

AVRIL 2019

---

# ÉTUDES

---

REVUE DE CULTURE CONTEMPORAINE

## Migrations en Europe

FRANÇOIS HÉRAN

## Abus sexuels et cléricanisme

HERVÉ LEGRAND

## La voiture et les « gilets jaunes »

HERVÉ LE BRAS

Populismes  
en Europe

Les biens  
communs  
de santé

Une *Vie*  
*de Jésus*

[www.revue-etudes.com](http://www.revue-etudes.com)

**ACTUALITÉ  
CULTURELLE**  
EXPOS, FILMS,  
LIVRES...

## LES BIENS DE SANTÉ SONT-ILS PRIVÉS OU COMMUNS ?

Isabelle MOINE-DUPUIS

*La question de la santé ne cesse de nous rappeler notre commune condition ; dès lors, les biens censés la protéger ne devraient-ils pas être à tous ? Permettre l'accès à des thérapies abordables est un moyen d'ajuster les règles qui en font trop souvent, aujourd'hui, l'apanage des plus favorisés. L'institution d'une sécurité sociale et de politiques corrigeant les excès de la propriété intellectuelle contribuent encore insuffisamment à nous rapprocher d'un statut de biens communs pour au moins les médicaments essentiels.*

Les biens de santé sont-ils des biens privés ou communs ? La question est *a priori* étrange pour le juriste français, que sa formation a habitué à connaître, d'une part, des biens privés appartenant à des personnes privées et, d'autre part, des biens publics appartenant à des personnes publiques, notamment à l'État. Tout juste, si notre juriste garde bonne mémoire de son cours de droit romain, le terme de « commun » pourra lui rappeler le concept de *res communes* ou « choses communes » : celui-ci désignait, en effet, les choses censées appartenir à tout le monde, comme l'eau courante ou l'air.

La santé implique des services et des biens<sup>1</sup>. Parmi ces derniers, l'on définit les médicaments, comme « exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique »<sup>2</sup>. Existente également les dispositifs médicaux « dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels

1. À la différence des choses communes qui, en principe, appartiennent à tous (eau, air, etc.).

2. Code de la santé publique (CSP), article L. 5111-1.

moyens »<sup>3</sup>. Les dispositifs médicaux accompagnent plus ou moins discrètement notre quotidien : simple pansement ou paire de lunettes, valve cardiaque ou fauteuil roulant, ils sont tellement divers qu'une approche globale paraît difficile.

Le médicament, sur lequel portera principalement cette étude, est quant à lui un bien fragile et surinvesti, objet potentiel de revendications contradictoires. Il s'agit certes d'un produit industriel, pour lequel rentabiliser en aval les investissements lourds consentis en amont commande le comportement des entreprises. Mais nous le regarderons aussi comme un objet susceptible de répondre à un besoin essentiel de la communauté humaine : option qui rend très séduisante l'idée d'une qualification de bien commun.

Pourquoi dès lors ne pas envisager des *Health commons*<sup>4</sup>, sur lesquels porteraient des droits collectifs ? Ces derniers permettant à toute personne en ayant besoin de revendiquer l'usage d'un produit de santé.

Les biens communs pourraient alors être regardés comme ceux dont l'appropriation exclusive, par certains sujets, causerait un préjudice majeur à la communauté humaine. En ce qui concerne la santé, bien des raisons pourraient être mises au service de cette utopie, qui semble s'inscrire dans la continuité de la création de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : l'idéal d'une protection mondiale de la santé, que porte celle-ci depuis 1948, n'est-elle pas contredite par l'existence d'une industrie du médicament libérale et ultra-concurrentielle, à l'instar de celles de l'automobile, de la mode ou de la téléphonie ?

## La santé est une valeur commune

Les proclamations multiples d'un « droit à la santé » (ou plus exactement à la protection de celle-ci) font indéniablement de la santé une valeur universelle. À titre d'exemple, la santé constitue un « bien public mondial » selon le *Global compact* de l'Organisation des Nations unies (ONU). La protection de la santé fait également partie du chapitre IV (sur la solidarité) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000). Sur un plan national, à la suite du pro-

3. CSP, art. L. 5211-1.

4. Sur la notion de *Commons* en général, voir le *Dictionnaire des biens communs*, sous la direction de Marie Cornu, Fabienne Orsi et Judith Rochfeld, PUF, 2017.

gramme du Conseil national de la Résistance (CNR) appelant à un « plan complet de Sécurité sociale, visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence », le préambule de la Constitution du 4 octobre 1946 garantit à tous (et plus particulièrement aux plus vulnérables – enfants, femmes et vieux travailleurs) « le droit à la santé » et celui « d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » : ce texte fait aujourd'hui partie du corpus juridique sur lequel le Conseil constitutionnel fonde ses décisions en la matière.

Une telle valeur n'est donc l'apanage d'aucun intérêt privé, quel qu'il soit : il n'est possible, sur le plan théorique du moins, à aucun État d'en exclure la mise en œuvre pour sa population (ou pour une partie d'entre elle). Sa reconnaissance repose sur un sentiment commun d'appartenance à l'Humanité, sur le sens commun de partager la même vulnérabilité, en dépit des disparités dans l'accès aux soins. La négation de cette vulnérabilité par la garantie d'une santé parfaite, voire d'un évitement de la mort, est un rêve transhumaniste qui ne pourrait vraisemblablement concerner qu'une partie d'entre nous. Ce faisant, elle agrandirait de manière abyssale le fossé existant déjà entre les populations, au point peut-être de compromettre l'unité de l'espèce humaine. Avant qu'une telle perspective ne se réalise cependant, une conscience commune peut se développer et se manifester déjà face aux crises sanitaires, mais aussi d'une manière plus inattendue.

L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) a sans doute permis, paradoxalement, une prise de conscience de la société civile internationale sur les inégalités dans l'accès à la santé, en tant que valeur attachée à la personne humaine. La revendication des géants de l'industrie pharmaceutique a abouti à l'intégration de ce domaine dans cet accord de 1994, et donc à la généralisation forcée des droits de brevets. Presque immédiatement après, à la suite de la décision du gouvernement sud-africain d'autoriser l'importation de médicaments antirétroviraux génériques<sup>5</sup>, trente-neuf entreprises productrices de traitements intentèrent un procès dans le but de faire respecter leurs brevets sur les molécules concernées. À la suite d'une campagne internationale menée par des ONG,

5. Le médicament générique a ceci de particulier que le principe thérapeutique qu'il contient – strictement équivalent à celui du produit qu'il copie – n'est plus protégé par un droit de propriété intellectuelle (à la façon d'un ouvrage littéraire dont les droits artistiques de l'auteur ont expiré, et qui peut être édité par tout un chacun). Il est donc en général nettement moins cher.

les laboratoires retirèrent leur plainte en cours de procédure. En conséquence de cette victoire « à la Pyrrhus », les débats reprirent à l'OMC et aboutirent à la décision du 30 août 2003, introduisant une possibilité de production et d'importation de génériques abordables pour les pays déficitaires en médicaments.

Le mécanisme – complexe – n'a cependant que très peu fonctionné : d'aucuns ont pu y voir un leurre, permettant de briser un cou-

« La prolifération de médicaments de moindre qualité »

rant de revendications révélé à l'occasion du procès avorté de Pretoria. Plus récemment, la requête de Médecins sans fron-

tières (MSF) devant l'Office européen des brevets, à propos du sofosbuvir (traitant les hépatites C, pour lequel il était demandé au départ près de 40 000 euros pour douze semaines de traitement), a certes en partie échoué<sup>6</sup>. Elle a pu néanmoins alerter l'opinion sur la globalité du problème de la cherté. L'OMS, par ses actions d'information notamment (il sera question des autres plus loin), donne une vision générale mais aussi détaillée des enjeux sanitaires. Mais bien d'autres aspects révèlent le caractère commun à l'Humanité entière des enjeux portés par les produits de santé.

La santé est une question liée au développement, à l'instar de l'éducation, ce qui suffirait à conclure à une globalisation de ses enjeux. Mais ce n'est pas sur cet aspect, trop vaste pour entrer dans le cadre de cet article, que nous insisterons. Il suffira ici de relever que l'insuffisance de produits de qualité (notamment de médicaments) est, en partie au moins, à l'origine de périls communs pour la santé, qui s'affranchissent largement des frontières. Ces dangers sont *grosso modo* de deux ordres :

- Le premier consiste dans la pénurie pure et simple, l'absence de médicaments ou de dispositifs médicaux en quantité suffisante et accessibles financièrement, ce qui, nous l'avons vu, a révélé tout particulièrement les inégalités planétaires dans le cas d'une pandémie comme le sida, mais concerne bien d'autres pathologies (paludisme, tuberculose, diabète...). Or ce risque touche aujourd'hui tout le monde, y compris des sociétés jusque-là épargnées par leur système de protection sociale.

6. Un brevet peut en effet porter sur une molécule nouvelle, mais aussi sur des découvertes subséquentes à partir d'une molécule déjà mise en évidence.

• Le second, plus sournois, et sur lequel nous nous arrêterons davantage, consiste en la prolifération de médicaments de moindre qualité afin de combler les besoins et, ce qui est bien plus grave, de produits dangereux qui se présentent faussement comme des médicaments. Ces deux phénomènes, susceptibles d'être confondus dans l'esprit du public, sont cependant très différents: le second constitue un véritable fléau, entretenu de manière criminelle, et facilité par le commerce électronique, tandis que le premier présente simplement le risque de satisfaire la demande par des produits de qualité inférieure (les normes de fabrication étant moins rigoureuses dans certaines parties du monde qu'en Europe, par exemple). Faux médicaments, médicaments substandards ou malfaçons (les médicaments normalement de bonne qualité mais qui sont victimes d'incidents involontaires de fabrication) doivent enfin être différenciés des médicaments génériques, stricts équivalents en efficacité et en qualité à un produit de marque, s'ils sont fabriqués selon les mêmes normes de sécurité<sup>7</sup>.

La vente de médicaments falsifiés, c'est-à-dire défectueux et mis sur le marché délibérément, a pour but non de soigner mais de tromper le patient. Ce dernier paie en effet un produit qu'il pense thérapeutique, mais qui ne contiendra en réalité soit aucun principe actif (exemple du faux Avastin, traitement essentiel contre le cancer, acheté en 2011 par dix-neuf cliniques californiennes à un fournisseur non autorisé, lequel le proposait 25 % moins cher que sur le marché habituel), soit un composant en lui-même dangereux (exemple du di-éthylène glycol mortel, entrant dans la composition de prétendus sirops antitussifs vendus en Afrique)<sup>8</sup>.

Ce trafic est susceptible de concerner la planète entière: le cas précité de l'Avastin le montre, la société ayant fourni le produit « navigant » entre la Serbie et le Canada. Relevons qu'un médicament sur deux vendu de façon dématérialisée serait faux, selon l'OMS. Quant à la qualité intrinsèque des vrais médicaments et à leur sécurité, qui prétendrait que la question est purement nationale dans un contexte de mondialisation des flux? Les dispositifs médicaux peuvent s'avérer encore moins sûrs, si leur caractère *a priori* non toxique dispense leurs fabricants de normes de sécurité minimales. Enfin, si le coût des

7. Dits ainsi bioéquivalents par rapport aux produits de marque, et vendus sous leur dénomination commune internationale (DCI). Cf. note 8.

8. Voir Clotilde Jourdain-Fortier et Isabelle Moine-Dupuis (dir.), *La contrefaçon de médicaments: les premiers pas d'une réaction normative internationale*, LexisNexis, 2013.

produits du futur décourage même les systèmes de santé les plus performants (ainsi les médicaments de dernière génération contre le cancer), nul ne sera totalement à l'abri d'un *discount* sanitaire ou, pire, de tromperies mortifères : l'enjeu est, pour cette raison également, communément humain.

Ces réalités peuvent-elles dès lors justifier un qualificatif de « commun » pour le produit de santé lui-même, censé défendre cette valeur et ces enjeux globaux ? Mais ce serait compter sans une certaine contradiction qu'opposent les faits.

## Les produits de santé sont des biens privés

Toutes les proclamations relatives au « droit » à la santé n'y font rien : le produit de santé, qu'il s'agisse du médicament ou du dispositif médical, est un bien privé, au sens où il est l'objet de droits exclusifs. On peut le déplorer, évidemment : mais on ne peut l'ignorer. La commercialisation d'un produit de santé s'effectue sur un marché et doit être lucrative. Les laboratoires pharmaceutiques ne sont pas des organismes humanitaires et ne poursuivent pas les mêmes objectifs que ces derniers (en dépit de quelques collaborations notables<sup>9</sup>). Ils vendent des médicaments sous leur forme physique (gélules, ampoules, etc.) mais – ce qui nous intéressera surtout – ils détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce qui est l'essentiel de ce produit.

Le médicament est en effet fabriqué à partir de matières premières, mais surtout d'inventivité : c'est cette dernière que rémunèrent des droits intellectuels (brevets), pendant une durée plus ou moins longue (vingt à vingt-cinq ans dans l'Union européenne). Le principe actif (la molécule pour le médicament chimique)<sup>10</sup> constitue la « perle » du bien-médicament. Son devenir rythme le cycle de vie de celui-ci, jusqu'à l'arrivée sur le marché du médicament générique (comme vu précédemment). Ce caractère est renforcé par la qualification – plus économique – de marchandise, qui implique leur valeur d'échange sur un marché. Une réserve est ici à souligner : cette valeur est soutenue, dans les pays du moins où un tel système

9. Par exemple, celle entre Sanofi et l'ONG Drugs for Neglected Diseases initiative (DNDi) pour un traitement pédiatrique contre le paludisme, à partir de 2005.

10. À titre d'exemple, le principe actif du Doliprane est le paracétamol, celui du Prozac est la fluoxétine (les génériques de ces deux traitements sont depuis longtemps sur le marché).

existe, par une politique de santé publique qui garantit l'achat à un certain prix au profit des populations.

Quand près de douze ans sont nécessaires pour mettre sur le marché une nouvelle molécule, et que près de dix « candidats médicaments » doivent être testés pour qu'un seul soit finalement autorisé à la commercialisation, il est crucial d'assurer la rentabilité maximale de ce « winner ». Sur le marché mondial des médicaments, les multinationales de l'industrie pharmaceutique sont ainsi engagées dans une course à l'inventivité qui, en soi, profite à la santé mais aboutit aussi à un renchérissement des produits. Cette logique de marché ne va certes pas dans le sens d'un statut de bien commun, orienté vers la satisfaction des demandes essentielles des patients.

En effet, la constitution d'une offre à l'aune du marché potentiel (combien de produits puis-je vendre, étant donné l'investissement que cela me demande?) s'adapte *a priori* davantage à la capacité de financement qu'aux besoins réels des populations: les pathologies endémiques des pays du Sud – dont le potentiel d'achat de produits est nettement moins important – ne présentent pas d'attrait, non plus que les médicaments destinés à soigner les maladies « rares ».

Certes, les entreprises profitent de l'existence de politiques de santé publique, qui leur assurent un prix pour un certain volume de production. En France, par exemple, un passage par les fourches caudines de trois organismes successifs est nécessaire pour l'inventeur, avant d'accéder à la remboursabilité de son médicament: notamment le Comité économique des produits de santé (CEPS) qui examine l'intérêt de sa prise en charge par la communauté et négocie les tarifs. Le produit acquiert dès lors une forme de statut (qu'il peut perdre) de bien d'intérêt commun, qui officialise en quelque sorte le besoin de la communauté à son égard. Une obligation de gestion des stocks afin d'éviter la pénurie est même imposée, pour ceux qui constituent en outre des médicaments irremplaçables. Cela vise à empêcher, dans la mesure du possible, que les entreprises détournent ces produits indispensables à la collectivité nationale vers des marchés émergents plus lucratifs.

Ce modèle est-il en voie d'essoufflement face aux coûts des nouveaux traitements? En tout cas, est-il encore imaginable de raisonner sur un plan strictement national, alors que les fabricants ont probablement dépassé cette logique et que, par ailleurs, les enjeux sont humains et planétaires, comme nous avons tenté de le montrer plus haut? Prendre

en compte la mondialisation du problème devrait permettre, en dernier lieu, d'évoluer vers un statut international des médicaments (voire d'autres produits), s'inspirant de l'intérêt qu'ils représentent pour l'ensemble de l'Humanité, en particulier pour ceux d'entre eux dont nul ne saurait se passer, les médicaments essentiels notamment, dont la liste est établie par l'OMS.

« **L'OMS joue un rôle croissant** »

Option qui devrait aussi s'inscrire dans la perspective d'une solution globale de prise en charge des traitements trop coûteux pour la grande majorité (sinon la totalité) des systèmes de protection.

Comme pour tant d'autres problèmes d'importance égale (alimentation, environnement, etc.) se pose la question d'une impulsion, voire d'une organisation internationale effective.

### **Comment résoudre l'aporie ?**

Une gouvernance globale en vue d'un ordre mondial vertueux, à installer au sommet du désordre mondialisé, devrait en effet appréhender la santé comme un enjeu global et l'un des leviers du développement. Mais cet ordre mondial n'existe pas, y compris face aux problèmes cruciaux, et il a fort peu de chances d'exister dans l'avenir, même si l'on se montre fortement optimiste. Le droit international, censé organiser ou faciliter les relations entre les peuples, est éclaté.

En effet, les multiples organisations se répartissent schématiquement entre celles, d'une part, qui entendent régir les relations économiques (OMC notamment) et celles, d'autre part, qui se font les championnes de ce que l'on nomme valeurs non marchandes (santé, éducation, respect de l'environnement, droit des travailleurs, etc.). Le droit produit dans de tels domaines est malheureusement peu contraignant, et il n'est pas d'organe juridictionnel susceptible d'imposer des sanctions. Certes, l'OMS joue un rôle croissant, en particulier dans sa promotion active de la couverture de santé universelle, mais ne peut travailler que par recommandations ou de manière collaborative, là aussi en comptant sur des options politiques favorables.

Doit-on alors, tout en s'appuyant sur cette dernière, se tourner vers des voies plus modestes, réparatrices des inconvénients d'un

système qui, il est vrai, est le seul à avoir pu montrer aujourd'hui sa faculté à produire effectivement des biens de santé ? Faut-il toujours parler en termes d'opposition radicale entre la logique marchande et l'approche humanitaire – ce terme ne visant pas uniquement l'œuvre des ONG mais également les options juridiques qui peuvent être celles des États ou des organisations internationales ? N'est-il pas possible de consentir à l'imbrication de solutions apparemment contradictoires, mais correspondant à une réalité elle-même complexe ? Telle est la quadrature de ce cercle si peu vertueux : comment parvenir à construire un statut de biens privés, certes, mais à vocation commune ?

Sans pousser trop loin la comparaison avec un « bricolage » juridique sans ligne directrice, relevons que les États possèdent pour l'heure, plus que les institutions, la « boîte à outils » appropriée. Des moyens de réguler le marché dans un sens plus favorable à la santé publique et à l'accès commun aux médicaments existent déjà : encore faut-il une volonté politique de les mettre en œuvre, c'est-à-dire d'entrer en opposition – ou en dialogue – avec des laboratoires.

Dans cette « boîte », l'on trouve par exemple la possibilité d'imposer des licences d'office, que beaucoup de lois nationales (dont la loi française) permettent d'imposer aux laboratoires innovants : ces derniers doivent concéder une part de leurs droits d'exclusivité contre une part des ressources produites par la vente de génériques. Les droits – nationaux et/ou régionaux (européens ou nord-américains) – protègent aussi la concurrence face à certains abus en matière de propriété intellectuelle (dépôts de brevets contestables, accords destinés à reporter l'entrée sur le marché de médicaments génériques, etc.). Tout ceci relève cependant des souverainetés étatiques et du bon gré politique de ceux qui les représentent, ainsi que de leur capacité à peser à l'égard de l'industrie : pour quelques pays émergents ayant été jusqu'à présent à la pointe de la mise en œuvre des licences d'office (Brésil, Thaïlande, Afrique du Sud, etc.), combien de « poids plume », aux institutions trop fragiles pour envisager de telles options ?

Par échelons successifs, le meilleur de cette volonté peut devenir international. Un pas décisif pourrait consister en un accord sur les biens de santé, en vue d'une définition commune (incluant les dispositifs médicaux qui passent souvent à l'arrière-plan du débat), d'objectifs de sécurité sanitaire et enfin d'un statut des médicaments essen-

tiels<sup>11</sup> visant à être transposé dans les législations nationales. Ce statut donnerait aux États une base permettant de négocier avec les laboratoires, sinon de leur imposer une attitude, en jouant notamment sur une sensibilité croissante à leur image dans le public (et que le procès de Pretoria a révélée). Si un accord global est difficile, une convention adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, mais ouverte à la signature des pays non européens, serait plus envisageable<sup>12</sup>. La voie de la lutte contre le trafic de faux médicaments, sur laquelle cette dernière institution s'est engagée, semble d'ailleurs un premier terrain d'entente pour les laboratoires et les États ou institutions publiques.

Manquerait certes toujours un « payeur public » qui garantirait les prix au niveau des investissements réalisés, tout en évitant autant que possible la recherche du marché le plus offrant. Le « pari » du CNR – et parallèlement celui de Lord William Beveridge, initiateur du système britannique, à la même époque – a été gagné tout au long des Trente Glorieuses : l'assurance maladie a libéré, étape par étape, l'ensemble de la population française de la vulnérabilité sanitaire qui affectait la plus grande partie d'entre elle, et ouvert la voie à une vie moins précaire et plus humaine. La prospérité économique y a trouvé l'un de ses piliers essentiels. L'industrie pharmaceutique en a tiré de larges bénéfices, et les biens qu'elle produit aujourd'hui pourraient être vus comme porteurs d'une vocation à être autre chose que de simples produits industriels. Ce type d'expérience – nationale ou internationale – suppose une volonté politique affirmée, claire et suivie, qu'il convient de susciter ou d'encourager, peut-être à différents niveaux.

N'est-ce pas une manière de dire que les biens, même objet de propriété privée, ne nous appartiennent jamais totalement et appellent notre responsabilité, au regard de valeurs qui nous dépassent ?

Isabelle MOINE-DUPUIS

Retrouvez le dossier « Questions sociales en France »  
sur [www.revue-etudes.com](http://www.revue-etudes.com)

11. Désignant les médicaments dont l'importance est primordiale, et dont la liste est périodiquement mise à jour par l'OMS. Elle comporte certaines thérapies récentes, donc particulièrement onéreuses.  
12. À l'instar de la Convention de 2011 contre la vente de faux médicaments, dite Médicrime.