida, l'accès aux médicaments est réellement enrayé et des milliers de personnes sont ainsi

¹⁵⁷ Nations Unies, Assemblée générale, A/61/338, 2006, p. 12.

¹⁵⁸ Sr Matic, V. Lazarus & Donoghoe, 2006, p.7.

¹⁵⁹ Idem, 8-9

¹⁶⁰ Centre de recherches pour le développement international, VIH et Afrique subsaharienne : une population en crise, disponible à : http://www.idrc.ca/fr/ev-100246-201-1-DO_TOPIC.html, (visité le 21 mai 2007).

condamnées à mort, violant le caractère de *jus cogens* du droit d'accès aux médicaments comme le droit à la santé, prolongement du droit à la vie.

Le droit d'accès aux médicaments à un prix abordable comme le prolongement du droit à la vie, est de *jus cogens* car en l'absence de ces médicaments, c'est la question de la vie ou de la mort qui se pose. L'on se rappellera d'ailleurs que le droit à la santé a acquis une valeur constitutionnelle dans nombreux Etats et surtout en Afrique.

Ainsi, selon les statistiques de l'OMS qui ont été présentées lors de la conférence internationale sur le SIDA qui s'est tenue à Toronto en 2006, « *Moins d'un quart des patients atteints du sida en Afrique et moins d'un dixième des enfants atteints du sida ont reçu les médicaments antirétroviraux dont ils ont besoin* ».

Comme nous l'avons déjà dit plus haut, le respect du droit à la vie, ce n'est pas seulement s'abstenir d'infliger la mort arbitrairement à une personne. Comment interpréteriez vous le fait de compliquer, soit politiquement, juridiquement ou encore économiquement l'accès aux médicaments pour une personne atteinte du VIH sida ? N'est ce pas certains que cette personne mourra par manque d'accès aux médicaments? N'est-il pas là aussi une violation du droit à la vie?

Christophe Sauvat a longuement abordé ce sujet en confrontant le droit à la vie au droit à la santé et la dignité humaine. Il écrit, « *il faut respecter la dignité de l'homme afin de respecter sa vie et sa santé. En effet, vie et santé ne peuvent pas être situées en deçà de la dignité parce que si l'on peut supprimer la dignité d'une personne tout en conservant sa vie et sa santé, la dignité de cette personne s'évaporerait forcément si l'on supprime sa vie et sa santé.* »¹⁶¹

¹⁶¹ Sauvat, 2004, p.177.

Conclusion générale

L'accès aux soins de santé est l'un des principaux droits de la personne, droit consacré par les traités internationaux et reconnu par les gouvernements du monde entier. Il est impossible de respecter ce droit sans assurer un accès équitable aux médicaments essentiels nécessaires pour le traitement des maladies prioritaires. L'accès aux médicaments fait également partie des objectifs de développement pour le millénaire.¹⁶²

Il est aussi important de révéler que dans les pays développés, le traitement d'une pneumonie par les antibiotiques coûte l'équivalent de deux ou trois heures de salaire; dans les pays en développement, il peut représenter un mois de salaire. Dans les pays développés, une année de traitement anti-VIH absorbe l'équivalent de quatre à six mois de salaire, avec prise en charge le plus souvent par l'assurance-maladie; dans de nombreux pays en développement, une année de soins pédiatriques contre le VIH peut représenter l'équivalent de 10 années de revenus d'un adulte¹⁶³. Qu'est ce qui fait qu'il y ait ces inégalités flagrantes? Peut-on dire qu'il y a accès aux médicaments dans les pays pauvres ? Sinon, quelles en seraient les raisons ?

La lecture du passage qui suit sur le cas de l'Inde donne une esquisse de la réponse. En effet, le 1er janvier 2005, l'Inde a modifié sa loi sur les brevets concernant les substances pharmaceutiques. Elle avait jusqu'au 31 décembre 2004 pour mettre sa législation en conformité avec l'accord sur les ADPIC de l'OMC. Ce changement ferme une voie d'accès rapide aux génériques. Jusqu'à la fin de l'année passée, seuls les procédés de fabrication des médicaments étaient protégés, non les produits eux-mêmes. Cela permettait aux pharmacies indiennes de mettre sans délai sur le marché des copies bon marché de nouveaux médicaments brevetés en Europe, aux Etats-Unis et au Japon. Dorénavant, ce sera impossible.¹⁶⁴

¹⁶² WHO, 2004, p.3.

¹⁶³ Nations Unies, Assemblée générale, A/61/338, 2006, p.19.

¹⁶⁴ Déclaration de Berne, 2005, disponible sur : <http://www.evb.ch/fr/p3492.html> (visité le 04 mai 2007).

Aujourd'hui, chaque pays et l'ensemble des malades, devraient pouvoir accéder aux médicaments aux prix les plus bas. Ainsi, l'accord du 30 août sur l'exportation doit il être mis à l'essai au plus vite. Si cet accord ne peut fonctionner, la preuve doit en être donnée au plus vite, et les pays doivent adapter leurs stratégies nationales pour accéder aux médicaments les moins chers.

Selon l'OMS, dans les pays en développement, où on estime à 42 millions le nombre de personnes infectées par le VIH/SIDA, seuls 300 000 malades ont accès aux médicaments antirétroviraux, alors qu'ils sont aujourd'hui 5 à 6 millions à nécessiter un traitement. Pour l'OMS, cette dramatique situation constitue un péril sanitaire d'envergure mondiale.¹⁶⁵

Voilà que le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha n'a pas facilité la mise à disposition des pays pauvres ayant des capacités de fabrication de médicaments insuffisantes ou n'en disposant pas de médicaments génériques abordables. L'intransigeance des pays riches durant les négociations a créé des barrières politico juridico commerciales qui rendent le mécanisme quasi impossible à mettre en œuvre et ces pays ne se pressent pas pour corriger la situation et nous amène à affirmer le postulat selon lequel les accords sur les ADPIC ont vraisemblablement l'impact sur le droit d'accès au x médicaments surtout dans les pays d'Afrique.

Il est aussi question de tenir en compte la valeur d'usage des médicaments plutôt que de s'attarder sur sa valeur d'échange et de vendre des médicaments destinés à améliorer la vie des milliers des africains à un prix abordable surtout que selon les estimations de l'OMS, 15 % de la population consomme plus de 90 pour cent de la production mondiale de produits pharmaceutiques. Il ne sert à rien de chercher le lucre sur une population déjà terrassée par les guerres fratricides, les aléas climatiques et la famine en vendant ces médicaments ARV un prix élevé par rapport à leur revenu.

¹⁶⁵ WHO, 2004, p.2.

Ici, nous mettons en cause, d'une façon partagée, la responsabilité des entreprises pharmaceutiques et celle des Etats dans le domaine de rendre les médicaments plus accessible à la population qui en a besoin.

Ainsi affirme le rapporteur des Nations Unies « *Accroître l'accès aux médicaments essentiels relève de la responsabilité de la communauté internationale tout entière. Nous n'avancerons que si chacun travaille en partenariat pour créer des systèmes de santé dans les pays en développement, en améliorer le financement, rendre les médicaments plus abordables, mettre au point d'autres médicaments contre les maladies qui touchent les pays en développement.* »¹⁶⁶

Le droit d'accès aux médicaments, un des aspects du droit à la santé est un prolongement du droit à la vie et un droit fondamental par excellence. Par conséquent, nous estimons que l'accès aux médicaments doit être facilité avec un effort conjoint des « *duty bearers* » qui sont les Etats et les entreprises pharmaceutiques.

¹⁶⁶ Nations Unies, Assemblée générale, A/61/338, 2006, p.21.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

1. Auby J.-M., *Le droit de la santé*, Paris : Themis droit, P.U.F., Paris, 1981.
2. De Schutter, Olivier, Tulkens, Françoise, , & Van Drooghenbroeck, Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 3^e éd, 2005.
3. Jean, Rivero & Hugues, Mouthou, *Les libertés publiques, T. I, les droits de l'homme*, 9^e éd, Paris : P.U.F., Paris, n°5, 2003.
4. Smith, Adam (1723-1790), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.
5. Sudre Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd. Refondue, P.U.F., Paris, 2006.
6. Sudre Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*. 8^e éd revue et augmentée, P.U.F., Paris, 2006.
7. Valérie, E.Y., *La charte Africaine des Droits de l'homme et des peuples*, éd. Harmattan, 1996.
8. Wolf, M., *les droits économiques sociaux et culturels (DESC), Exigences de la société civile, Responsabilité de l'Etat*, Terre des hommes, éd. KARTHALA, 2003.

II. Articles de doctrine

1. Alfonso G., Lopez D., *La constitutionnalisation et protection judiciaire des droits sociaux en Amérique latine*, disponible sur : <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20German%20Alfonso%20Lopez%20Daza.pdf> (visité le 04 Avril 2007).
2. Bedjaoui, M., « le droit à la santé : espoirs, réalités, illusions », in *Journal International de Bioéthique (J.I.B)*, vol.9, n°3,1998.
3. Bertrand, Mathieu, *la protection du droit à la santé par le juge constitutionnel, à propos et à partir de la décision de la Cour Constitutionnelle Italienne, n°815, 20 Mai 1998*, disponible sur : [in http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm), (visité le 05 mai 2007).

4. Centre Régional d'Informations et de Prévention du Sida (CRIPS), Provence alpes côte d'azur, *Des progrès dans l'accès aux traitements dans les pays du Sud, dossier de synthèse documentaire et bibliographique*, Nov. 2006, disponible sur <http://www.lecrips.net/webpaca/Publications/progres/progres.htm> (visité le 26 Mars 2006).
5. Levinet, M., *Action de recherche partagée « Universalité des droits fondamentaux et conception(s) des droits », Recherche sur les fondements du "droit au développement de l'être humain" à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Réseau « Droits fondamentaux », *Journées scientifiques de Tunis (10-12 octobre 1996)*, I.D.E.D.H., URA CNRS 2049, Faculté de Droit, Université de Montpellier I.
6. Margaret Duckett, *Licences obligatoires et Importations parallèles Que signifient ces termes? Ces mesures amélioreront-elles l'accès aux médicaments essentiels pour les personnes vivant avec le VIH/sida?*, ICASO, Aout 1999, disponible en ligne : <http://icaso.org/docs/compulsoryfrench.htm>, (visité le 12 mai 2007).
7. Marie Guiraud, Les droits de l'homme menacés, in *Réponses civiques à la mondialisation*, N°110, juin - août 2000, disponible à : http://www.ldh-france.org/docu_hommeliber3.cfm?idhomme=82&idpere=69, (visité le 22 mai 2007).
8. Michael Fleshman, « Les traitements anti-sida progressent : Le nombre de personnes traitées aux antirétroviraux augmente rapidement », in *Afrique Renouveau*, Vol. 19, Avril 2005.
9. Philippe, Cullet, «Patents bill, TRIPS and right to health», International Environmental Law Research Centre, XXXVI/43, in *Economic and Political Weekly*, 27 Oct. 2001, disponible sur <http://www.ielrc.org/content/a0108.pdf> (visité le 12 Février 2007).
10. Pierre André et collectif Copy=Right, sida et brevet : la guerre aux pauvres est déclarée, in *Revue critique d'écologie politique*, 2004, disponible sur http://ecorev.org/article.php3?id_article=306 (visité le 12 Février 2007).
11. Robert Howse et Makau Mutua, « Protection des droits humains et mondialisation de l'économie. Un défi pour l'OMC », in *Droits et Démocratie*, 2000, disponible à : <http://www.ichrdd.ca/francais/commdoc/publications/mondialisation/omcDroitsMon d.html>, (visité le 22 mai 2007).

12. Seuba, Xavier., « *Liste modèle OMS des médicaments essentiels : une approche fondée sur les droits de l'homme* », in *Bulletin de l'OMS*, Mai 2006.

III. Thèses et colloques.

1. De Frouville, Olivier, *l'Intangibilité des droits de l'homme en droit international*, éd. A. PEDONE, 2004.
2. Jourdain Fortier C., *Santé et commerce international, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, éd. LexisNexis Litec, 2006.
3. P. Meyer-bisch, *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1991.
4. Sauvat, Christophe, *Réflexion sur le droit à la santé*, P.U d'Aix Marseille, 2004.

IV. Rapports des Organisations internationales et ONGs

A. OMC

1. OMC, Fiche récapitulative, *l'accord sur les ADPIC et les brevets pharmaceutiques*, septembre 2006, disponible sur http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/tripsfactsheet_pharma_2006_f.pdf (visité le 23 février 2007).

B. ONU

a) Observations générales des comités conventionnels

1. Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°14, *sur droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique ou mental possible*, 11 Août 2000, UN Doc E/C.12/2000/4, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 12 février 2007).
2. Nations unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°12, *sur Le droit à la nourriture suffisante*, UN Doc E/C.12/1999/5, 12 mai 1999, disponible sur : <http://www.hri.ca/fortherecordcanada/bilan/documentation/tbodies/e-c12-1999-5.htm> (visité 03 Mars 2007).
3. Nations unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 4, *Le droit à un logement suffisant*, UN Doc E/1992/23 (1992) du 13 décembre 1991.
4. Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°7, *Le droit à un logement suffisant: expulsions forcées*, UN Doc E/C.12/1997/4 du 20 mai 1997.

b) Rapports de la Commission et du Conseil des droits de l'Homme

1. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Mission en Ouganda, UN Doc. E/CN.4/2006/48/Add.2, 19 janvier 2006, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 11 février 2007).
2. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport du rapporteur spécial sur Le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, UN Doc E/CN.4/2003/58, 13 février 2003, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 12 février 2007).
3. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique ou mental possible, *Accès aux médicaments dans le contexte de pandémies telles que celles du VIH/sida, de tuberculose et de paludisme*, 24 janvier 2006, UN Doc E/CN.4/2006/39, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 11 février 2007).
4. Nations Unies, Assemblée générale, Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, UN Doc A/61/338, 13 septembre 2006, disponible sur : www.unhchr.ch, (visité le 10 février 2007).
5. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, UN Doc E/CN.4/2004/44, 2004.

c) Autres documents des Nations Unies

1. Nations Unies, Conseil économique et social, *Impact sur les droits de l'homme de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/13 du 27 juin 2001, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 11 février 2007).

2. Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Accès aux médicaments dans le contexte de pandémies, telle que celles du VIH/sida, de tuberculose et de malaria*. Résolution 2004/26, UN Doc E/CN.4/2004/L.11/Add.3, 19 avril 2004, disponible sur : www.unhchr.ch (visité le 11 février 2007).
3. Nations unies, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, UN Doc A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, disponible sur [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.fr) (visité le 12 février 2007).
4. Nations Unies, Haut Commissariat des droits de l'homme, Droits économiques, sociaux et culturels, *Manuel destiné aux institutions des droits de l'homme*, New York, 2004, ISBN 92-1-154163-8.
5. Nations unies, *La proclamation de Téhéran, l'Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968*, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 à 3 (1968), disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/french/12ptichf.htm> (visité le 12 Février 2007).
6. Nations unies, Observation générale n°4, *compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traités*. 1994, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

d) Rapports et autres documents des institutions spécialisées des Nations Unies

1. OMS, *25 questions sur la santé et les droits humains*, Série Santé et Droits Humains, n°1, juillet 2002.
2. OMS, Constitution de l'organisation mondiale de la santé, disponible sur : http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf (visité le 02 Février 2007).
3. OMS, *Constitution de l'organisation mondiale de la santé*, le 22 juillet 1946, disponible sur : http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf (visité le 02 Février 2007).
4. OMS, Déclaration d'Alma-Ata, *Conférence internationale sur les soins de santé primaires*, Alma-Ata, URSS 6-12 Septembre 1978, disponible sur :

- http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf, (visité le 12 Mai 2007).
5. OMS, *Mondialisation, ADPIC et accès aux produits pharmaceutiques*, Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments: Stratégie pharmaceutique de l'OMS: 2000-2003, numéro 3, (WHO/EDM/2001.2), mars 2001.
 6. OMS, *Stratégie globale pour la santé pour tous d'ici l'an 2000*, Genève, 1981, disponible sur : http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA56/fa5627.pdf (visité le 22 avril 2007).
 7. OMS, *stratégie pharmaceutique de l'OMS: cadre d'action pour les médicaments essentiels et politiques pharmaceutiques*, 2000-2003.
 8. OMS, *Antirétroviraux et pays en développement*, EB115/32, 2004, disponible sur http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB115/B115_32-fr.pdf (visité le 22 avril 2007).
 9. OMS-OMC, *les accords de l'OMC et la santé publique, Etude conjointe de l'OMS et du Secrétariat de l'OMC*, OMS ISBN 92 4 256214 9, OMC ISBN 92-870-2223-6, n°176, 2002.
 10. ONUSIDA, rapport sur l'épidémie mondiale du SIDA : *Résumé d'orientation, Edition spéciale 10^e anniversaire de l'ONUSIDA*, ISBN 92 9 173512 4, 2006 disponible sur : http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2006/2006_GR-ExecutiveSummary_fr.pdf, (visité le 17 mars 2007).
 11. ONUSIDA, 2004, *Un aperçu mondial de l'épidémie du SIDA*, disponible sur http://www.unaids.org/bangkok2004/GAR2004_html_fr/GAR2004_03_fr.htm#P0_0, (visité le 17 mars 2007).
 12. WHO, WHO Medicines strategy: countries at the core 2004-2007, 2004, p.3.

C. ONGs

1. 3D, Trade, Human Rights, Equitable, Economy, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, accès aux médicaments et droits humains – Maroc, Avril 2006, pp 1-2, disponible sur : http://www.3dthree.org/pdf_3D/3DDESCRMaroc_avril06Fr.pdf, (visité le 03 février 2007).
2. Amnesty International, *Dignité et droits humains, Une introduction aux droits économiques, sociaux et culturels*, Index AI : POL 34/009/2005, 2005, disponible

sur <http://web.amnesty.org/library/index/frapol340092005>, (visité le 01 Mai 2007).

3. Déclaration de Berne, *Accès aux génériques sous pression*, 16.03.05, disponible sur : <http://www.evb.ch/fr/p3492.html> (visité le 04 mai 2007).
4. FIDH – OMC, L'organisation Mondiale du Commerce et les droits de l'homme, rapport de position, disponible à : <http://www.fidh.org/rapports/rap-omc.htm>, (visité, le 25 mai 2007).
5. MSF, *accords ADPIC, recherche et développement, et accès aux médicaments : un guide pour l'après 2005*, février 2005, disponible sur www.msf.fr/documents/base/2005-02-01-msf.pdf, visité le 12/02/2007.

IV. Rapports divers

1. Le Cercle des Droits, L'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels : Un outil pour la formation, Module 14, *Droit à la santé*, disponible sur <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-14.htm> (visité le 07 Février 2007).
2. Le Cercle des droits, l'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels, Module 2 : *Les perspectives historiques sur les Droits ESC*, disponible sur : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-2.htm> (visité le 07 Mars 2007).
3. Le Cercle des droits, l'activisme en faveur des droits économiques, sociaux et culturels, Module 3: *introduction au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, disponible sur : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-3.htm> (visité le 06 Avril 2007).
4. Ligue des droits et libertés, *Guide d'introduction aux droits économiques, sociaux et culturels, Connaître nos droits pour en revendiquer le respect*, ISBN : 2-920549-11-1, Montréal, 2005, disponible sur : <http://www.liguedesdroits.ca/documents/desc/guide.pdf> (visité le 30 mars 2007).
5. Réseau des centres de documentation et d'information pour le développement et la solidarité internationale, *les droits économiques, sociaux et culturels*,

disponible sur : http://www.ritimo.org/F/Droit/Desc/Desc_justiciabilite.html
(visité le 21 Avril 2007).

V. Notes de jurisprudence

1. Chambre de la Cour suprême, division de la province du Transvaal, *Treatment Action Campaign et al c. Minister of Health et al.*, affaire n°21182/2001, disponible sur : http://www.eschr-net.org/usr_doc/High_Court_Judgment_-_Full_Text.doc (visité le 28 mai 2007).
2. ESCR-Net, caselaw, « *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Ors v State of West Bengal & Anor.* Cited as: (1996) AIR SC 2426/ (1996) 4 SCC 37 », disponible sur : www.eschr-net.org, (visité le 20 Mars 2007).

VI. Sites internet principaux

1. www.ohchr.org
2. www.who.int
3. www.wto.org
4. www.un.org
5. www.eschr-net.org