

**LA PLACE DE L'ÉTHIQUE DANS LE CONTRÔLE  
DE LA LÉGALITÉ ET DE LA MISE EN  
ŒUVRE DES BREVETS GÉNÉTIQUES :  
ANALYSE DU CONTEXTE DANS LEQUEL S'EST  
PRÉSENTÉE L'AFFAIRE *MYRIAD***

*Louise Bernier\**

Cet article vise à apporter un éclairage sur les raisons qui expliquent la portée limitée des décisions des tribunaux supérieurs en matière de brevets génétiques. Plus généralement, nous analysons certaines lacunes fonctionnelles et normatives qui font, selon nous, obstacle à une gouvernance équilibrée des brevets en santé. Une réflexion sur certains ancrages normatifs, sociopolitiques et économiques du droit des brevets permet d'identifier ce qui empêche la prise en compte d'enjeux moraux et sociétaux relatifs à la mise en œuvre du droit des brevets dans le domaine de la santé. Cette analyse nous amène également à prendre conscience

This article analyzes some of the reasons for the limited scope of appellate court decisions with respect to genetic patents. More generally, we present certain normative and functional weaknesses of the patent system that stand in the way of balanced governance of health-related patents. Our presentation of the normative, economic, and sociopolitical roots of patent law allows us to identify the obstacles that hinder consideration of the ethical and social issues raised by the adoption of genetic patents. This study brings to light intrinsic constraints in the patent system that intervenors and judges face in the context of legal conflicts re-

---

\* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier chaleureusement Charles-Étienne Daniel pour son précieux travail d'assistance à la recherche et à la mise en page, le professeur Stéphane Bernatchez pour les discussions et commentaires éclairants formulés sur une version préliminaire de l'article ainsi que Julie et François Bernier pour leur relecture attentive et généreuse du manuscrit. Cet article a été réalisé dans le cadre d'un projet de recherche financé par le Fonds de recherche du Québec – Société et culture. Manuscrit soumis en mars 2014 et accepté pour publication en août 2014.

© Louise Bernier 2015

Référence : Louise Bernier, « La place de l'éthique dans le contrôle de la légalité et de la mise en œuvre des brevets génétiques : analyse du contexte dans lequel s'est présentée l'affaire *Myriad* » (2015) 8 : 2 RD & santé McGill S231.

Citation: Louise Bernier, "La place de l'éthique dans le contrôle de la légalité et de la mise en œuvre des brevets génétiques : analyse du contexte dans lequel s'est présentée l'affaire *Myriad*" (2015) 8:2 McGill JL & Health S231.

de contraintes inhérentes du système des brevets avec lesquelles doivent composer les intervenants et les juges à l'occasion de la judiciarisation des conflits comme le cas américain *Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics Inc.* Nous présentons une critique de l'approche minimaliste privilégiée par les tribunaux à l'occasion de ces litiges, déplorant que les tribunaux demeurent souvent cantonnés dans un rôle plutôt technique et légaliste, contraints par la lettre des dispositions d'une loi économique – une approche très loin d'être une quête de justice en santé.

lated to genetic patents, as in the American case *Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics Inc.* We present a critique of the minimalist approach employed by the courts when faced with such cases, lamenting the fact that the courts are often restricted to a largely technical and legalistic role, constrained by the letter of economic legislation – an approach that is far from being a quest for health justice.

---

INTRODUCTION	S233
<b>I. ANALYSE DE LA PLACE DES ENJEUX ÉTHIQUES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES BREVETS GÉNÉTIQUES : ANCRAGES NORMATIFS, ÉCONOMIQUES ET SOCIO-POLITIQUES DU DROIT DES BREVETS</b>	S239
<b>A. <i>L'affaire Myriad</i></b>	S242
<b>B. <i>Assises normatives pour faire valoir les enjeux éthiques suscités par la brevetabilité de gènes</i></b>	S245
<b>C. <i>Survol du contexte socio-politique et économique de la mise en œuvre du droit des brevets</i></b>	S252
<b>II. OBSTACLES ET LIMITES À UNE PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES ENJEUX MORAUX SUSCITÉS PAR LES BREVETS GÉNÉTIQUES</b>	S260
<b>A. <i>Le rôle et l'impact des intervenants et des experts sur les enjeux débattus en cour dans l'affaire Myriad</i></b>	S260
<b>B. <i>L'approche des juges face aux enjeux éthiques et sociétaux que pose l'octroi de brevets génétiques</i></b>	S268
<b>1. Le minimalisme judiciaire en droit des brevets</b>	S268
<b>2. Critique du minimalisme judiciaire en matière de brevets génétiques</b>	S279
CONCLUSION	S288

---

## INTRODUCTION

La science évolue à grande vitesse, portée par l'inventivité des chercheurs et par des développements technologiques impressionnants qui donnent lieu à des possibilités et à un bassin de connaissances en constante évolution. Le potentiel pour la santé des individus et des populations est immense, dans la mesure, notamment, où ces développements technologiques et scientifiques leur sont accessibles. Nous avons déjà, à quelques occasions, analysé et débattu de l'importance cruciale et universelle de la santé, de son rôle clé dans le « fonctionnement normal » des individus et dans la poursuite et l'atteinte d'une certaine « égalité d'opportunités »<sup>1</sup>. Nous avons proposé qu'il soit nécessaire de revoir la conception utilitariste de la justice lorsqu'il est question d'accès à la santé<sup>2</sup>. Nos travaux visaient notamment à justifier une vision et une distribution différentes, plus équitables et coordonnées des bénéfices engendrés par les développements scientifiques et technologiques dans le domaine de la santé et spécialement de la génétique plutôt que de continuer à nous appuyer sur les lois du marché, sur un calcul utilitariste ou sur les règles dictées par les détenteurs de droits de propriété intellectuelle. Nous avons basé notre réflexion sur des principes théoriques de justice distributive et d'égalité pour demander une vision plus équilibrée des brevets et un certain niveau d'accessibilité à l'innovation médicale par les populations pour satisfaire leurs besoins fondamentaux dans le domaine de la santé<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir Amartya Sen, *Commodities and Capabilities*, New York, Elsevier Science, 1985 [Sen, *Commodities and Capabilities*] ; voir aussi Amartya Sen, *L'idée de Justice*, Paris, Flammarion, 2009 [Sen, *L'idée de Justice*].

<sup>2</sup> Comme alternative, nous avons plutôt élaboré une approche conceptuelle de justice distributive axée sur la notion de besoins en santé et visant l'atteinte d'une certaine « égalité d'opportunités » entre les individus pour prévenir les écarts en santé causés par des facteurs économiques et l'application non contrôlée des lois du marché. Nous avons conclu que des principes de justice distributive en santé étaient incontournables et que malgré les contraintes légales et politiques qui peuvent être imposées par le fonctionnement de systèmes normatifs internationaux et nationaux, ceux-ci doivent être critiqués et réformés en conséquence. Louise Bernier, *Justice in Genetics: Intellectual Property and Human Rights from a Cosmopolitan Liberal Perspective*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2010.

<sup>3</sup> Voir également Sen, *L'idée de Justice*, *supra* note 1 ; Norman Daniels, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Cambridge University Press, 2008 ; Thomas W Pogge, « Human Rights and Global Health: A Research Program » (2005) 36 : 1 *Metaphilosophy* 182 ; Thomas W Pogge,

Force est de constater que la réalité n'est pas conforme à cet idéal. Sur le terrain, nous assistons à une augmentation constante des coûts de santé, notamment ceux associés à la recherche et au prix des médicaments et technologies médicales<sup>4</sup>. Ces coûts, principalement établis par les lois du marché, sont notamment influencés par les pressions politiques et économiques en faveur d'une commercialisation et d'une compétitivité accrues dans les domaines scientifiques de pointe.

Un des systèmes normatifs directement impliqué dans la commercialisation et l'accès aux nouvelles technologies médicales est le système des brevets. En effet, la portée des brevets octroyés dans le domaine de la santé peut influencer l'accès à l'innovation médicale et soulever d'importants conflits de valeurs et débats de société<sup>5</sup>. Ainsi, dans une perspective de santé publique, un défi de taille pour les décideurs est de trouver un équilibre entre

---

« The Moral Demands of Global Justice » (2000) 47 : 2 Dissent 37 ; Martha C Nussbaum, « Human Functioning and Social Justice: In Defence of Aristotelian Essentialism » (1992) 20 : 2 Political Theory 202 à la p 222 ; Martha C Nussbaum et Amartya Sen, dir, *Quality of Life*, Oxford, Clarendon, 1993 ; Sen, *Commodities and Capabilities*, supra note 1 ; Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot (R-U), Dartmouth, 1996 ; Peter Drahos et Ruth Mayne, dir, *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2002 ; Charles R Beitz, « Human Rights as a Common Concern » (2001) 95 : 2 Am Polit Sci Rev 269 ; Charles R Beitz, « Social and Cosmopolitanism Liberalism » (1999) 75 : 3 Int'l Aff 515 ; Louise Bernier, « International Socio Economic Human Rights: The Key to Global Health Improvement? » 14 : 2 Int'l JHR 246 [Bernier, « International Socio Economic Human Rights »].

<sup>4</sup> Andrea Sisko et al, « Health Spending Projections through 2018: Recession Effects Add Uncertainty to the Outlook » (2009) 28 : 2 Health Aff 34 ; Jaime Lee, « Growth spurt: As patents expire, focus is on high-priced drugs », *Modern Healthcare* (28 janvier 2013), en ligne : MH <[www.modernhealthcare.com/article/20130126/MAGAZINE/301269989](http://www.modernhealthcare.com/article/20130126/MAGAZINE/301269989)> ; Nikki Buck, « Greed Is Good, for Patients: How the Biotechnology Industry Saves Lives, One Gene Patent at a Time » (2013) 11 : 2 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 61.

<sup>5</sup> Par exemple, des coûts trop élevés peuvent empêcher la poursuite de certains projets de recherche ou la prise en charge publique ou privée de certaines technologies médicales et médicaments. À cet effet, Peter Drahos précise d'ailleurs très justement : « *Patent claims over medicines, genes and plants can potentially affect products relevant to the fulfilment of basic human needs* ». Peter Drahos, « Patents, Practical Ethics and Scientists » (2011) 29 : 3 Prometheus 345 à la p 346 [Drahos, « Patents, Practical Ethics »] ; voir également Michael

les droits des détenteurs de brevets et l'accessibilité aux connaissances, technologies et produits médicaux brevetés par les populations. Or, ce défi est considérable dans un contexte où la circulation des idées, des connaissances scientifiques et des inventions qui en émergent peut être compromise par l'application d'une justification utilitariste stricte de la propriété intellectuelle.

Les gouvernements sont peu nombreux à prendre des positions et des orientations coordonnées et claires en ces matières, analysant souvent les enjeux relatifs à l'innovation et à la santé de façon isolée et parallèle<sup>6</sup>. Il n'est donc pas rare que les tribunaux soient sollicités pour établir et clarifier les normes encadrant la définition d'invention brevetable ou les critères tra-

---

A Heller et Rebecca S Eisenberg, « Can Patents Deter Innovation? The Anti-commons in Biomedical Research » (1998) 280 : 5364 *Science* 698.

<sup>6</sup> À cet effet le texte de Bubela et al sur les déficits de cohérence politique dans ces domaines au Canada est particulièrement instructif : Tania Bubela, E Richard Gold et Jean-Frédéric Morin, « Wicked Issues for Canada at the Intersection of Intellectual Property and Public Health : Mechanisms for Policy Coherence » (2011) 4 : 2 *McGill JL & Health* 3. À l'inverse, des initiatives récentes des gouvernements du Brésil, de l'Afrique du Sud et de l'Inde permettent, en théorie du moins, la prise en compte des questions relatives à la santé dans le domaine de la propriété intellectuelle. Voir notamment la section III concernant l'octroi de licences obligatoires de la législation brésilienne, disponible en français : *Loi n° 9279 du 14 mai 1996 régissant les droits et obligations dans le domaine de la propriété industrielle*, art 68 et s, en ligne : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) <[www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=125399](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125399)>. Voir également la législation indienne : *Patents Act, 1970* (as amended up to *Patents (Amendment) Act, 2005*), art 3(d), en ligne : World Intellectual Property Organization (WIPO) <[www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=295102](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=295102)> ; et consulter le *Draft National Policy on Intellectual Property (IP) of South Africa: A Policy Framework*, projet n° 36816 (4 septembre 2013) à la p 3, en ligne : University of Cape Town Intellectual Property Unit <<http://ip-unit.org/wp-content/uploads/2013/09/DRAFT-IP-POLICY.pdf>> [*South African Draft IP Policy*]. Pour une analyse de ces initiatives, voir Timothy Bazzle, « Pharmacy of the Developing World: Reconciling Intellectual Property Rights in India with the Right to Health: TRIPS, India's Patent System and Essential Medicines » (2011) 42 : 4 *Geo J Int'l L* 785 ; Vidisha Garg, « All Eyes on India », *Managing Intellectual Property* (juin 2008) 85 ; Erika George, « The Human Right to Health and HIV/AIDS: South Africa and South-South Cooperation to Reframe Global Intellectual Property Principles and Promote Access to Essential Medicines » (2011) 18 : 1 *Ind J Global Legal Stud* 167.

ditionnels de brevetabilité des inventions pouvant avoir un effet sur la santé, comme ce fut le cas récemment aux États-Unis dans l'affaire *Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics Inc* (ci-après *Myriad*)<sup>7</sup>.

Le 13 juin 2013, la Cour suprême des États-Unis a mis fin à une longue saga judiciaire dans une décision unanime, en confirmant l'impossibilité de breveter des séquences de nucléotides directement isolées du génome humain<sup>8</sup>. Dans cette affaire, les appelants, l'Association for Molecular Pathology (AMP) et al, remettaient en cause la possibilité d'obtenir des brevets sur des gènes humains impliqués dans certaines formes de cancer du sein et des ovaires.

---

<sup>7</sup> 133 S Ct 2107 (2013) [*Myriad*].

<sup>8</sup> Il importe de souligner que la Cour suprême américaine n'invalide que les brevets concernant les séquences nucléotidiques d'ADN retrouvées à l'état naturel dans le génome humain. À l'inverse, explique la Cour, les séquences codantes constituées uniquement d'exons et formant l'ADN complémentaire peuvent très bien être brevetées, car celles-ci n'existent pas à l'état naturel et sont synthétisées en laboratoire. Soulignons qu'en première instance, le juge Robert Sweet avait déclaré que l'ADN isolé et revendiqué dans les brevets de Myriad, de même que certaines méthodes de comparaison et d'analyse, ne pouvait faire l'objet de brevets. Voir *Association for Molecular Pathology v United States Patent and Trademark Office*, 702 F Supp (2d) 181 (SDNY 2010). En appel, la Cour fédérale avait une première fois renversé cette décision en confirmant plutôt la validité des brevets détenus par Myriad : *Association for Molecular Pathology v United States Patent and Trademark Office*, 653 F (3d) 1329 (CA 2011). Par la suite, avant d'accepter d'entendre la cause, la Cour suprême avait demandé à la Cour fédérale d'appel de réentendre cette affaire à la lumière d'un jugement récent qui concernait la brevetabilité d'un test de métabolites pour diagnostiquer des maladies autoimmunes, *Mayo Collaborative Services v Prometheus Laboratories*, 132 S Ct 1289 (2012) [*Mayo*]. Pour la deuxième fois, plutôt que de se concentrer sur le caractère informationnel de l'ADN comme l'avait fait le juge Sweet, les juges majoritaires de la Cour fédérale d'appel ont plutôt de nouveau considéré les différences chimiques structurelles distinguant les fragments revendiqués, isolés et clivés des éléments du matériel génétique compris dans les chromosomes : *Association for Molecular Pathology v United States Patent and Trademark Office*, 689 F (3d) 1303 (CA 2012) [*AMP v USPTO* (CA féd n° 2)]. En appel de cette décision, la Cour suprême a finalement confirmé l'importance de s'attarder au caractère unique de l'ADN, concluant que comme les gènes isolés reproduisent exactement la même information génétique que les séquences retrouvées à l'état naturel et permettent d'obtenir les mêmes protéines, il n'y avait pas lieu d'octroyer de brevets sur ce qui relève davantage d'une découverte que d'une invention : *Myriad*, *supra* note 7 aux pp 2116-18.

Malgré la présentation d'arguments relatifs à l'impact des brevets génétiques<sup>9</sup> sur la société, l'économie, la recherche et la santé par les parties et les intervenants, les juges de la Cour suprême se sont centrés sur les caractéristiques techniques et scientifiques de la matière brevetable. À la lumière des dispositions de l'article 101 du titre 35 USC<sup>10</sup> (ci-après *Loi américaine sur les brevets*) et des décisions antérieures établissant la distinction entre une découverte et une invention<sup>11</sup>, les juges se sont uniquement demandés si l'identification de l'emplacement des gènes BRCA1 et BRCA2 sur les chromosomes, leur isolation en des molécules distinctes et l'ADN complémentaire pouvaient être qualifiés d'inventions brevetables<sup>12</sup>.

Au-delà du fait que le dispositif de la décision de l'affaire *Myriad* ait placé l'ADN humain isolé à l'extérieur du champs d'application de la *Loi*

---

<sup>9</sup> Pour les fins de cet article, nous utiliserons l'expression « brevets génétiques » pour parler des brevets octroyés non seulement sur les structures biologiques (gènes et les séquences d'ADN humains) mais également sur l'ADN complémentaire, les méthodes d'analyse et de manipulation du matériel génétique, les méthodes d'application des connaissances et les produits diagnostiques et thérapeutiques liés à des maladies génétiques. Cette famille de brevets peut avoir un impact considérable sur l'accessibilité aux résultats des grandes promesses de la génomique, que ce soit par exemple, au dépistage des gènes de prédisposition à certaines maladies ou à l'accessibilité à la médecine personnalisée grâce à la pharmacogénomique. L'objectif des différentes recherches entreprises dans ce secteur vise ainsi à améliorer la détection plus précoce et précise des différentes maladies et désordres moléculaires et la mise au point de traitements spécifiques et optimaux pour certains groupes de patients. Néanmoins, l'octroi de brevets sur ce qui émerge de ces recherches empêche ou retarde certaines publications scientifiques en plus de créer des enchevêtrements de droits de propriété intellectuelle, ce qui peut compliquer et restreindre l'accès aux diagnostics et aux traitements par les patients. Voir Jeffrey L Moe, « Commercialization Considerations for Individualized Diagnostic and Drug Therapies Resulting from Pharmacogenomics » (2005) 66 : 5 *La L Rev* 103 ; Kristen L Burge, « Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in *Association of Molecular Pathology v USPTO* » (2013) 8 : 4 *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 501.

<sup>10</sup> *US Patent Act*, 35 USC § 101 [*Loi américaine sur les brevets*].

<sup>11</sup> *Mayo*, *supra* note 8 ; *Diamond v Chakrabarty*, 447 US 303 (1980) [*Chakrabarty*] ; *Funk Brothers Seed Co v Kalo Inoculant Co*, 333 US 127 (1948).

<sup>12</sup> Soulignons que la Cour, dans sa conclusion, précise très clairement l'exclusion de toute considération externe à la qualification des gènes revendiqués lors-

*américaine sur les brevets*, les juges ont confirmé la brevetabilité de l'ADN complémentaire et ont également laissé entendre que plusieurs inventions génétiques continuaient de se qualifier pour une protection par brevets<sup>13</sup>. La portée limitée de la décision a donc permis aux demandeurs et détenteurs de brevets génétiques de conserver énormément de latitude et de flexibilité par rapport à leurs monopoles sur la génétique<sup>14</sup>. De plus, la nature des questions spécifiques adressées à la Cour a généré une réponse très précise, collée sur les faits, la science et le droit et qui n'adresse, en aucun moment, les enjeux qui se posent relativement à l'effet des brevets génétiques sur la santé. Comme le mentionnent très clairement Kesselheim et al dans un bref article sur cette décision, « [t]here is a disconnect, then, between the reasons the Supreme Court articulated for its decision and the rich set of ethical and policy concerns that have animated much of the public interest »<sup>15</sup>.

Cette affaire est donc un excellent point de départ pour une réflexion sur la place des enjeux éthiques et sociétaux en droit des brevets<sup>16</sup>. Ainsi, sans

---

qu'elle mentionne : « *We merely hold that genes and the information they encode are not patent eligible under § 101 simply because they have been isolated from the surrounding genetic material* » (*Myriad*, *supra* note 7 à la p 2120).

<sup>13</sup> En effet, en plus de spécifier que l'ADN complémentaire demeure brevetable, les juges mentionnent que les méthodes d'analyse et de manipulation du matériel génétique et d'application des connaissances ne sont pas visées par la décision. La Cour refuse également de se prononcer sur l'éligibilité d'altérations qui seraient induites aux séquences nucléotidiques retrouvées naturellement dans les chromosomes et donc sur la validité de plusieurs brevets octroyés dans les secteurs des biotechnologies ou de la biologie synthétique (*ibid*).

<sup>14</sup> Comme le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Myriad* s'est exclusivement penché sur l'isolement de l'ADN génomique, d'autres séquences nucléotidiques font encore l'objet de brevets, comme par exemple, des séquences d'amorce (*primers*), des sondes radioactives (*probes*) ou des séquences directement intégrées dans certains plasmides à titre de vecteur de clonage. Ainsi, malgré la décision, les compagnies comme Myriad ont pu poursuivre leurs activités et continuer à obtenir et mettre en œuvre des brevets génétiques sans compromettre leurs idéaux et stratégies commerciales. À cet effet, voir John Conley, « Undeterred by the Supreme Court, Myriad Starts Suing », *Genomics Law Report* (16 juillet 2013), en ligne : GLR <[www.genomicslawreport.com/index.php/2013/07/16/undeterred-by-the-supreme-court-myriad-starts-suing](http://www.genomicslawreport.com/index.php/2013/07/16/undeterred-by-the-supreme-court-myriad-starts-suing)> [Conley, « Undeterred »].

<sup>15</sup> Aaron S Kesselheim et al, « Gene Patenting: The Supreme Court Finally Speaks » (2013) 369 : 9 *New Eng J Med* 869 à la p 874.

<sup>16</sup> Bien que la morale et l'éthique puissent porter des sens différents ou similaires



nous attarder longuement sur la substance du jugement rendu dans l'affaire *Myriad*, nous allons plutôt, pour les fins de cet article, analyser le contexte dans lequel elle s'est présentée et la façon dont elle a été judiciaireisée. Cet exercice nous permettra d'identifier certaines raisons qui expliquent, selon nous, pourquoi la moralité et les enjeux sociétaux peinent à trouver une place en droit des brevets.

Nous analyserons, en premier lieu, l'environnement dans lequel l'affaire *Myriad* a pris naissance. Cette première partie nous permettra de réfléchir à certains ancrages normatifs, socio-politiques et économiques du droit des brevets et de prendre conscience de contraintes inhérentes avec lesquelles doivent composer les intervenants et les juges dans un conflit comme le cas *Myriad*. Cette réflexion nous amènera à entreprendre, en deuxième partie, un examen du discours et de l'influence des intervenants et experts en cour ainsi qu'une analyse critique de l'approche minimaliste très souvent privilégiée par les juges à l'occasion de la judiciaireisation d'un conflit relatif aux brevets génétiques. Cette discussion nous permettra de nous pencher sur les prismes à travers lesquels le droit des brevets est pensé, construit et appliqué en Amérique du Nord. Nous serons ainsi à même de mieux comprendre les raisons de la portée limitée des décisions des tribunaux supérieurs en matière de brevets génétiques et, plus généralement, certaines lacunes fonctionnelles et normatives qui font, selon nous, obstacle à une gouvernance équilibrée des brevets en santé.

## I. ANALYSE DE LA PLACE DES ENJEUX ÉTHIQUES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES BREVETS GÉNÉTIQUES : ANCRAGES NORMATIFS, ÉCONOMIQUES ET SOCIO-POLITIQUE DU DROIT DES BREVETS

L'octroi de brevets génétiques est une pratique qui, depuis les quinze dernières années, a gagné énormément d'ampleur à l'échelle mondiale<sup>17</sup>.

---

selon les courants philosophiques ou les contextes d'évocation, pour les fins de cet article juridique, nous utiliserons l'éthique et la morale comme des synonymes et de façon alternative. L'éthique et la morale seront utilisées pour qualifier les enjeux qui se posent à l'occasion de l'octroi et l'utilisation des brevets génétiques, en lien avec les principes fondamentaux de justice, d'équité et d'accès à la santé et aux technologies médicales.

<sup>17</sup> À ce jour, on estime que sur les 30 000 gènes humains existants, une proportion d'environ 20 % est brevetée, dont 15 359 brevets américains avec au moins une revendication référant à l'ADN ou l'ARN. Voir Gregory D Graff, « Not Quite a Myriad of Gene Patents » (2013) 31 : 5 Nat Biotechnol 404 ; voir aussi

Bien que le brevetage des gènes humains soit pratique commune, il suscite toujours beaucoup d'inquiétudes et d'oppositions puisque les revendications des monopoles octroyés visent certaines portions du génome humain. Pour certains, l'appropriation d'éléments qui devraient demeurer dans la sphère publique, de par leur caractère sacré ou pour des motifs relatifs aux droits de la personne ou à la religion, pose problème<sup>18</sup>. C'est d'ailleurs pour protéger davantage le génome humain d'une commercialisation et d'une appropriation exclusive que la notion de patrimoine commun de l'humanité a été établie en droit international<sup>19</sup>. Comme l'explique très bien Ghoshray, cet argument basé sur la notion d'héritage commun présuppose que les humains sont tous génétiquement connectés et qu'ils ont, dès lors, un intérêt à savoir comment et par qui les séquences de gènes humains sont manipulées et comment les résultats et les fruits tirés de cet héritage seront gérés pour le bénéfice commun<sup>20</sup>.

---

Kyle Jensen et Fiona Murray, « Intellectual Property Landscape of the Human Genome » (2005) 310 : 5746 Science 239.

<sup>18</sup> Gerald Allan Cohen, *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1995 ; Oliver Mills, *Biotechnological Inventions: Moral Restraints and Patent Law*, Hants (R-U), Ashgate, 2005 à la p 14 ; Stephen R Crespi, « Patenting and Ethics: A Dubious Connection » (2003) 85 : 1 J Pat Trademark Off Soc 31 ; Daniel J Kevles et Ari Berkowitz, « The Gene Patenting Controversy: A Convergence of Law, Economic Interests, and Ethics » (2001) 67 : 1 Brook L Rev 233 ; Timothy Caulfield, « Policy Conflicts: Gene Patents and Healthcare in Canada » (2005) 8 : 4 Community Genet 223 à la p 224.

<sup>19</sup> Cette caractérisation du génome est d'ailleurs retrouvée dans deux déclarations internationales : *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, Rés UNESCO 29C/16, Doc off UNESCO, 29<sup>e</sup> sess, Actes de la Conférence générale (1997) 42 à la p 43, art 1 ; *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, Rés UNESCO 32C/22, Doc off UNESCO, 32<sup>e</sup> sess, Actes de la Conférence générale (2003) 43. Voir à ce sujet Maurice Cassier, « Internationalisation et régimes de propriété dans les sciences de la vie », dans Philippe Laredo et al, dir, *Recherche et enseignement supérieur face à l'internationalisation*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009 à la p 338 ; voir également Irma Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Pessac, Les Presses Universitaires de Bordeaux, 2003 à la p 136.

<sup>20</sup> Saby Ghoshray, « Interpreting *Myriad*: Acquiring Patent Law's Meaning through Contemporary Jurisprudence and Humanistic Viewpoint of Common Heritage of DNA » (2011) 10 : 3 John Marshall Review of Intellectual Property Law 508 aux pp 531-32.

Certains autres opposants aux brevets génétiques parlent plutôt d'une incompatibilité entre l'octroi de monopoles dans ce domaine et l'essor du progrès scientifique<sup>21</sup>. En effet, selon cet argument, le fonctionnement même du système des brevets a pour effet de transformer l'état d'esprit dans lequel les scientifiques travaillent et collaborent les uns avec les autres<sup>22</sup>. Il appert d'ailleurs que face aux délais, aux coûts et à la procédure administrative liés à l'utilisation de ce qui fait l'objet de brevets génétiques, plusieurs scientifiques demeurent réticents à les utiliser dans le cadre de leurs travaux<sup>23</sup>. Dans ce contexte particulier où les avancées peuvent avoir des impacts concrets sur la santé et la vie des gens, le système des brevets est critiqué parce qu'il peut fonctionner indépendamment d'un réel progrès scientifique.

Une autre forme de critique formulée à l'encontre de l'octroi de brevets génétiques se rapporte aux effets négatifs que peuvent avoir le comportement des détenteurs de brevets sur la société. Dans la littérature juridique, on parle, par exemple, des effets négatifs des brevets sur l'accessibilité, par les patients, au savoir relatif à leur propre information génétique et aux technologies et équipements disponibles pouvant par ailleurs avoir un effet bénéfique sur leur santé<sup>24</sup>. Ce qui est visé par ces critiques est le détournement du système des brevets par ses utilisateurs pour leur bénéfice privé et commercial, au détriment d'une majorité des citoyens qui n'ont pas les moyens d'accéder aux inventions médicales protégées<sup>25</sup>. On remet la flexibilité et la

---

<sup>21</sup> Steven L. Salzberg, « The Perils of Gene Patents » (2012) 91 : 6 *Clin Pharmacol Ther* 969.

<sup>22</sup> Plusieurs auteurs décrivent les effets négatifs que peut avoir l'octroi de ces monopoles sur l'avancement de la recherche, sur l'innovation réelle et sur le développement d'autres produits. Sur cet argument, voir notamment Heller et Eisenberg, *supra* note 5 à la p 698 ; Colin Farrelly, « Gene Patents and Justice » (2007) 41 : 2 *J Value Inq* 147 à la p 153 ; Molly A Holman et Stephen R Munzer, « Intellectual Property Rights in Genes and Gene Fragments: A Registration Solution for Expressed Sequence Tags » (2000) 85 : 3 *Iowa L Rev* 735 ; Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons » (1968) 162 : 3859 *Science* 1243.

<sup>23</sup> Salzberg, *supra* note 21 à la p 970 (et ce, malgré que des exceptions pour la recherche soient prévues dans plusieurs lois sur les brevets).

<sup>24</sup> Bryn Williams-Jones et Michael M Burgess, « Social Contract Theory and Just Decision Making: Lessons from Genetic Testing for BRCA Mutations » (2004) 14 : 2 *Kennedy Inst Ethics J* 115 à la p 120.

<sup>25</sup> Ghoshray, *supra* note 20 aux pp 539-40.

portée du système des brevets en cause, en ce qu'il permet des comportements qui pourraient être qualifiés d'immoraux ou d'abusifs dans certaines sphères d'activités, particulièrement lorsqu'il est question de limiter les activités de recherche ou l'accessibilité aux soins de santé.

L'affaire *Myriad* est d'ailleurs née d'une lutte menée par certains acteurs des secteurs public et privé contre l'utilisation, par une compagnie privée, des brevets génétiques qui lui avaient été octroyés. Les faits de cette affaire fournissent un ancrage pour certains motifs d'opposition aux brevets génétiques et une illustration du traitement qui leur est réservé en droit des brevets. Dans le cadre de notre réflexion sur la place des enjeux éthiques et sociétaux en droit des brevets, nous dresserons, dans cette première partie, un portrait sommaire du contexte normatif, socio-politique et économique dans lequel l'affaire *Myriad* a pris naissance aux États-Unis. Après une brève présentation des faits de l'affaire *Myriad* (A), nous discuterons de la place (très limitée) accordée aux enjeux éthiques dans les lois encadrant l'octroi des brevets génétiques (B) et nous terminerons par un exposé sur le contexte socio-politique et économique de la mise en œuvre du droit des brevets en Amérique du Nord (C).

## A. *L'affaire Myriad*

À la fin des années 1990 et au début des années 2000, la compagnie *Myriad Genetics* (ci-après *Myriad*)<sup>26</sup> a obtenu, au terme d'une course aux brevets féroce, différents brevets sur les gènes *BRCA1* et *BRCA2* liés à une prédisposition aux cancers du sein et des ovaires et sur un test de dépistage de ces gènes. Les brevets ont d'abord été octroyés aux États-Unis, puis dans plusieurs autres pays notamment en Europe, au Canada, en Australie et en Chine<sup>27</sup>. Bien que ce soit en Europe où l'opposition la plus forte s'est orga-

---

<sup>26</sup> Par souci de simplicité, nous ferons référence à *Myriad* comme étant la principale détentrice des brevets en litige, bien qu'elle ait obtenu certains de ses brevets avec des co-applicants alors que la compagnie se transformait. Pour plus de détails sur la transformation de cette compagnie, voir le texte de Richard Gold et Julia Carbone, « *Myriad Genetics: In the Eye of the Policy Storm* » (2010) 12 : 4 *Genet Med* 309.

<sup>27</sup> Les quelques vingt-neuf brevets reliés aux gènes *BRCA1* et *BRCA2* et aux méthodes d'analyse octroyés par les organisations de ces pays peuvent être consultés par l'entremise de la banque de données de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), qui recense à présent près de 2 millions de brevets PCT et 35 millions de brevets nationaux émis par différents pays. Voir

nisée au départ<sup>28</sup>, c'est la contestation des brevets de Myriad aux États-Unis qui nous a servi de point de départ pour l'analyse de la place de la moralité et de l'éthique en droit des brevets présentée dans cet article.

Les brevets américains de Myriad sur les mutations relatives aux gènes BRCA1 et BRCA2 ainsi que les brevets sur les tests diagnostiques développés pour les identifier<sup>29</sup> lui ont donné un très grand contrôle sur la disponibilité et l'accessibilité légales des tests de prédisposition aux cancers

---

le moteur de recherche de l'OMPI, « Patentscope », en ligne : OMPI <<https://patentscope.wipo.int/search/fr/result.jsf?currentNavigationRow=1&prevCurrentNavigationRow=5&query=FP:breast%20AND%20PA:Myriad%20&office=&sortOption=Pub%20Date%20Desc&prevFilter=&maxRec=52>> ; voir aussi Gold et Carbone, *supra* note 26, pour un historique de l'ordre d'obtention des brevets de Myriad selon les différents pays visés par les demandes d'application.

<sup>28</sup> En effet, très rapidement après leur octroi, une coalition paneuropéenne s'est opposée aux brevets de Myriad et a réussi à faire invalider complètement l'un des brevets (EP 699754) sur le gène BRCA1 en 2004. En 2008, le bureau d'appel technique européen a modifié sa décision en réduisant sa portée sur quelques mutations et en maintenant le brevet sur la méthode diagnostique pour les identifier. Malgré cette décision, l'impact des brevets européens de Myriad reste à ce jour très limité comme Myriad ne pose pas entrave à l'utilisation par les laboratoires universitaires de leurs propres tests de dépistage génétique. Voir notamment Gert Matthijs, « The European Opposition against the BRCA Gene Patents » (2006) 5 : 1 *Fam Cancer* 95 à la p 97 ; Maurice Cassier et Dominique Stoppa-Lyonnet, « L'opposition contre les brevets de Myriad Genetics et leur révocation partielle ou totale en Europe » (2005) 21 : 6-7 *Med Sci* 658 à la p 659 ; Gold et Carbone, *supra* note 26.

<sup>29</sup> Voir notamment les brevets suivants : « Large deletions in human BRCA1 gene and use thereof », É-U Brevet n° 7250497 (31 juillet 2007) ; « 17q-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 6162897 (19 décembre 2000) ; « Chromosome 13-linked breast cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 6124104 (26 septembre 2000) ; « Chromosome 13-linked breast cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 6033857 (7 mars 2000) ; « Chromosome 13-linked breast cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5837492 (17 novembre 1998) ; « 170-linked breast cancer and ovarian cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5753441 (19 mai 1998) ; « 17q-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5710001 (20 janvier 1998) ; « Linked breast and ovarian cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5709999 (20 janvier 1998) ; « Linked breast and ovarian cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5693473 (2 décembre 1997) ; « 17Q-linked breast and cancer susceptibility gene », É-U Brevet n° 5747282 (5 mai 1998).

associés à ces mutations génétiques sur le territoire américain. La compagnie a travaillé à développer un important réseau avec les professionnels de la santé et les assureurs afin de faire connaître ses produits et services, et a utilisé ses brevets comme outils pour faire valoir son monopole dans ce secteur d'activité médicale<sup>30</sup>. Certes, Myriad a mis en oeuvre les droits qui lui avaient été légalement conférés, mais sa stratégie commerciale de contrôle très strict relativement à son monopole sur des structures biologiques et des produits diagnostiques dans un secteur médical d'importance a beaucoup dérangé<sup>31</sup>. En effet, la mise en oeuvre par une compagnie de ses droits de propriété dans ce contexte a mis en exergue plusieurs questions éthiques suscitées par la commercialisation et l'appropriation d'éléments biologiques humains et de produits utilisés à la fois pour l'avancement de la recherche et l'amélioration de la santé<sup>32</sup>. Certains de ces enjeux ont servi d'ancrage à la poursuite intentée contre Myriad et le *Patent and Trademark Office* américain (USPTO) en 2009 par l'AMP, l'*American Civil Liberty Union* (ACLU) et le *Public Patent Foundation* (PUBPAT)<sup>33</sup>. S'en est suivie

---

<sup>30</sup> Gold et Carbone, *supra* note 26 à la p 10.

<sup>31</sup> Pour une analyse complète et fort documentée des différents litiges et controverses liés aux brevets de Myriad dans différents pays, voir *ibid.* Une contestation récente a également pris forme en Australie avec l'affaire *Cancer Voices Australia v Myriad Genetics Inc*, [2013] FCA 65. Voir Tim Vines et Thomas Faunce, « *Cancer Voices Australia v Myriad Genetics Inc* [2013] FCA 65: Should Gene Patent Monopolies Trump Public Health? » (2013) 20 : 4 *Journal of Law and Medicine* 747.

<sup>32</sup> Voir généralement Bryan Nese, « *Bilski on Biotech: The Potential for Limiting the Negative Impact of Gene Patents* » (2009) 46 : 1 *Cal WL Rev* 137 ; Elle Marino, « *A Look at the Technical, Social, and Economic Considerations behind Genetic Patents* » (2013) 22 : 2 *Kan JL & Pub Pol'y* 299 ; Timothy Caulfield, « *Human Gene Patents: Proof of Problems* » (2009) 84 : 1 *Chicago-Kent L Rev* 133 ; Fazal Khan et Lindsay Kessler, « *Genomics Unbound: The Scientific and Legal Case against Patents Based on Naturally Occurring DNA Sequences* », (2013) 13 : 3 *Nevada Law Journal* 668 ; Su-hua Lee, « *Patent Protection for Essential Biomedical Inventions and Its Impacts on the Implementation of Public Health* », (2010) 5 : 1 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 115 ; Tiana Leia Russell, « *Unlocking the Genome: The Legal Case against Genetic Diagnostic Patents* », (2012) 16 : 1 *Marq Intell Prop L Rev* 81.

<sup>33</sup> Dans le dépôt de requête en première instance, les plaignants ont notamment soulevé le fait que les brevets obtenus par Myriad et couvrant les gènes BRCA1 et BRCA2 minent la transposition des découvertes de la génomique en tests cliniques de laboratoire, en plus de priver l'accès aux tests de dépistage aux patientes. Voir *Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics*

une longue saga judiciaire au terme de laquelle la Cour suprême a, tel que nous l'avons mentionné plus tôt, qualifié l'ADN isolé du génome humain de produit de la nature ne pouvant faire l'objet de brevets au sens de la *Loi américaine sur les brevets*.

Malgré des plaidoyers répétés de plusieurs acteurs (scientifiques, professionnels de la santé, universitaires, patients) pour une utilisation limitée et un encadrement plus strict des brevets génétiques, les enjeux éthiques n'ont pas trouvé d'écho dans la décision de la Cour suprême<sup>34</sup>. Une des raisons qui peut expliquer ce mutisme est que les juges appelés à trancher le sujet délicat de l'éligibilité des gènes humains à la brevetabilité composaient avec un droit très procédural et technique dans lequel l'éthique n'occupe que très peu d'espace<sup>35</sup>. Nous discuterons de ce déficit législatif dans les prochains paragraphes.

### ***B. Assises normatives pour faire valoir les enjeux éthiques suscités par la brevetabilité de gènes***

Dans leur bataille judiciaire contre Myriad, les plaignants – regroupant des chercheurs, conseillers en génétique, groupes de patients et associations scientifiques – ont contesté les brevets sur les mutations BRCA1 et BRCA2 en référant au droit constitutionnel et au droit fédéral des brevets américains. En droit des brevets, ils ont principalement construit leur argumentation juridique autour de la *Loi américaine sur les brevets* en invoquant que les gènes humains étaient des produits classiques de la nature et ne pouvaient, par conséquent, se qualifier d'« objet brevetable » (*patentable subject matter*) au sens de la loi<sup>36</sup>. En droit constitutionnel, les plaignants

---

*Inc*, 702 F Supp (2d) 181 (SDNY 2009) (mémoire des plaignants), en ligne : American Civil Liberties Union <[www.aclu.org/sites/default/files/images/asset\\_upload\\_file939\\_39568.pdf](http://www.aclu.org/sites/default/files/images/asset_upload_file939_39568.pdf)>.

<sup>34</sup> Kesselheim et al, *supra* note 15.

<sup>35</sup> En droit des brevets, la tendance est effectivement plutôt de traiter les produits, procédés et substances émergeant des activités d'innovation médicale et scientifique comme des produits de consommation ordinaires et d'encourager l'octroi des brevets. Voir Sheila Jasanoff, « Constitutional Moments in Governing Science and Technology » (2011) 17 : 4 *Sci Eng Ethics* 621 à la p 630.

<sup>36</sup> *Loi américaine sur les brevets*, *supra* note 10 (« [w]hoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of, or any

ont argumenté que l'octroi de brevets sur des gènes humains était l'équivalent d'autoriser l'appropriation des principes scientifiques de base et avait comme conséquence de restreindre le progrès, l'innovation scientifique et la connaissance en contravention de la Constitution américaine<sup>37</sup>. La cour de première instance ayant rejeté l'argument constitutionnel en se prévalant de la doctrine de l'application subsidiaire du droit constitutionnel (*constitutional avoidance*)<sup>38</sup>, le débat juridique en Cour suprême s'est essentiellement centré sur la nature de l'ADN isolé revendiqué par les brevets de Myriad. Pour étayer leur position juridique d'exclure les gènes humains de la portée de la loi, les juges de la Cour suprême ont cité des décisions antérieures, un seul ouvrage scientifique et aucun texte provenant de revues juridiques ou scientifiques<sup>39</sup>.

La place de la morale en droit a beaucoup été discutée et analysée en philosophie du droit à partir du débat entre le *juspositiviste* et le *jusnaturaliste*<sup>40</sup>. En droit des brevets, la morale porte un sens bien précis tout en occupant une place particulière. Elle est énoncée et reconnue comme balise pouvant être utilisée (ou non) par les états membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour limiter l'étendue et l'application des droits des détenteurs de brevets sur leur invention. En effet, en plus d'établir des standards de brevetabilité que tous les pays membres de l'OMC doivent impérativement respecter dans leur législation nationale, l'*Accord*

---

*new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title »).*

<sup>37</sup> Voir US Const art I, § 8, cl 8 (« [t]he Congress shall have power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries »).

<sup>38</sup> Voir *Ashwander v Tennessee Valley Auth*, 297 US 288 à la p 347 (1936), juge Brandeis (la doctrine de l'application subsidiaire prévoit qu'une Cour fédérale doit refuser de juger une cause sur une base constitutionnelle lorsque celle-ci peut être résolue sur une base non constitutionnelle).

<sup>39</sup> *Myriad*, *supra* note 7 aux pp 2116-20.

<sup>40</sup> Voir Lon L Fuller, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart » (1958) 71 : 4 Harv L Rev 630 (expliquant notamment que la place de la morale en droit n'est pas relative au contenu des lois, mais plutôt dans le fait que le droit respecte une procédure particulière relativement à son élaboration et à son application) ; Lon L Fuller, *The Morality of Law*, éd révisée, New Haven, Yale University Press, 1969. Voir aussi Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2<sup>e</sup> éd, Berkeley, University of California Press, 1967.



sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'*Accord sur les ADPIC*)<sup>41</sup> leur fournit des lignes directrices comme celles prévues à son article 27(2). Cette disposition permet aux pays membres qui le souhaitent de limiter l'octroi de brevets en fonction d'un critère de moralité et d'ordre public pouvant notamment viser la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux et de l'environnement. La morale peut donc être utilisée à l'extérieur du droit substantif, comme un outil pour encadrer la portée des privilèges octroyés. Parallèlement à l'*Accord sur les ADPIC*, la *Convention sur le brevet européen* et la directive 44/98/CE gérées par l'Office européen des brevets (OEB) intègrent, elles aussi, des dispositions similaires visant la protection de l'ordre public et l'exclusion de certaines inventions biotechnologiques du champ de la brevetabilité<sup>42</sup>.

Suite à l'entrée en vigueur de ces normes internationales et régionales, différentes instances gouvernementales nationales ont intégré une exception basée sur l'ordre public et la moralité à leur loi sur les brevets<sup>43</sup>. Par contre, malgré que ces exceptions nationales semblent permettre aux pays qui les adoptent de s'éloigner d'un droit des brevets technique et désincarné du contexte social dans lequel il s'intègre, la portée réelle qui leur est conférée demeure extrêmement limitée<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

<sup>42</sup> *Convention sur le brevet européen*, 5 octobre 1973, 1978 RTNU 307, art 53; *Directive 44/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, [1998] JO, L 213/13.

<sup>43</sup> Voir par ex art 611-17 *Code de propriété intellectuelle* [CPI] (Fr). De plus, les Chinois ont intégré pour la première fois en décembre 2008 une disposition prohibant l'octroi de brevets contraires à l'ordre public ou d'inventions utilisant des ressources génétiques obtenues en violation des lois chinoises. Voir Margo A Bagley, « The New Invention Creation Activity Boundary in Patent Law » (2009) 51 : 2 *Wm & Mary L Rev* 577 à la p 583. Notons que l'auteure cite directement les dispositions législatives chinoises retrouvées dans Yan Wenfeng, « NPC OKs New Patent Law », *China Report: Intellectual Property* (31 décembre 2008), en ligne : Scihead Intellectual Property <[www.bjscihead.com/en/news\\_show.asp?id=1101&Channel=9&ClassID=12](http://www.bjscihead.com/en/news_show.asp?id=1101&Channel=9&ClassID=12)>.

<sup>44</sup> Voir le jugement des Chambres de recours de l'Office européen des brevets

D'autres pays comme les États-Unis et le Canada ont plutôt choisi de ne pas intégrer d'exception de moralité dans leurs lois sur les brevets. Ainsi, aux États-Unis, seuls la définition d'invention brevetable et les critères traditionnels de brevetabilité y sont évalués pour octroyer et contester les brevets<sup>45</sup>. Cette approche est cohérente avec la vision néolibérale qui caractérise les États-Unis relativement à la gouvernance du développement scientifique, sujet sur lequel nous reviendrons dans la prochaine section<sup>46</sup>. Dans ce contexte législatif, les examinateurs n'ont pas le rôle de prévoir et

---

(OEB) T 356/93, *Plant Genetic Systems/Glutamine Synthetase Inhibitors*, 1995 EOPR 357 (TBA 1995) au para 366, en ligne : OEB <<https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t930356ex1.html>> (où l'ordre public fut interprété comme une protection de la sécurité publique et de l'intégrité physique des personnes et ce malgré l'absence de définition claire de cette notion). L'OEB précisera dans un communiqué que :

cette clause n'est susceptible d'être invoquée que dans des cas rares et extrêmes. Le meilleur moyen de savoir s'il convient de l'invoquer serait de se demander si cette invention apparaîtrait au public comme si répugnante qu'il serait inconcevable de la breveter. S'il est évident que c'est effectivement le cas, et dans ce cas seulement, il convient de soulever une objection au titre de l'art. 53 a). La simple possibilité d'abuser d'une invention ne suffit pas à exclure une protection par brevet au titre de l'art. 53 a) si l'invention peut également être exploitée d'une manière qui n'est pas et ne serait pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (T 866/01).

Office européen des brevets, *Communiqué de l'Office européen des brevets, en date du 1<sup>er</sup> avril 2010, relatif à la modification des Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets : Partie C, Directives relatives à l'examen* au para IV.4.1 (p IV-8), en ligne : OEB <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/\\$FILE/guidelines\\_2010\\_part\\_C\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/$FILE/guidelines_2010_part_C_fr.pdf)>

<sup>45</sup> Voir Benjamin D Enerson, « Protecting Society from Patently Offensive Inventions: The Risk of Reviving the Moral Utility Doctrine » (2004) 89 : 3 *Cornell L Rev* 685 ; Jeremy C Marwell, « Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling* » (2006) 81 : 2 *NYU L Rev* 802.

<sup>46</sup> Voir *Patent and Trademark Law Amendments Act*, 35 USC § 200-12 (qui illustre le fait qu'aux États-Unis, on place l'accent sur l'importance des applications commerciales de la recherche universitaire, quoique peu d'attention soit portée au caractère socialement responsable de l'innovation) ; voir aussi Laurie E Abbott, « Incentive for Innovation or Invitation to Inhumanity? A Human Rights Analysis of Gene Patenting and the Case of Myriad Genetics » [2012] *Utah L Rev* n° 1, 497 à la p 516.

d'évaluer la valeur morale et la pertinence sociale de l'utilisation potentielle des inventions pour lesquelles un brevet est demandé. Ils se concentrent exclusivement sur la nature et les caractéristiques de l'invention revendiquée, telles que présentées dans le mémoire descriptif pour accorder ou refuser le brevet<sup>47</sup>. Dans l'état actuel des choses, l'étendue de la divulgation requise par les inventeurs dans un processus de demande de brevet ne permettrait pas non plus aux examinateurs d'identifier et d'évaluer les impacts et les risques relatifs à l'exploitation d'une invention. Aussi, en plus de ne pas avoir le mandat d'évaluer les aspects et impacts éthiques, environnementaux ou sociétaux d'une invention sur les autres systèmes et acteurs de la société<sup>48</sup> et de ne pas disposer des outils nécessaires et du budget pour entreprendre les enquêtes et évaluations complexes, il est important de mentionner que les agents de brevet ne sont pas formés pour assumer ce genre d'obligations.

Soulignons néanmoins que la moralité a, en de très rares occasions, réussi à s'infiltrer en droit des brevets américains d'une autre façon, par l'interprétation du critère « d'utilité » par le USPTO<sup>49</sup>. Il demeure cepen-

---

<sup>47</sup> En effet, le rôle de l'examineur consiste à évaluer si l'invention pour laquelle on demande un brevet est une invention brevetable et si elle remplit les trois critères de brevetabilité, soit la nouveauté, l'utilité et l'inventivité. Voir généralement Rainer Moufang, « The Concept of 'Ordre Public' and 'Morality' in Patent Law » dans Geertrui Van Overwalle, dir, *Droit des brevets, éthique et biotechnologie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 65 à la p 72.

<sup>48</sup> *Ibid* à la p 73. Comme l'explique Moufang :

*Do patent authorities have the necessary expertise for applying an ethical yardstick to technological innovations? Many commentators have expressed their doubts in this respect: Patent examiners are technical experts and highly qualified to judge the technical merits of inventions. Yet they are not specifically trained in ethics or in risk assessment.*

<sup>49</sup> Voir US Patent and Trademark Office, communiqué 98-6, « Facts on Patenting Life Forms Having a Relationship to Humans » (1<sup>er</sup> avril 1998), en ligne : USPTO <[www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/98-06.htm](http://www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/98-06.htm)> ; voir aussi Shobita Parthasarathy, « Breaking the Expertise Barrier: Understanding Activist Strategies in Science and Technology Policy Domains » (2010) 35 : 7 *Sci Public Policy* 355 à la p 363. Par exemple, dans le cadre d'une démarche activiste visant à critiquer l'approche du USPTO qu'ils considéraient technique et moralement déconnectée, Jeremy Rifkin et Stuart Newman ont déposé, en 1997, une demande de brevet sur une chimère mi-humaine mi-animale. Voir *ibid* à la p 363, citant « Chimeric embryo and animals containing human cells », É-U

dant que le manque d'utilité d'une invention comme motif d'opposition à l'octroi d'un brevet reste très rarement utilisé avec succès aux États-Unis, où l'USPTO a récemment octroyé un brevet sur une méthode informatique de sélection des gamètes malgré la controverse éthique soulevée par rapport aux pratiques eugénistes et à la définition de la normalité<sup>50</sup>.

Cette interprétation très limitée du rôle de la moralité dans les lois encadrant l'octroi des brevets un peu partout est compatible avec une vision technique et utilitaire selon laquelle les brevets ne sont pas conçus pour résoudre les dilemmes éthiques qu'ils peuvent susciter. L'application du droit des brevets permet de déterminer si un produit, un procédé ou une substance se qualifient comme objet brevetable et rencontrent les critères de brevetabilité. Le cas échéant, il encadre l'octroi de monopoles d'utilisation et d'exploitation des inventions brevetées<sup>51</sup>. Pour les tenants de cette vision, l'effet des brevets génétiques sur les pratiques scientifiques et la santé des populations sera toujours associé à l'utilisation, la commercialisation et la mise en circulation de l'invention brevetée et non à l'octroi du monopole lui-même<sup>52</sup>. L'application d'un « principe de précaution » n'a pas sa place

---

Demande de brevet n° 08/993564. Cette démarche avait pour but de susciter la controverse et d'éveiller les consciences face au fonctionnement du système des brevets. Le bureau des brevets a mal réagi face à cette interférence dans son champ d'expertise et, sans discuter des enjeux éthiques au coeur de son approche, a rejeté la demande de brevet sous plusieurs motifs dont le manque d'inventivité et de description de l'invention. Par ailleurs, dans son communiqué 98-6, *supra*, le USPTO ouvre la porte à la prise en considération de la morale en expliquant qu'il lui était également possible, au nom de leur manque d'utilité, d'exclure de la brevetabilité des inventions qui pourraient porter atteinte au bien-être, à la bonne gouvernance et à la bonne morale de la société.

<sup>50</sup> « Gamete donor selection based on genetic calculations », É-U Brevet n° 8543339 (24 septembre 2013) ; voir aussi Sigrid Sterckx et al, « “I Prefer a Child with ...”: Designer Babies, Another Controversial Patent in the Arena of Direct-to-Consumer Genomics » (2013) 15 : 12 *Genet Med* 923.

<sup>51</sup> Catherine Colston et Jonathan Galloway, *Modern Intellectual Property Law*, 3<sup>e</sup> éd, New York, Routledge, 2010 à la p 2.

<sup>52</sup> Voir Paul B Thompson, « Food Biotechnology in Ethical Perspective » dans *The International Library of Environmental, Agricultural and Food Ethics*, 2<sup>e</sup> éd, Dordrecht, Springer, 2007 à la p 254 (expliquant que « *most critics fail to address the central question [of whether intellectual property rights for food biotechnology are ethically justifiable in principle] because they use arguments that oppose the technology to oppose property rights in the technology* »).

en droit des brevets<sup>53</sup>. Une distinction claire est faite entre les risques liés à l'appropriation et l'utilisation d'une invention, d'une part, et sa protection par propriété intellectuelle, d'autre part<sup>54</sup>. En d'autres termes, comme la mise en circulation et l'utilisation des inventions n'appartiennent pas au système des brevets, les problèmes éthiques et sociétaux qui pourraient en émerger devraient être discutés ailleurs et encadrés par des mécanismes normatifs indépendants et parallèles aux brevets<sup>55</sup>.

Selon nous, cette façon de concevoir le droit des brevets comme un système normatif privé et indépendant qui fonctionne de façon complètement isolée de la société dans laquelle les inventions brevetées prennent vie est problématique. Elle est basée sur une vision idéalisée de l'innovation qui prendrait forme à l'abri de toute pression politique et économique, déconnectée de conflits de valeurs et dilemmes éthiques qu'elle peut poser. Elle fait abstraction de ce que Hilgartner appelle le « pouvoir de configuration » des brevets qui, en plus d'influencer le positionnement et les activités des

---

<sup>53</sup> Voir Louise Bernier, Charles-Étienne Daniel et Joanie Lapalme, « Nanotechnologies, droit des brevets et principe de précaution », dans Georges A Legault et al, dir, *Nanotechnologies et principe de précaution : Forces et limites de l'appel au principe*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, 167 (pour une analyse de l'application du principe de précaution en droit des brevets).

<sup>54</sup> Thompson, *supra* note 52 (« [a]rguing that a technology is risky, harmful or downright evil is thus not in itself an argument against patents or other forms of intellectual property rights material to the technology » à la p 254). Voir aussi Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Le matériel génétique humain, la propriété intellectuelle et le secteur de la santé*, Ottawa, Gouvernement du Canada (CCCB), 2006, à la p 4, en ligne : Mirici, Collège Privé <[www.college-merici.qc.ca/collection/cccb/materiel\\_genetique\\_humain.pdf](http://www.college-merici.qc.ca/collection/cccb/materiel_genetique_humain.pdf)> (qui vient à la conclusion que les « préoccupations concernant l'utilisation des technologies fondées sur le matériel génétique humain font partie d'un éventail d'enjeux sociaux et éthiques liés aux applications de la biotechnologie en général » et non à la brevetabilité en particulier).

<sup>55</sup> L'intervention récente de la FDA à l'endroit de la compagnie américaine 23andME pour l'empêcher de continuer à commercialiser son « kit de test diagnostique » breveté qui était, dans sa forme et son utilisation actuelles, susceptible de causer des dommages aux patients est un excellent exemple de ce type de contrôle parallèle qui est effectué *a posteriori*. Pour plus d'informations sur cette intervention de l'agence de contrôle américain, voir la mise en garde envoyée par la FDA : É-U, Food and Drug Administration, lettre d'avertissement, doc n° GEN13006661, « Re: Personal Genome Service (PGS) » (22 novembre 2013), en ligne : FDA <[www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/2013/ucm376296.htm](http://www.fda.gov/iceci/enforcementactions/warningletters/2013/ucm376296.htm)>.

inventeurs, peuvent façonner les relations sociales à plusieurs égards<sup>56</sup>. Or comme nous le verrons dans la troisième et dernière section de cette première partie, le droit des brevets est un système normatif avec de profonds ancrages économiques et politiques qui contribuent aussi au fait que les enjeux éthiques suscités par les brevets génétiques n'aient pas réussi à acquérir de reconnaissance juridique.

### ***C. Survol du contexte socio-politique et économique de la mise en œuvre du droit des brevets***

La propriété intellectuelle représente des actifs et des revenus très importants pour plusieurs investisseurs dans le monde<sup>57</sup>. Pour une majorité de protagonistes, les brevets prennent leur source dans une justification basée sur l'efficacité économique et les effets positifs de l'innovation<sup>58</sup>. En effet,

---

<sup>56</sup> Stephen Hilgartner, « Intellectual Property and the Politics of Emerging Technology: Inventors, Citizens and Powers to Shape the Future » (2009) 84 : 1 *Chicago-Kent L Rev* 197 à la p 212 (mentionnant que les brevets ont « *the ability to influence how technologies are intertwined with the social world* »).

<sup>57</sup> En effet, la valeur économique de la propriété intellectuelle dans le marché global représente des centaines de milliards de dollars et ne cesse de croître. Pour plus d'information, voir notamment Dominic Guellec et al, *Les marchés de brevets dans l'économie de la connaissance*, Paris, Conseil d'analyse économique, 2010 aux pp 10-11, en ligne : CAE <<http://cae-eco.fr/IMG/pdf/094.pdf>> ; aussi, une vaste étude réalisée au sein de l'Union européenne déposée en septembre 2013 indique que les industries qui recourent à l'usage des droits de propriété intellectuelle « ont généré près de 39 % de l'activité économique totale (PIB) dans l'UE, soit 4,7 milliards d'euros » au cours de la période 2008-2010 : voir Office européen des brevets et Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, « Les industries grandes utilisatrices de droits de propriété intellectuelle : contribution à la performance économique et à l'emploi dans l'Union européenne : Rapport d'analyse au niveau de l'industrie » (septembre 2013) à la p 8, en ligne : Commission Européenne <[ec.europa.eu/internal\\_market/intellectual-property/docs/summary\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/intellectual-property/docs/summary_fr.pdf)>. Selon un rapport déposé par le département américain du commerce le 11 avril 2012, le marché américain de la propriété intellectuelle a généré des revenus de 5,06 trillions de dollars, ce qui correspond à 34,8 % du PIB des États-Unis. Voir É-U, Department of Commerce, *Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus*, mars 2012 à la p 3, en ligne : US Patent and Trademark Office <[www.uspto.gov/news/publications/IP\\_Report\\_March\\_2012.pdf](http://www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf)>.

<sup>58</sup> Kenneth J Arrow, « The Economics of Information: An Exposition » (1996) 23 : 2 *Empirica* 125 ; Shanker A Singham, « Competition Policy and the Sti-

le principal objectif d'octroyer un monopole aux détenteurs de brevets est de leur permettre de pouvoir récupérer une partie du temps et de l'argent investis dans le développement des inventions brevetées et ainsi d'investir dans d'autres projets de stimuler les progrès technologiques et l'innovation<sup>59</sup>. En prenant le pari que les brevets auront une influence positive sur la création et la diffusion d'un savoir de qualité dans différents secteurs de pointes, on permet à leurs détenteurs d'exercer un contrôle sur les prix et l'utilisation de leur invention<sup>60</sup>. Cette justification utilitariste des brevets se base sur l'idée que les inventions qui émergent des progrès scientifiques et technologiques sont essentielles pour maximiser le bien-être général et que les brevets sont nécessaires pour encourager les activités d'innovation, de production et de dissémination de connaissances qui, autrement, demeureraient confidentielles. Pour les défenseurs de cette vision, sans la propriété intellectuelle, l'innovation dans le domaine de la santé pour la prévention et le traitement de plusieurs maladies et conditions pourrait être compromise ou retardée. Bien que certains remettent en question les arguments et la validité des données sur lesquelles se base la justification utilitariste des

---

mulation of Innovation: TRIPS and the Interface between Competition and Patent Protection in the Pharmaceutical Industry » (2000) 26 : 2 Brook J Int'l L 363 aux pp 367-72 ; Mark F Grady et Jay I Alexander, « Patent Law and Rent Dissipation » (1992) 78 : 1 Va L Rev 305 aux pp 310-13 ; A Samuel Oddi, « Un-unified Economic Theories of Patents: The Not-Quite-Holy Grail » (1996) 71 : 2 Notre Dame L Rev 267 aux pp 275-77 ; Rita Hayes, « Promoting Intellectual Property for Economic Growth » (2003) 36 : 3 Vand J Transnat'l L 793 à la p 795 ; E Richard Gold, « The Reach of Patent Law and Institutional Competence » (2003-2004) 1 University of Ottawa Law & Technology Journal 263 aux pp 276-78.

<sup>59</sup> Les montants investis dans la recherche et le développement des inventions peuvent être très élevés selon les secteurs d'activités. Pour plus d'informations sur ce point, voir F Scott Kieff, « IP Transactions: On the Theory & Practice of Commercializing Innovation » (2005) 42 : 3 Hous L Rev 727 aux pp 743-48 ; E Richard Gold, « Finding Common Cause in the Patent Debate » (2000) 18 : 11 Nat Biotechnol 1217 à la p 1217 ; David B Resnik, « DNA Patents and Scientific Discovery and Innovation: Assessing Benefits and Risks » (2001) 7 : 1 Sci Eng Ethics 29 aux pp 50-53.

<sup>60</sup> Voir Dan L Burk et Mark A Lemley, « Policy Levers in Patent Law » (2003) 89 : 7 Va L Rev 1575 à la p 1581 ; UNESCO International Committee on Bioethics, *Report of the IBC on Ethics, Intellectual Property and Genomics*, SHS-503/01/CIB-8/2 Rev (10 janvier 2002) aux pp 3-5 ; Grady et Alexander, *supra* note 58 aux pp 307-08 ; Oddi, *supra* note 58 aux pp 281-83.

brevets<sup>61</sup>, l'impact positif des brevets sur l'innovation a été défendu, depuis longtemps, par une abondante littérature économique<sup>62</sup> et est ancré dans le discours dominant qui émane des cours de justice<sup>63</sup>.

Or, il ne suffit pas que le savoir et l'innovation inondent les marchés et qu'un état soit prospère et compétitif pour que le bien-être de sa population

---

<sup>61</sup> Voir par ex Cydney A Fowler, « Ending Genetic Monopolies: How the TRIPS Agreement's Failure to Exclude Gene Patents Thwarts Innovation and Hurts Consumers Worldwide » (2010) 38 : 2 Am U Int'l L Rev 1073 aux pp 1088-93 ; E Richard Gold et al, « Needed: Models of Biotechnology Intellectual Property » (2002) 20 : 8 Trends Biotechnol 327 à la p 327 ; RK Burch, PJD Smith et WP Wheatley, « Divergent Incentives to Protect Intellectual Property: A Political Economy Analysis of North-South Welfare » (2000) 3 : 2 Journal of World Intellectual Property 169 ; Christopher May, « Unacceptable Costs: The Consequences of Making Knowledge Property in a Global Society » (2002) 16 : 2 Glob Soc 123 à la p 133 ; Stuart Macdonald, « Exploring the Hidden Costs of Patents » dans Peter Drahos et Ruth Mayne, dir, *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, 13 à la p 13 ; Jon F Merz et al, « Diagnostic Testing Fails the Test: The Pitfalls of Patents Are Illustrated by the Case of Haemochromatosis » (2002) 415 : 6872 Nature 577 ; Jon F Merz et Mildred K Cho, « What Are Gene Patents and Why Are People Worried about Them? » (2005) 8 : 4 Community Genet 203 aux pp 206-07.

<sup>62</sup> Ces études économiques établissent que les brevets sont responsables des 15 à 20 % de toute l'innovation. Pour plus de détails et de références sur ces études, voir Gold et al, « The Unexamined Assumptions of Intellectual Property: Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnology Innovation » (2004) Public Aff Q 299 à la p 303.

<sup>63</sup> Pour un exemple d'interprétation et de justification théorique utilitariste des brevets par les tribunaux au Canada, voir *Harvard College c Canada (Commissaires aux brevets)*, 2002 CSC 76 au para 185, [2002] 4 RCS 45, 219 DLR (4<sup>e</sup>) 577 [*Harvard College*]. Voir également la décision récente de la Cour d'appel fédérale *Hershkovitz c Tyco Safety Products Canada*, 2010 CAF 190 aux para 6-16, 89 CPR 4(e) 101, 191 ACWS (3d) 1257 [*Hershkovitz*] (sur l'objet de la loi canadienne) et les motifs du juge Binnie dans la décision *Apotex Inc c Wellcome Foundation Ltd*, 2002 CSC 77 au para 37, [2002] 4 RCS 153, 219 DLR (4<sup>e</sup>) 660. Aux États-Unis, le propos du juge Lourie, à l'occasion du deuxième appel devant le circuit fédéral d'appel est particulièrement évocateur : « *We would further note, in the context of discussing what this case is not about, that patents on life-saving material and processes, involving large amounts of risky investment, would seem to be precisely the types of subject matter that should be subject to the incentives of exclusive rights* » : *AMP v USPTO* (CA féd n° 2), *supra* note 8 à la p 1324 ; voir également *Bonito Boats, Inc v Thun-*



soit maximisé; encore faut-il que celle-ci puisse y avoir accès. Considérer la production et la diffusion de l'innovation comme principale mesure du succès et du bien-être est, selon nous, une lacune importante de la justification morale utilitariste du système des brevets. Cette vision évacue du calcul la nature de ce qui est produit, l'encadrement des stratégies économiques des détenteurs de brevets sur l'accessibilité de leurs inventions et la capacité de payer des chercheurs, des individus et des gouvernements qui veulent pouvoir bénéficier des fruits de l'innovation brevetée et diffusée<sup>64</sup>.

Il n'en demeure pas moins que, malgré quelques initiatives visant à mettre en œuvre le droit des brevets différemment, pour surseoir aux besoins urgents en santé des populations des pays les plus pauvres par exemple<sup>65</sup>,

---

*der Craft Boats, Inc*, 489 US 141 à la p 151 (1989) ; *Grant v Raymond*, 31 US 218 aux pp 241-42 (1832) ; *Fogerty v Fantasy Inc*, 510 US 517 aux pp 526-27 (1994) ; *Graham v John Deere Co*, 383 US 1 aux pp 35-37 (1966).

<sup>64</sup> Drahos l'explique d'ailleurs très bien dans une critique récente de la justification morale des brevets lorsqu'il dit : « *The patent system operates on the basis of the ability to pay and so it follows that the system does not service the needs of the poor* » (Drahos, « Patents, Practical Ethics », *supra* note 5 aux pp 349-50). Voir également Hilgartner, *supra* note 56 aux pp 212-15.

<sup>65</sup> Par exemple, au Canada, le 14 mai 2004, le projet de loi C-9 intitulé *Loi modifiant la Loi sur les brevets et la Loi sur les aliments et drogues*, 3<sup>e</sup> sess, 37<sup>e</sup> parl, 2004 (devenu LC 2004, c 23) a été sanctionné « afin de faciliter l'accès aux produits pharmaceutiques nécessaires pour remédier aux problèmes de santé publique touchant de nombreux pays en voie de développement » (*ibid*, sommaire). Du côté de l'Afrique du Sud, un projet visant à réformer le système de propriété intellectuelle a été lancé en septembre 2013 par le Département du Commerce et de l'Industrie. Parmi les différents objectifs énoncés, cette nouvelle politique vise notamment à introduire « *a public health perspective into national IP laws and [to] adopt a common and united stand among different government agencies on improving access to medicines* » : *South African Draft IP Policy*, *supra* note 6. Il y a aussi l'Inde et le Brésil qui n'accordent des brevets que pour des médicaments réellement innovateurs. Le géant pharmaceutique Novartis avait d'ailleurs contesté en 2005 l'article 3(d) de la loi indienne sur les brevets (*Patents Act, 1970*) à cet effet. La décision rendue par la Cour suprême indienne le 1<sup>er</sup> avril 2013 a confirmé la validité de cette disposition tout en affirmant que Novartis ne pouvait obtenir de brevet pour le Gleevec pour cause d'absence d'inventivité. Pour la décision de la Cour suprême indienne, voir *Novartis AG v Union of India & Others*, Civil Appeal Nos. 2706-2716 (1 April 2013), surtout à la p 94, en ligne : Judgment Information System <<http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=40212>>.

leur impact sur le terrain demeure marginal<sup>66</sup>. Les brevets restent ancrés dans une tradition qui valorise le rôle positif de la propriété privée sur le développement économique, sur les investissements étrangers, sur la compétitivité des états et des compagnies et sur la commercialisation des inventions brevetées dans un marché donné<sup>67</sup>. L'espace pour les questions de justice, d'équité et d'accès à la connaissance et à la santé y demeure concrètement très limité.

Le fait que les règles contraignantes du système international de propriété intellectuelle aient été négociées et établies sous les auspices de l'OMC et que le droit des brevets soit géré comme une matière commerciale par les états<sup>68</sup> nous donne des indications sur les forces en présence. Ces dernières influencent le fonctionnement actuel du système des brevets

---

<sup>66</sup> Par exemple, malgré l'intégration de dispositions visant à faciliter la production et l'exportation de médicaments génériques vers les pays dans le besoin dans la loi canadienne sur les brevets en 2004 (voir *Loi modifiant la Loi sur les brevets et la Loi sur les aliments et drogues*, supra note 65), les résultats concrets sur le terrain se font toujours attendre. Pour une analyse complète et très éclairante, voir Tania Bubela et Jean-Frédéric Morin, « Lost in Translation: The Canadian Access to Medicine Regime from Transnational Activism to Domestic Implementation » (2010) 18 : 1 Health LJ 113.

<sup>67</sup> Voir Edwin Mansfield, « Intellectual Property Protection, Foreign Direct Investment, and Technology Transfer », International Finance Corporation Discussion Paper n° 19, 1994 à la p 11 ; Stephen R Crespi, « Models of Intellectual Property » (2002) 20 : 11 Trends Biotechnol 451 ; Robert L Ostergard, Jr, « Intellectual Property: A Universal Human Right? » (1999) 21 : 1 Hum Rts Q 156 à la p 165 ; Dale A Nance, « Foreword: Owning Ideas » (1990) 13 : 3 Harv JL & Pub Pol'y 757 aux pp 764-67. Pour une critique de ce point, voir Peter Drahos, « The Rights to Food, Health and Intellectual Property in the Era of "Biogopolies" » dans Stephen Bottomley et David Kinley, dir, *Commercial Law and Human Rights*, Aldershot (R-U), Ashgate, 2002, 215 à la p 227.

<sup>68</sup> Ils sont en effet administrés le plus souvent par des instances responsables de l'industrie et du commerce des différents états. À titre d'exemple, voir IP Australia, Department of Industry, Innovation and Science, en ligne : IP Australia <[www.ipaustralia.gov.au](http://www.ipaustralia.gov.au)> ; Office de la propriété intellectuelle du Canada, Industrie Canada, en ligne : OPIC <<http://opic.gc.ca>> ; Deutsches Patent- und Markenamt [bureau allemand des brevets et des marques], en ligne : DPMA <[www.dpma.de](http://www.dpma.de)> ; Institut national de la propriété intellectuelle [France], en ligne : INPI <[www.inpi.fr](http://www.inpi.fr)> ; Servicio Nacional de Propiedad Intelectual, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural [Bolivie], en ligne : SENAPI <[www.senapi.gob.bo](http://www.senapi.gob.bo)> ; Bureau de la propriété intellectuelle de Bélice, en ligne : BELIPO <[www.belipo.bz](http://www.belipo.bz)>.

à l'extérieur d'une politique de l'innovation qui pourrait être développée en collaboration avec d'autres instances dans un souci de cohérence politique. Ainsi, bien que les brevets aient, en théorie, un double rôle de récompense des inventeurs (intérêt privé) et de diffusion des connaissances dans l'intérêt public, l'équilibre entre ces rôles apparaît complexe à atteindre et on assiste, en réalité, à un recentrage des droits autour des inventeurs et investisseurs<sup>69</sup>. Les brevets, dans le système actuel, consolident les intérêts des détenteurs de droits et facilitent la commercialisation sans permettre la prise en considération des coûts sociaux et des effets qui peuvent en résulter. Cette tendance se traduit dans différents aspects du système. Par exemple, malgré l'objectif de diffusion des connaissances porté par le droit des brevets à l'origine, la mise en œuvre actuelle du système permet que beaucoup d'éléments d'innovation demeurent cachés et non accessibles aux autres chercheurs. D'autant plus que les résultats négatifs de recherche demeurent confidentiels préalable aux dépôts des demandes de brevets<sup>70</sup>, l'important pouvoir de configuration donné par des brevets permet aussi à leurs détenteurs de demeurer très discrets sur leurs stratégies de commercialisation et de diffusion des inventions<sup>71</sup>. Cet environnement opaque avantage les inventeurs et investisseurs. Dans le domaine de la génétique, il leur permet de garder le contrôle sur plusieurs éléments relatifs au développement des inventions brevetées qui pourraient, s'ils étaient divulgués, influencer le portrait de l'innovation en santé. Ainsi, malgré le double rôle des brevets (protection et divulgation des inventions), en pratique, l'équilibre entre le bien individuel des chercheurs et des compagnies impliquées dans la recherche et le bien collectif (à la fois à l'intérieur des pays et entre les pays) demeure très difficile à atteindre.

L'exemple des États-Unis au chapitre des brevets génétiques est particulièrement éclairant. On y a adopté une attitude très permissive face aux nouvelles technologies et inventions génétiques depuis le début des années 1980, les traitant comme des produits de consommation communs qui pouvaient être encadrés par les lois et règlements déjà en place. Cette approche non interventionniste du parlement fédéral a laissé un espace de liberté immense aux détenteurs de brevets. Ces derniers ont pu avoir une influence considérable sur le cours de l'innovation et sur la façon de gérer

---

<sup>69</sup> May, *supra* note 61.

<sup>70</sup> Ce qui favorise le dédoublement des essais infructueux et la méconnaissance, par les compétiteurs, des avenues abandonnées dans un environnement hautement compétitif.

<sup>71</sup> Hilgartner, *supra* note 56 à la p 215.

le développement et l'appropriation des technologies génétiques. Le tout s'est fait à l'extérieur d'un processus démocratique formel et cohérent qui aurait permis de prendre des préoccupations éthiques et sociales d'autres acteurs comme les chercheurs, médecins et patients en considération<sup>72</sup>. Dans son dernier discours annuel sur l'état de la nation du 25 janvier 2014, le président Obama a non seulement confirmé cette vision politique et économique du rôle des brevets, mais a également appelé à encore plus de liberté et à des privilèges encore plus étendus pour les détenteurs de brevets. Dans cette adresse, il a notamment suggéré des réformes législatives visant à renforcer les droits des inventeurs dans un objectif de promotion de l'innovation, de création d'emplois, de compétitivité des entreprises américaines sur la scène internationale et de croissance économique du pays<sup>73</sup>.

Cette citation d'Hettinger datant de plus de 25 ans résume toujours aussi bien la situation qui prévaut actuellement: « *Our patent system, originally designed to reward the individual inventor and thereby stimulate invention, may today be used as a device to monopolize industries* »<sup>74</sup>. Ainsi, comme le système fonctionne pour le bénéfice de ces détenteurs de brevets, il est peu surprenant d'assister à un renforcement de leurs privilèges au détriment d'un équilibre avec des considérations sociales, éthiques et morales. Ce système normatif a des « affinités sélectives »<sup>75</sup> avec des facteurs et variables essentiellement économiques et ne semble pas être construit ni utilisé de

---

<sup>72</sup> Jasanoff, *supra* note 35 aux pp 631, 633.

<sup>73</sup> « *We know that the nation that goes all-in on innovation today will own the global economy tomorrow. This is an edge America cannot surrender [...]. And let's pass a patent reform bill that allows our businesses to stay focused on innovation, not costly and needless litigation.* » Voir « Text and Video of Obama's State of the Union Address », *New York Times* (28 janvier 2014), en ligne : NYT <[www.nytimes.com/2014/01/29/us/politics/state-of-the-union-address-text.html](http://www.nytimes.com/2014/01/29/us/politics/state-of-the-union-address-text.html)>.

<sup>74</sup> Edwin C Hettinger, « Justifying Intellectual Property » (1989) 18 : 1 *Philos Public Aff* 31 à la p 50. Cette utilisation « propriétaire » des brevets a été critiquée de façon très éloquente par Drahos qui, lui, propose un rôle social différent pour la propriété intellectuelle. Il explique : « *Under instrumentalism IP would be located in the context of some broader moral theory and set of values. Property rights would be morality's servants and not its drivers* » (Drahos, « Patents, Practical Ethics », *supra* note 5 à la p 224).

<sup>75</sup> La notion d'affinité sélective a été développée par Teubner pour référer aux fictions que le droit produit en développant des affinités sélectives avec certains facteurs et environnements sociaux. Gunther Teubner, « Les multiples

façon à permettre une réelle prise en considération et intégration d'enjeux éthiques suscités par les brevets génétiques<sup>76</sup>.

À l'intérieur du système des brevets où l'intérêt public est pensé en termes économiques, on le définit en référant aux investissements futurs dans des recherches, au développement de technologies et produits utiles pour l'ensemble de la société et au progrès et à la compétitivité d'une économie sur la scène mondiale. Comme l'explique très bien Drahos, de la connaissance découle le pouvoir et les brevets sont des privilèges qui ont l'effet d'encourager et de maintenir la concentration du pouvoir et de l'argent entre les mains d'une élite<sup>77</sup>. Il n'y a hélas que très peu de place et d'intérêt pour les considérations soulevées par des chercheurs et des citoyens préoccupés par l'accès à la connaissance et aux inventions médicales dans un processus d'encadrement de l'utilisation et de la commercialisation des produits brevetés.

Cette troisième section complète la partie I de notre article dans laquelle nous avons contextualisé les enjeux suscités par les brevets génétiques à l'intérieur d'un cadre normatif, socio-politique et économique essentiellement axé sur la valorisation de l'innovation. Cette analyse nous a permis d'identifier les limites du système normatif des brevets actuel relativement à l'intégration des considérations éthiques suscitées par l'octroi de droits de propriété sur des éléments du corps humain ainsi que sur des méthodes et produits issus de la génétique.

---

aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau » (2001) 47 Dr et Soc 75 à la p 82 [Teubner, « Aliénations »].

<sup>76</sup> Sur le fondement/l'objet du régime américain, voir notamment US Const art 1, § 8; Mark A Lemley, « Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property » (2004) 71 U Chicago L Rev 129 ; Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System : Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, United States Senate*, Study No 15, É-U, Senate Committee on the Judiciary, 85th Cong, 2d sess, Committee Print, 1958. Sur le fondement/l'objet du régime canadien, voir notamment Hershkovitz, *supra* note 63 aux para 6-16 ; *Free World Trust c Electro Santé Inc*, 2000 CSC 66 au para 13, [2000] 2 RCS 1024, 194 DLR (4<sup>e</sup>) 232. Sur le fondement/l'objet du régime européen, voir notamment Michael LaFlame, Jr, « The European Patent System : An Overview and Critique » (2010) 32 : 3 Hous J Int'l L 605 aux pp 606-08.

<sup>77</sup> Voir Drahos, « Patents, Practical Ethics », *supra* note 5 aux pp 197-98, 224.

Dans la deuxième partie de cet article, nous nous intéresserons aux acteurs qui étaient au cœur de la judiciarisation de l'affaire *Myriad* en réfléchissant au rôle et à la marge de manœuvre dont ils disposaient pour critiquer et interpréter les dispositions du droit des brevets. Pour ce faire, nous analyserons, en premier lieu, l'influence du contexte de mise en œuvre des brevets sur le propos et la place des intervenants et experts en cour (II.A) et nous présenterons ensuite une analyse critique de l'approche minimaliste souvent privilégiée par les juges face aux enjeux éthiques et sociétaux suscités par les brevets génétiques (II.B).

## II. OBSTACLES ET LIMITES À UNE PRISE EN COMPTE JUDICIAIRE DES ENJEUX MORAUX SUSCITÉS PAR LES BREVETS GÉNÉTIQUES

Dans un contexte politique où le droit des brevets est édicté, justifié et utilisé pour servir des intérêts économiques et politiques sans plus d'égards pour les effets que ces monopoles commerciaux peuvent avoir sur les droits fondamentaux des individus, il y a lieu de réfléchir à la marge de manœuvre et au rôle des intervenants et des juges qui doivent composer avec ces normes.

### A. *Le rôle et l'impact des intervenants et des experts sur les enjeux débattus en cour dans l'affaire Myriad*

Depuis quelques dizaines d'années, les groupes et associations de citoyens se multiplient et nous assistons à une redéfinition de la démocratie qui ne se conçoit plus seulement en termes de représentativité, mais également en termes de participation. Ainsi, la présence de plusieurs groupes d'intérêts avec différentes valeurs et visées favorise les débats sur de nombreux enjeux et revendications. Ils contribuent au pluralisme démocratique et à une certaine décentralisation du pouvoir politique. Ces groupes représentent un véhicule qui permet aux citoyens et aux électeurs de prendre la parole sur les enjeux importants avant que les décideurs ne se prononcent. Le regroupement autour d'intérêts communs permet également l'acquisition de connaissances, le développement d'habiletés et une participation informée à la vie politique. Dans plusieurs secteurs, elle peut permettre l'évolution vers des régimes politiques qui intègrent graduellement des modes de représentation et de délibération alternatifs comme sources de pouvoir et éléments de la démocratie<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Sur l'éthique de la discussion et les méthodes de délibération, voir Hubert Doucet, « On n'arrête pas la science : quelle place alors pour la participation ci-

En droit des brevets, nous observons une présence croissante et soutenue de groupes d'intérêts devant des instances gouvernementales et les tribunaux<sup>79</sup>. Il y a deux grandes familles de groupes d'intérêts interpellés par ces questions : les groupes à intérêts ou vocation corporatifs ou économiques comme les consortiums d'entreprises, les fonctionnaires et les avocats, et les groupes avec des affinités plus sociales comme les organisations non gouvernementales (regroupant les associations de consommateurs, les groupes de patients et les groupes religieux), les fonctionnaires et les universitaires<sup>80</sup>. Ce deuxième type de groupe offre un certain contrepoids aux groupes d'intérêts économiques mais leur réel pouvoir varie selon plusieurs facteurs dont leur organisation, leurs moyens, leurs stratégies d'action et de

---

toyenne? » dans Suzanne Philips-Nootens et al, dir, *La recherche en génétique et en génomique : Droits et responsabilités*, Montréal, Thémis, 2005, 201 ; voir également Frank R Baumgartner et Beth L Leech, *Basic Interests: The Importance of Groups in Politics and in Political Science*, Princeton, Princeton University Press, 1998 à la p 87 ; Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : Entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997 aux pp 479 et s. Voir également Georges A Legault, « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit » dans *Actes de la XVIe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 à la p 279 ; voir également Georges A Legault, « L'éthique appliquée, la médiation et l'insuffisance du droit : enjeux de gouvernance » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, 35 aux pp 46 et s.

<sup>79</sup> En effet, de plus en plus, la voix de ces groupes peut se faire entendre au cours d'audiences ou de consultations publiques, de groupes de discussions, de grands forums sociaux et économiques organisés par les états et d'interventions devant les tribunaux. Dans l'affaire *Myriad*, vingt-huit intervenants (*amici curiae*) en première instance, près d'une cinquantaine d'intervenants en Cour d'appel et près d'une centaine d'intervenants en Cour suprême (dont quarante-neuf mémoires (*briefs*) déposés) se sont exprimés. Également, au Canada, plusieurs intervenants ont déposé des mémoires pour faire valoir leurs positions lors de l'adoption des nouvelles dispositions de la loi canadienne sur les brevets concernant l'accès aux médicaments par les pays en voie de développement (voir *supra* note 65). À cet effet, voir Bubela et Morin, *supra* note 66 ; Duncan Matthews, *Intellectual Property, Human Rights and Development: The Role of NGOs and Social Movements*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011 aux pp 202 et s ; Hilgartner, *supra* note 56 à la p 199.

<sup>80</sup> Jean-Frédéric Morin, « Paradigm Shift in the Global IP Regime: The Agency of Academics » (2014) 21 : 2 *Review of International Political Economy* 275 aux pp 285-86.

communication et, bien sûr, les outils normatifs dont ils disposent, tel que nous l'avons vu en partie I.

Dans le domaine des brevets génétiques, l'importance de l'expertise ne se dément pas. Comme la matière est souvent très complexe, le recours aux experts est devenu la norme pour pouvoir espérer avoir une influence sur des enjeux hautement techniques et spécialisés. Cela a d'ailleurs mené à la formation de ce qu'on a longtemps appelé la « communauté épistémique des brevets », un groupe de personnes spécialisées partageant un langage scientifique, juridique et technique commun ainsi qu'une même vision de l'importance du respect des droits de propriété privée<sup>81</sup>. Cette communauté d'experts crédibles plutôt uniforme et active a traditionnellement été très efficace pour l'élaboration de normes et au moment de représentations devant les tribunaux. De l'autre côté, on retrouvait les consommateurs et autres acteurs sociaux aussi interpellés par ces questions, mais moins aiguillés et organisés pour participer au débat et obtenir des résultats aussi concluants.

Au fil du temps, plusieurs nouveaux experts de différentes sphères et disciplines ont également formé de nouvelles communautés épistémiques pour réfléchir différemment à l'impact des brevets et présenter leurs visions, sur les scènes nationale et internationale<sup>82</sup>. Un récent sondage effectué au-

---

<sup>81</sup> Voir Susan K Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2003 à la p 99, où elle donne la définition suivante d'une communauté épistémique :

*An epistemic community is a network of knowledge-based experts or groups with an authoritative claim to policy-relevant knowledge within the domain of their expertise. Members hold a common set of causal beliefs and share notions of validity based on internally defined criteria for evaluation, common policy projects, and shared normative commitments.*

Voir aussi Peter M Haas, « Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination » (1992) 46 : 1 *Int'l Org* 1 à la p 3.

<sup>82</sup> Morin, *supra* note 80 aux pp 279-82, 285 ; voir également Hilgartner, *supra* note 56 aux pp 198-99, où il mentionne :

*Today, in contrast, intellectual property is widely perceived as a domain where important societal decisions are routinely made. [...] In this context, a growing number of scholars, non-governmental organizations (NGOs), activists, and other observers came to see intellectual property policy as a battleground implicated in far-reaching decisions about the future of contemporary societies and the terms of global governance.*



près de 1679 experts dans le domaine de la propriété intellectuelle démontre d'ailleurs que les choses tendent à évoluer au sein de cet univers traditionnellement dominé par une vision commune de la propriété intellectuelle. On observe notamment une présence et une influence grandissantes des universitaires au sein de cette communauté qui était, jusqu'à très récemment, dominée par des praticiens. Leur implication et leur influence en partenariat avec les organismes non gouvernementaux et certains fonctionnaires transforment les paramètres du discours unique. Ils remettent en question les certitudes véhiculées et les modèles de références en multipliant les façons de voir le système, spécialement sur la scène internationale à l'occasion de négociations multilatérales et lors d'initiatives de lobbying nationales<sup>83</sup>. Le propos se transforme et se diversifie en fonction de différentes variables relatives, entre autres, à la profession et à la discipline de spécialisation des acteurs qui prennent la parole<sup>84</sup>.

Malgré ces changements, il demeure que, pour l'instant, c'est encore un cercle fermé de protagonistes qui, dans les faits, articulent la majeure partie de la politique des brevets. Dans leurs rangs, on retrouve plusieurs scientifiques qui participent souvent à la rédaction des demandes de brevets et à leur examen, ce qui en fait des acteurs clés dans le maintien d'un système des brevets axé sur la valorisation de l'innovation par l'octroi permissif de

---

<sup>83</sup> À ce sujet nous référons le lecteur à l'excellent texte de Bubela et Morin qui analyse et décortique les stratégies qui ont été utilisées par les ONG transnationales et domestiques à l'occasion des négociations et tractations politiques ayant mené à l'adoption du projet de loi C-9, *supra* note 65, au Canada. On y constate un changement de discours, de ton, de vocabulaire et de stratégies et le recours à différents compromis par des organisations traditionnellement plus campées dans des positions fermes pour leur permettre de participer à armes égales aux jeux politiques entourant la gouvernance des brevets. Voir Bubela et Morin, *supra* note 66, spécialement aux pp 122, 127, 131, 134, 143 ; voir également Morin, *supra* note 80 aux pp 276-77, 288 ; Duncan Matthews, « NGO Coalitions and the Global Access to Medicines Campaign: The Impact of Intellectual Property Rights on Developing Countries » dans Jude Howell, dir, *Global Matters for Non-Governmental Public Action*, London (R-U), Palgrave Macmillan, 2012, 66 aux pp 86-87.

<sup>84</sup> D'autres variables ayant un impact significatif sur la vision qu'ont les acteurs de la propriété intellectuelle sont le pays de naissance, le pays de scolarisation, le temps accordé à la propriété intellectuelle et le nombre d'années d'expérience. Morin, *supra* note 80 aux pp 285-86, 288-89 ; voir aussi Peter Drahos, *The Global Governance of Knowledge: Patent Offices and Their Clients*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2010.

monopoles<sup>85</sup>. Ainsi, même si de plus en plus d'acteurs n'hésitent pas à remettre en question le modèle et la vision traditionnels des brevets en présentant une opposition efficace, cohérente et organisée, l'impact réel de leur propos demeure somme toute très limité dans les décisions des tribunaux.

Dans l'affaire *Myriad*, malgré leur vocation sociale, les ONG appelantes ont élaboré la majeure partie de leur argumentaire juridique devant la Cour suprême en se référant à des éléments hautement techniques, scientifiques et juridiques intégrés dans la loi et la jurisprudence, et traditionnellement invoqués dans un contexte de contestation judiciaire de brevets scientifiques<sup>86</sup>. Néanmoins, parmi les quarante-neuf mémoires (*briefs*) déposés par des intervenants (*amici curiae*)<sup>87</sup>, neuf des treize déposés au soutien des

---

<sup>85</sup> L'opposition de scientifiques affiliés avec des universités et des instituts de recherche à un projet de loi visant à interdire le brevetage des gènes en Australie en 2010 pose d'ailleurs la question de l'indépendance et de la responsabilité des experts scientifiques dans des domaines où les brevets peuvent entrer en conflit avec la protection de droits fondamentaux. Pour une perspective et une analyse très intéressantes de cette question, voir Drahos, « Patents, Practical Ethics », *supra* note 5 à la p 346 ; voir aussi James Boyle, « Enclosing the Genome: What Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us » dans F Scott Keiff, dir, *Perspectives on Properties of the Human Genome Project*, San Diego, Elsevier Academic, 2003, 97.

<sup>86</sup> Elles réfèrent néanmoins, à quelques occasions, à l'effet négatif des brevets génétiques sur l'innovation, sur les patients et sur la liberté des femmes de demander un second avis médical. Voir *Myriad*, *supra* note 7 (Brief for Petitioners the Association for Molecular Pathology et al à la p 45) ; *Myriad*, *supra* note 7 (Reply Brief for Petitioners).

<sup>87</sup> Au cours des dix dernières années, la participation d'intervenants devant la Cour suprême des États-Unis est devenue la norme avec une présence des groupes d'intérêts dans 90 % des cas. Ces « amis de la Cour » ont le loisir de déposer des mémoires spontanément, sous autorisation d'une des parties afin d'informer la Cour sur des points qui n'ont pas autrement été soulevés par les parties à l'instance (*Rules of the Supreme Court of the United States*, r 37). Bien qu'ils ne soient pas « commandités » ou rédigés par les parties, ces mémoires sont devenus des outils précieux utilisés par chacune des parties dans le processus contradictoire. Pour plus de détails sur les amis de la cour dans le système américain, voir Paul M Collins, Jr, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 47 ; Samuel Krislov, « The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy » (1963) 72 : 4 Yale LJ 694 ; Michael Rustad et Thomas Koenig, « The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs » (1993) 72 : 1 NCL Rev 91 ; Paul M Collins, Jr, « Friends of the Court:

prétentions des appelants ont mis de l'avant des préoccupations sociales et éthiques en lien avec les brevets génétiques<sup>88</sup>. Les récits et les témoignages qu'on retrouve dans ces mémoires d'intervenants donnent une perspective différente de celles présentées dans les arguments juridiques des deux parties.

Il existe différentes visions du rôle des briefs d'intervenants déposés en cour. Pour certains, ils représentent une forme valide de connaissance et peuvent servir à informer les juges sur différentes perspectives sur les questions posées et sur le contexte socio-économique dans lequel elles se posent, permettant ainsi un lien direct et naturel entre les décisions des tribunaux et leur impact sociétal<sup>89</sup>. Pour d'autres, ces interventions servent

---

Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation » (2004) 38 : 4 Law & Soc'y Rev 807 à la p 809 [Collins Jr, « Amicus Curiae Participation »] ; Joseph D Kearney et Thomas W Merrill, « The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court » (2000) 148 : 3 U Pa L Rev 743 ; Lee Epstein et Jack Knight, « Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae » dans Cornell W Clayton et Howard Gillman, dir, *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, 215 à la p 225.

<sup>88</sup> Par exemple, dans son brief adressé à la Cour suprême, l'AMA réitère la menace que pose l'octroi de brevets génétiques sur l'accessibilité aux soins de santé et à la découverte de nouvelles innovations médicales: *Myriad*, *supra* note 7 (Brief of *Amici Curiae* American Medical Association, American Society of Human Genetics, American College of Obstetricians and Gynecologists, American Osteopathic Association, American College of Legal Medicine, and the Medical Society of the State of New York in Support of Petitioners à la p 4). Les intervenants Kali N Murray et Erika R George soutiennent également que les « [p]atents in human genes do not claim the whole person; however, genetic material is a constituent element of any person and is essential to and embodied within every human life form » : *Myriad*, *supra* note 7 (Brief of Kali N Murray and Erika R George as *Amici Curiae* in Support of Petitioners à la p 23). Voir aussi *Myriad*, *supra* note 7 (Brief *Amici Curiae* of the National Women's Health Network, Reproductive Health Technologies Project, Disability Rights Legal Center, Forward Together, The Center for Genetics and Society, The Pro-Choice Alliance for Responsible Research, Alliance for Humane Biotechnology, G Michael Roybal, MD, MPH, and Anne L Peters, MD, in Support of Petitioners à la p 6) ; *Myriad*, *supra* note 7 (Brief for *Amici Curiae* of the Ethics & Religious Liberty Commission of the Southern Baptist Convention and Prof D Brian Scarnecchia in Support of Petitioners aux pp 21-28).

<sup>89</sup> Allison Morse, « Good Science, Bad Law: A 'Multiple Balancing' Approach to Adjudication » (2001) 46 : 2 SDL Rev 410 aux pp 433-35.

plutôt à donner une indication aux juges sur le nombre de personnes qui seront affectées par leur décision sans qu'ils n'aient à prendre en considération le fonds des motifs soulevés à l'appui de leur prétention<sup>90</sup>. Il demeure néanmoins très difficile de mesurer la réelle influence de ces interventions sur les juges compte tenu des nombreuses variables qui peuvent influencer l'issue des jugements.

Dans l'affaire *Myriad*, malgré toute l'information transmise par les parties et les intervenants, nous avons vu que la décision du plus haut tribunal des États-Unis s'appuie essentiellement sur des éléments scientifiques relatifs au contenu et au processus d'isolation des gènes. Pour ce faire, les juges devaient notamment comprendre les tenants et aboutissants de l'invention contestée, le détail du processus inventif requis, le fonctionnement de l'invention et comment celle-ci intervient avec les structures biologiques du corps humain<sup>91</sup>. Dans cet exercice, ils sont restés très loin d'un rôle actif dans l'élaboration de politiques publiques, se centrant plutôt sur une interprétation littérale et technique de la législation en place. Ils n'ont pas référé aux arguments éthiques présentés par les appelants et les intervenants même si leur décision de soustraire les gènes humains aux brevets était compatible avec plusieurs de ces arguments.

Malgré le forum dont ils disposaient devant les tribunaux, la multiplication des intervenants sociaux ne semble donc pas, dans ce contexte, avoir servi l'administration de la justice. Il appert plutôt que ces intervenants se sont employés à soulever des enjeux moraux et sociétaux cruciaux qui ne pouvaient convenablement être analysés par les juges dans ce contexte. Selon nous, ceci met en lumière les limites de l'approche contradictoire et procédurale privilégiée devant les tribunaux. Ces derniers deviennent un terrain plutôt « hostile » ou du moins souvent imperméable aux enjeux d'accès à la santé qui ne peuvent être traduits en termes juridiques clairs<sup>92</sup>. Comme

---

<sup>90</sup> Cette théorie a été appelée « *the affected group theory* » et est bien expliquée dans Collins Jr, « Amicus Curiae Participation », *supra* note 87 aux pp 813 et s.

<sup>91</sup> *Myriad*, *supra* note 7 aux pp 2116-18.

<sup>92</sup> Ce passage du jugement du deuxième appel devant le circuit fédéral d'appel dans l'affaire *Myriad* l'illustre d'ailleurs très bien :

*Before reviewing the applicability of the Supreme Court's Mayo holding to the claims of the Myriad patents, however, it is important to state what this appeal is not about. It is not about whether individuals suspected of having an increased risk of developing breast cancer are entitled to a second opinion. Nor is it about whether the University of Utah, the owner of the ins-*

l'énonce très clairement Hilgartner, le discours dominant relatif à la politique de l'innovation en droit des brevets rend difficile toute réconciliation des tensions qui existent entre l'encadrement juridique actuel, la scientisation et l'expertisation du droit et les demandes des autres acteurs et experts activistes, citoyens, scientifiques et intellectuels par rapport aux nouvelles technologies médicales<sup>93</sup>. Ainsi, bien que les enjeux éthiques soulevés par l'octroi de brevets génétiques aient été présentés dans certains mémoires et qu'ils se soient en quelque sorte « invités » dans un forum juridique en réaction aux monopoles très larges octroyés depuis plusieurs années, ils n'ont pas pu être débattus et jugés au mérite, le contexte normatif, politique et judiciaire actuel ne s'y prêtant pas. Ceci est symptomatique de ce que Teubner appelle la « scientisation du droit » qui s'opère lorsque les concepts scientifiques et techniques peuvent être confondus avec la norme et le droit<sup>94</sup>. Elle traduit des choix politiques enchassés dans les dispositions de la loi sur les brevets et influence également l'approche privilégiée par les juges qui doivent interpréter et appliquer un droit hautement technique nécessitant la maîtrise de plusieurs notions scientifiques.

Or, selon nous, ceux qui interprètent la loi ont non seulement le devoir de comprendre la relation entre la science et le droit mais également d'être conscients de l'effet de cette relation sur la société, ses institutions et ses valeurs. Ceci nous amène à notre prochaine et dernière section dans laquelle nous aborderons le rôle et l'approche des juges qui doivent interpréter un

---

*tant patents, or Myriad, the exclusive licensee, has acted improperly in its licensing or enforcement policies with respect to the patents. The question is also not whether it is desirable for one company to hold a patent or license covering a test that may save people's lives, or for other companies to be excluded from the market encompassed by such a patent – that is the basic right provided by a patent, i.e., to exclude others from practicing the patented subject matter.*

*AMP v USPTO* (CA féd n° 2), *supra* note 8 à la p 1324.

<sup>93</sup> Hilgartner, *supra* note 56 à la p 222.

<sup>94</sup> Gunther Teubner, « Un droit spontané dans la société mondiale? » dans Charles-Albert Morand, dir, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 196 aux pp 207-08 [Teubner, « Société mondiale »]. Pour Teubner, cette scientisation du droit devrait être modulée de sorte que le droit, tout en référant à la science, en demeure indépendant.

droit technique comme le droit des brevets.

***B. L'approche des juges face aux enjeux éthiques et sociétaux que pose l'octroi de brevets génétiques***

Devant la question délicate et complexe de la brevetabilité des gènes humains, la Cour a adopté une approche minimaliste<sup>95</sup> compatible avec un texte de loi rédigé sans aucune référence aux enjeux moraux de la brevetabilité. Cette section vise à analyser et à critiquer la posture adoptée par les juges dans un contexte comme celui de l'affaire *Myriad*. Dans cette section nous présenterons d'abord comment et pourquoi le minimalisme judiciaire s'est imposé en droit des brevets (1) et nous terminerons avec une critique de cette approche en droit des brevets génétiques (2).

**1. Le minimalisme judiciaire en droit des brevets**

Plusieurs auteurs se sont intéressés au rôle du droit et des juges dans l'exercice de définir une éthique collective, surtout dans le domaine du droit constitutionnel et des droits et libertés de la personne<sup>96</sup>. La nature même des droits et libertés reconnus et protégés par la Charte canadienne<sup>97</sup> et par la Constitution américaine peut permettre aux tribunaux, de façon plus naturelle peut-être, de réfléchir aux valeurs, principes et intérêts fondateurs du

---

<sup>95</sup> Expression développée par Sunstein. Elle réfère à une approche des juges étroite, centrée sur les faits et qui produit des résultats de surface en apparence rassembleurs. Voir Cass R Sunstein, « Problems with Minimalism » (2006) 58 : 6 *Stan L Rev* 1899 aux pp 1907-08 [Sunstein, « Problems »].

<sup>96</sup> Pour une analyse et une critique fort éclairante sur l'inclusion de la morale en droit constitutionnel, voir Stéphane Bernatchez, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire » (2006) 85 : 2 *R du B can* 221 aux pp 224 et s ; voir aussi Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, 1996 ; Luc Bégin, « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective » dans Georges A Legault, A Rada-Donah et Guy Bourgeault, dir, *Éthique de société*, Sherbrooke, GGC, 1999, 235 ; Luc B Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 : 2 *RJT* 459.

<sup>97</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 ; Tremblay, *supra* note 96.

droit. Ils peuvent, dans ce contexte, soulever les enjeux posés par l'interaction entre des valeurs sociales contradictoires et prendre leurs décisions à la lumière de ces préoccupations<sup>98</sup>. La position de la majorité de l'affaire canadienne *Chaoulli*<sup>99</sup> est d'ailleurs un exemple où des juges ont adopté une approche proactive face aux dilemmes éthiques et légaux que posait l'interdiction pour les patients québécois de souscrire à des assurances privées pour des services de santé déjà couverts par le système de santé public. Les paramètres du droit à la sécurité et à la vie y ont été précisés dans un contexte d'accès individuel aux soins de santé<sup>100</sup>.

Il n'est pas rare, par ailleurs, que les juges préfèrent une approche minimaliste et ce, même en droit constitutionnel. Un des exemples les plus évocateurs à cet égard se trouve dans la décision canadienne *Tremblay c Daigle* dans laquelle le père d'un enfant non encore né revendiquait des droits au nom du fœtus<sup>101</sup>. Dans sa réflexion sur les droits d'un fœtus en vertu de la Charte québécoise<sup>102</sup>, la Cour justifie ainsi son approche minimaliste:

L'intimé soutient que le fœtus est un « être humain » qui, à ce titre, a droit à la vie et droit au secours lorsque sa vie est en péril. Soulignons dès le départ que cet argument doit être examiné dans le contexte de la législation en cause. La Cour n'est pas tenue d'intervenir dans les débats philosophiques et

---

<sup>98</sup> Il est cependant important de noter que le champ d'action des juges aux États-Unis est encore plus restreint qu'au Canada. En effet, la Constitution américaine limite expressément le pouvoir du judiciaire aux « *cases and controversies* » (US Const art III, § 2, cl 1) alors qu'au Canada la séparation des pouvoirs n'est pas aussi formelle. Les tribunaux canadiens peuvent par exemple émettre des avis consultatifs contrairement aux juges des cours fédérales américaines.

<sup>99</sup> *Chaoulli c Québec (PG)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 RCS 791, 254 DLR (4<sup>e</sup>) 577.

<sup>100</sup> *Ibid* aux para 87-89, 97. Dans cette affaire, la juge Deschamps a même mentionné, au nom de la majorité, que face à l'inaction des gouvernements, les tribunaux étaient le dernier recours des citoyens (*ibid* au para 96). Malgré une décision controversée qui a fait l'objet de plusieurs critiques en permettant aux individus de souscrire des assurances privées pour des soins également couverts par le régime d'assurance maladie public, elle représente néanmoins une ouverture des tribunaux à prendre un rôle actif dans le domaine de l'accès à la santé, face aux demandes des citoyens qui considèrent être lésés dans leurs droits par des pratiques et normes.

<sup>101</sup> [1989] 2 RCS 530, 62 DLR (4<sup>e</sup>) 634 [*Tremblay* avec renvois aux RCS].

<sup>102</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

théologiques quant à savoir si le fœtus est une personne; sa tâche est plutôt de répondre à une question juridique, à savoir si le législateur québécois a attribué au fœtus le statut de personne<sup>103</sup>.

En adoptant une retenue face à des questions qui suscitent des dilemmes éthiques et des conflits de valeurs, les juges choisissent ainsi de laisser certaines dimensions d'un problème de côté sans se défilier pour autant de leurs obligations de juger en droit. En d'autres termes, ils peuvent régler une affaire juridique en analysant les normes en vigueur « tout en évitant de se prononcer sur les aspects plus fondamentaux, philosophiques ou éthiques, que soulèvent les litiges soumis à leur pouvoir décisionnel » comme l'explique Bernatchez<sup>104</sup>.

En droit des brevets, ces questions ne se posent pas de la même façon. Contrairement aux procès sur les droits fondamentaux, les litiges se présentent souvent comme des matières privées pour lesquelles on ne conteste pas la loi ou la violation de droits fondamentaux. Comme la moralité et l'éthique ne font pas partie du corpus normatif qui est composé de dispositions très techniques à visées essentiellement économiques, les juges ont eu tendance, naturellement, à se tenir loin des débats éthiques et des conflits de valeurs qui pouvaient émerger relativement au rôle et à la portée sociétale plus larges des brevets.

Avant d'analyser certains ancrages d'une approche minimaliste, il est utile de donner quelques exemples clés où les plus hauts tribunaux l'ont utilisée en droit des brevets, aux États-Unis et au Canada. Bien qu'entre 1982 et 2002 l'implication de la Cour suprême des États-Unis dans le domaine

---

<sup>103</sup> Tremblay, *supra* note 101 à la p 552. Pour une analyse intéressante de l'approche de la Cour suprême du Canada dans différentes autres causes en droit constitutionnel, voir Emmet Macfarlane, *The Supreme Court of Canada and the Judicial Role: An Historical Institutional Account*, thèse de doctorat en sciences politiques, Université Queen's, 2009 [non publiée], en ligne : UQ <[http://qspace.library.queensu.ca/bitstream/1974/5313/1/Macfarlane\\_Emmett\\_200911\\_PhD.pdf](http://qspace.library.queensu.ca/bitstream/1974/5313/1/Macfarlane_Emmett_200911_PhD.pdf)>. Voir également Jeremy Waldron, « The Core of the Case against Judicial Review » (2006) 115 : 6 Yale LJ 1368 (qui justifie l'approche minimaliste en fonction de différentes conceptions de la justice que peuvent avoir les juges).

<sup>104</sup> Bernatchez, *supra* note 96 à la p 230.



du droit des brevets ait été plutôt minimale<sup>105</sup>, celle-ci s'est, depuis le début des années 2000, intéressée au droit substantif et aux aspects techniques et précis de l'application des brevets<sup>106</sup>. Par ailleurs, les tribunaux canadiens et américains ont, avec constance, adopté le même type de réserve dans leurs jugements en droit des brevets lorsqu'il était question d'enjeux éthiques relatifs à la santé.

Aux États-Unis, deux décisions méritent d'être brièvement mentionnées dans le domaine de la brevetabilité du vivant. Tout d'abord, dans l'affaire *Diamond v Chakrabarty*<sup>107</sup>, où il était question de déterminer si une bactérie génétiquement modifiée était brevetable, la Cour suprême a, pour justifier sa décision d'autoriser le brevet, mentionné que pratiquement tout sur la terre et qui était fait par l'homme était sujet à la brevetabilité<sup>108</sup>. Face aux arguments éthiques présentés par rapport aux effets négatifs potentiels des brevets sur la race et la vie humaines, la recherche, le traitement des patients et l'environnement<sup>109</sup>, la majorité a choisi de ne pas les analyser ni de se prononcer sur leur mérite, précisant que c'était plutôt du ressort du Congrès. La Cour s'est donc concentrée sur l'interprétation juridique de la loi sur les brevets<sup>110</sup>.

Par la suite, les choses ont semblé vouloir bouger un peu avec la prise de parole du bureau des brevets américains en faveur d'un meilleur enca-

---

<sup>105</sup> Timothy R Holbrook, « The Supreme Court's Complicity in Federal Circuit Formalism » (2003) 20 : 1 Santa Clara Computer & High Tech LJ 1 à la p 6.

<sup>106</sup> Timothy R Holbrook, « Explaining the Supreme Court's Interest in Patent Law » (2013) 3 : 2 IP Theory 61 aux pp 63-64, 74.

<sup>107</sup> *Chakrabarty*, *supra* note 11.

<sup>108</sup> *Ibid* à la p 309 (« [t]he Committee Reports accompanying the 1952 Act inform us that Congress intended statutory subject matter to include anything under the sun that is made by man »).

<sup>109</sup> Appelés par la majorité « *parade of horrors* » (*ibid* à la p 316).

<sup>110</sup> *Ibid* à la page 317. Le juge en chef Burger explique au nom de la majorité :

*What is more important is that we are without competence to entertain these arguments – either to brush them aside as fantasies generated by fear of the unknown or to act on them. The choice we are urged to make is a matter of high policy for resolution within the legislative process after the kind of investigation, examination, and study that legislative bodies can provide and courts cannot. That process involves the balancing of compe-*

drement de l'utilisation des brevets biologiques et certaines initiatives de consultation lancées par le Congrès à propos des brevets sur les embryons et les gènes<sup>111</sup>. En dépit de ces démarches, le Congrès n'a pas réussi à adopter de loi pour encadrer la portée des brevets sur le matériel humain et c'est dans ce contexte politique que s'est présentée, en 1990, l'affaire *Moore v Regents of the University of California*<sup>112</sup>. Placée devant un cas où des chercheurs avaient breveté une lignée cellulaire à partir de cellules cancéreuses d'un patient (M. Moore), la Cour suprême de Californie a jugé que ce patient n'avait aucun droit dans la lignée cellulaire brevetée ni dans les profits qui pourraient en être tirés. Encore une fois, les enjeux éthiques, humains et sociétaux de la brevetabilité des gènes de M. Moore n'ont pas reçu d'attention dans l'opinion de la majorité<sup>113</sup>. Ces considérations ont toutefois été au cœur de la dissidence du juge Mosk. Ce dernier a notamment analysé la contribution des patients aux « inventions » et comparé les brevets sur les gènes humains à une forme d'esclavage<sup>114</sup>. Le juge Mosk a également exprimé son opinion en faveur d'une intervention de la Cour dans ces matières plutôt que de déférer le tout au législateur, comme le suggérait la majorité<sup>115</sup>.

Au Canada, les cours de justice ont esquivé la question de l'intégration de l'éthique en droit des brevets de façon similaire. Un des jugements le

---

*ting values and interests, which, in our democratic system, is the business of elected representatives. [Ibid.]*

<sup>111</sup> Pour plus de détails sur la chronologie des événements suite à la décision et sur les tentatives politiques infructueuses relativement à l'encadrement des brevets sur les organismes vivants, voir l'excellent texte d'Abbott, *supra* note 47 aux pp 514-15.

<sup>112</sup> 51 Cal (3d) 120, 793 P (2d) 479 (1990) [*Moore* avec renvois au Cal (3d)].

<sup>113</sup> Le juge Panelli, au nom des juges Lucas, Eagleson et Kennard s'est contenté de dire que comme la lignée cellulaire était factuellement différente des cellules extraites du corps de M. Moore, elles étaient brevetables car issues d'un processus inventif tel que le prévoit la loi (*ibid* aux pp 141-42). Il mentionne également que le tout devrait être décidé par la législature (*ibid* à la p 147). Le juge Arabian est allé un peu plus loin en reconnaissant et énumérant certains enjeux éthiques posés par les brevets accordés sur la lignée cellulaire, mais a mentionné que ce n'était pas le rôle de la cour mais plutôt de la législature de trancher (*ibid* à la p 149).

<sup>114</sup> *Ibid* aux pp 167 et s, 173-74.

<sup>115</sup> *Ibid* à la p 176.

plus significatif à cet égard est la cause de l'oncosouris de Harvard<sup>116</sup>, dans laquelle le brevet portait sur un œuf fécondé d'une souris génétiquement modifiée pour induire chez elle une prédisposition à un type de cancer. Bien que les juges aient tous été d'accord que l'œuf dont les gènes avaient été modifiés par un humain était brevetable, il y a eu un profond désaccord entre eux sur la brevetabilité du résultat final, soit la souris elle-même. Selon le juge Binnie, représentant la dissidence, la souris devait être brevetée elle aussi, car l'intention et l'économie de la *Loi sur les brevets* canadienne (*LCB*)<sup>117</sup> visaient justement à stimuler l'inventivité et la création de nouveaux savoirs. Il a aussi expliqué que le commissaire chargé de la délivrance des brevets n'avait pas le pouvoir d'en refuser l'octroi sur de seules considérations basées sur l'ordre public, la moralité ou l'intérêt public si tous les critères légaux requis étaient présents<sup>118</sup>. Le juge a indiqué que les facettes importantes de l'intérêt public demeuraient régies par d'autres régimes de réglementation à l'extérieur de la *LCB*<sup>119</sup>. Tout en concluant, à l'inverse, que la définition d'invention au sens de la *LCB* n'incluait pas les formes de vie supérieures, le juge Bastarache, représentant la majorité, s'est tout de même rangé du même côté que son collègue dissident sur la question de la moralité. Selon lui, le fait que les formes de vie supérieures suscitent des enjeux particuliers de par leur nature profonde ne justifiait pas d'invoquer l'éthique pour décider de la pertinence et de l'opportunité de permettre leur brevetabilité mais demandait plutôt de s'interroger sur l'intention du législateur de les inclure dans la définition d'invention. Dans cette optique, les juges ont choisi de se baser sur une interprétation stricte des dispositions de la loi et de simplement conclure que, de par la complexité des questions soulevées par la privatisation des formes de vie supérieures, le parlement n'avait pas, en 1869, voulu inclure ces dernières dans la définition d'invention brevetable<sup>120</sup>. Les juges se sont ainsi gardés de qualifier et analyser les enjeux complexes et les conséquences pratiques rattachés à la brevetabilité

---

<sup>116</sup> *Harvard College, supra* note 63.

<sup>117</sup> *Loi sur les brevets*, LRC 1985, c P-4.

<sup>118</sup> *Harvard College, supra* note 63 aux para 11, 14. En effet, rappelons-nous que le Canada a choisi de ne pas intégrer lors de sa réforme du droit des brevets de 1993 de clause de ce type, même si l'*Accord sur les ADPIC, supra* note 41, art 27(2) prévoit cette possibilité.

<sup>119</sup> *Harvard College, supra* note 63 au para 14.

<sup>120</sup> *Ibid* au para 167 ; pour une analyse très intéressante de la méthode d'interprétation privilégiée par le juge Bastarache écrivant pour la majorité dans cette affaire, voir Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern

des formes de vie supérieures, se tenant loin d'une prise de position sur le rôle et la portée sociétaux des brevets en réitérant, à plusieurs reprises, que ces questions relevaient du législateur<sup>121</sup>.

Un second arrêt a cristallisé la position de la Cour suprême du Canada face à l'inclusion de l'ordre public en droit des brevets et au rôle des juges à cet égard<sup>122</sup>. Dans cette affaire, le débat judiciaire opposait la compagnie Monsanto au fermier Percy Schmeiser. Ce dernier était accusé d'avoir contrefait le brevet de Monsanto sur des semences de soya transgénique qui avaient été retrouvées sur le terrain du fermier sans que ce dernier ait payé la redevance requise au détenteur de brevet Monsanto. La majorité de la Cour suprême, se basant sur des points de vue exprimés dans l'affaire *Harvard College*, n'a pas remis le brevet protégeant les gènes et cellules modifiés de la plante en question<sup>123</sup>. La juge en chef McLachlin et le juge Fish, écrivant pour la majorité, ont reconnu que les inventions du domaine de l'agriculture pouvaient effectivement susciter des controverses d'ordre moral<sup>124</sup>. Ils ont toutefois précisé que ce n'était pas à la Cour de s'immiscer dans de tels débats puisqu'il était plutôt « loisible au législateur d'examiner ces préoccupations et de modifier la *Loi sur les brevets* s'il les juge incontournables »<sup>125</sup>. Encore une fois, elle a répété que la Cour n'était pas compétente pour intervenir dans la controverse et que son « rôle se limite à interpréter et à appliquer, conformément aux principes établis, le libellé actuel de la *Loi sur les brevets* »<sup>126</sup>.

L'approche minimaliste adoptée par la majorité des juges dans ces affaires américaines et canadiennes produit des décisions très précises qui peuvent sembler manquer de profondeur lorsque replacées dans un contexte

---

Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40 RJT 131 aux pp 169-71.

<sup>121</sup> *Harvard College*, *supra* note 63 aux para 53, 55, 74, 80, 103, 107, 135, 153.

<sup>122</sup> *Monsanto Canada Inc c Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 RCS 902, 239 DLR (4<sup>e</sup>) 271 [*Monsanto*].

<sup>123</sup> *Ibid* aux para 15, 17, 22-23.

<sup>124</sup> *Ibid* au para 93.

<sup>125</sup> *Ibid*.

<sup>126</sup> *Ibid* au para 94.

de gouvernance globale<sup>127</sup>. Une conception plus traditionnelle du rôle du juge se traduisant par une vision positiviste du droit et de la séparation des pouvoirs peut expliquer que les juges ne se sentent peut-être pas autorisés et légitimés pour arbitrer des conflits de valeurs qui émergent, néanmoins, en droit des brevets. Les juges s'en remettent dès lors au pouvoir politique<sup>128</sup> dans une forme d'appel à ce que ce dernier s'implique et contribue, à travers un exercice de médiation, à tenter de fixer certains choix moraux pour la collectivité<sup>129</sup>.

Cette même approche minimaliste a également été privilégiée par les juges de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Myriad*<sup>130</sup>. En choisissant de se centrer sur la science afin de déterminer si les gènes pouvaient ou non se qualifier, juridiquement, comme matière brevetable, à la lumière des précédents jurisprudentiels, ces derniers ont mis l'accent sur ce qui, selon leur raisonnement, « est »<sup>131</sup> et non à ce qui « devrait être »<sup>132</sup>. Ils ont

---

<sup>127</sup> Pour une discussion de l'approche judiciaire très restreinte et focalisée surtout sur l'espèce, voir généralement Cass R Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements » (1995) 108 : 7 Harv L Rev 1733 à la p 1741 [Sunstein, « Incompletely Theorized »].

<sup>128</sup> Comme nous avons vu qu'ils l'avaient fait notamment dans les affaires canadiennes *Harvard College*, *supra* note 63 aux para 183, 196, 199, et *Monsanto*, *supra* note 122 aux para 93-94, ainsi que l'affaire américaine *Moore*, *supra* note 112 aux pp 142, 147, 149.

<sup>129</sup> Bégin, *supra* note 96 à la p 239.

<sup>130</sup> En ce sens, ce passage d'un mémoire déposé par des universitaires est très révélateur en ce qu'il prévoyait que les juges adopteraient cette approche minimaliste : « *While the context in which this case is set – health care innovation – demonstrates the social and ethical importance of the question before the Court, its answer can be determined solely on the basis of this Court's precedents on patent eligibility that stretch back well over a century* ». *Myriad*, *supra* note 7 (Brief *Amici Curiae* for Academics in Law, Medicine, Health Policy and Clinical Genetics in Support of Neither Party (E Richard Gold et al) à la p 8).

<sup>131</sup> Par rapport au statut juridique de l'ADN isolé et retrouvé naturellement dans les chromosomes humains, à celui de l'ADN complémentaire synthétisé artificiellement par les scientifiques et à l'inventivité du processus d'isolation de ces substances réalisés par les scientifiques.

<sup>132</sup> En ce qui a trait à l'octroi de droits de propriété sur des éléments pouvant avoir un lien direct avec la santé, à l'étendue de ceux-ci et à leur effet sur l'accessibilité des connaissances et de la santé.

opté pour une approche minimaliste, littérale et scientifique du droit des brevets tel qu'il existe plutôt que de transposer les questionnements techniques suscités dans le contexte plus large de leur interaction avec d'autres droits et valeurs de la société. Cette approche a nécessité de se centrer sur les normes de protection des inventions brevetables enchâssées dans un droit bâti, en grande partie, sur l'importance de la protection des libertés individuelles<sup>133</sup> dans un contexte économique et social où le progrès et l'innovation sont prioritaires<sup>134</sup>. En contrepartie, il est important de mentionner que la protection de l'accès à la santé, aux soins de santé et aux produits thérapeutiques, bien que reconnue en droit international et dans certains pays, bénéficie d'un statut beaucoup moins établi en droit américain<sup>135</sup>. L'importance ac-

---

<sup>133</sup> D'ailleurs, Ferry explique très bien que la liberté individuelle a de spécial qu'elle peut à la fois être une valeur et une idée fondatrice de normes et de régulations. Elle donne à l'institution politique un outil de fonctionnement en lui permettant de se décharger du poids de former des unanimités sur des valeurs. Jean-Marc Ferry, *Valeurs et normes : La question de l'éthique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002 à la p 55.

<sup>134</sup> En effet, l'économie américaine est essentiellement bâtie sur un modèle néolibéraliste marqué par le libre marché et la protection des libertés individuelles. À cet égard, bien que les approches philosophiques et politiques relatives à la nature, au fondement et au rôle des normes, des valeurs et de la justice dans la société américaine représentent un sujet passionnant, leur analyse déborde du cadre de cet article. Sur ces aspects – en général ainsi que dans le domaine de la propriété intellectuelle – nous suggérons au lecteur de se référer notamment à John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993 ; voir aussi Drahos et Mayne, *supra* note 3 ; Andreas Rahmatian, « A Fundamental Critique of the Law-and-Economics Analysis of Intellectual Property Rights » (2013) 17 : 2 Marq Intell Prop L Rev 191 ; Peter Drahos, « Securing the Future of Intellectual Property: Intellectual Property Owners and Their Nodally Coordinated Enforcement Pyramid » (2004) 36 : 1 Case W Res J Intl'l L 53 ; Katherine J Strandburg, « Evolving Innovation Paradigms and the Global Intellectual Property Regime » (2009) 41 : 3 Conn L Rev 861.

<sup>135</sup> En effet, bien que le droit à la santé soit reconnu par le droit international, notamment dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 RTNU 3, art 12, RT Can 1976 no 46, les États-Unis n'ont pas ratifié ce protocole et ne reconnaissent pas ce droit universel dans leur constitution ; pour la liste des participants au *Pacte*, voir Organisation des Nations Unies, « 3. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Collection des traités*, en ligne : ONU <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=fr)>. Sur l'absence de considérations d'un droit à la santé dans le système américain, voir Lance Gable, « The Patient Protection and Affordable

cordée à l'accès universel à la santé ne se traduit pas en termes de droit ou de norme, mais reste davantage de l'ordre des valeurs, de la morale et des idéaux<sup>136</sup>. Ainsi, en reléguant la justice, l'équité et l'égalité au rang de principes et valeurs plutôt que de les élever au niveau de normes ou de droits fondamentaux, on leur a assigné un rôle flou, pouvant s'apparenter à des convictions ou des croyances essentiellement privées, sans portée régulatrice plus large<sup>137</sup>. Cette « non reconnaissance » de l'importance de l'accès à la santé en droit américain et, plus spécifiquement encore, dans les normes qui régissent l'octroi et l'utilisation des brevets génétiques, empêche ce que Habermas appelle la « prétention à une validité universelle imposant un engagement non relatif »<sup>138</sup>. Elle limite également les juges dans leur rôle d'interprétation des principes et normes non explicites et de mise en valeur de la substance morale du droit telle que défendue par Dworkin dans un contexte de droit constitutionnel<sup>139</sup>. En effet, en droit des brevets, la substance même

---

Care Act, Public Health, and the Elusive Target of Human Rights » (2011) 39 *JL Med & Ethics* 340 aux pp 341-43. Pour des analyses du droit de la santé en droit international, voir aussi Bernier, « International Socio Economic Human Rights », *supra* note 3 ; Benjamin Mason Meier et Larisa M Mori, « The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health » (2005) 37 : 1 *Colum HRL Rev* 101 ; Benjamin Mason Meier et Ashley M Fox, « Development as Health: Employing the Collective Right to Development to Achieve the Goals of the Individual Right to Health » (2008) 30 *Hum Rts Q* 259 ; Gwendolyn Roberts Majette, « Global Health Law Norms and the PPA-CA Framework to Eliminate Health Disparities » (2012) 55 : 3 *How LJ* 887.

<sup>136</sup> Voir Gable, *supra* note 135. Par exemple, la section 1 du quatorzième amendement de la Constitution américaine, qui garantit une protection égale à toutes les personnes soumises à sa juridiction, ne pourrait vraisemblablement pas être interprétée par les juges de façon à garantir l'accès universel aux substances et produits génétiques brevetées sur le territoire des États-Unis (US Const amend XIV, § 1). Pour une discussion sur les balises de la lecture morale de la constitution américaine, voir Ronald Dworkin, « The Moral Reading of the Constitution », *New York Review of Books* (21 mars 1996), en ligne : NYTRB <[www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/](http://www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/)> [Dworkin, « Moral Reading »].

<sup>137</sup> À cet effet, voir Rawls, *supra* note 134 aux pp 5-6; Ferry, *supra* note 133 aux pp 55-56.

<sup>138</sup> Habermas, *supra* note 78 à la p 278.

<sup>139</sup> Dworkin, « Moral Reading », *supra* note 136. Dworkin explique que la « lecture morale » (*moral reading*) par les juges est incorporée dans la pratique du droit constitutionnel et dans l'interprétation des dispositions de la Constitution.

de la matière et les fondements de ce système normatif orientent la lecture morale des dispositions vers une valorisation de l'innovation sans égard à son accessibilité. Devant cette réalité normative et juridique, le juge a peu de marge de manœuvre pour faire apparaître le droit des brevets sous un jour différent sans risquer d'opérer ce que Habermas appelle un « travestissement téléologique des droits »<sup>140</sup>. Même sous son « meilleur jour »<sup>141</sup>, le droit des brevets demeure essentiellement un droit technique et précis, axé sur la valorisation de l'innovation et du progrès mesuré en termes de réalisations, d'inventions et de compétitivité. Dans ce contexte, le juge peut devenir le gardien de ce que le parlement a choisi de « normer », ce que Bégin appelle les « préférences axiologiques » des législateurs<sup>142</sup>.

Pour certains, le fait que les juges décident de l'issue d'un litige en collégialité et en référant au plus bas niveau d'abstraction possible est non seulement inévitable, compte tenu des ressources limitées disponibles, mais également souhaitable<sup>143</sup>. Cette approche permet, avec des moyens et pouvoirs limités, d'arriver à des compromis nécessaires à la résolution de conflits et la conservation d'une certaine stabilité sociale, économique, démocratique et juridique qui ne doit pas être constamment remise en question dans une société pluraliste<sup>144</sup>. Le fait que les juges doivent se prononcer sur des litiges précis émergeant entre des parties identifiées ne leur permet de généraliser certains enjeux moraux à l'ensemble de la société et résulte en ce que Sunstein appelle des « accords non entièrement théorisés »<sup>145</sup>. Pour les défenseurs de ces « accords non entièrement théorisés », les juges doivent, dans les limites de leur compétence institutionnelle, rester prudents et humbles face aux questions fondamentales et aux débats théoriques, philosophiques et sociaux. Ces matières sont et doivent demeurer la préroga-

---

<sup>140</sup> Habermas, *supra* note 78 à la p 280, tel que cité dans Bernatchez, *supra* note 96 à la p 224.

<sup>141</sup> En anglais, « *better light* » : Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 1986 à la p 256 [Dworkin, *Law's Empire*]. Notre traduction est celle d'Élisabeth Soubrenie (*L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 à la p 279).

<sup>142</sup> Bégin, *supra* note 96.

<sup>143</sup> Voir Sunstein, « Incompletely Theorized », *supra* note 127 aux pp 1758-59.

<sup>144</sup> *Ibid* à la p 1746.

<sup>145</sup> *Ibid* (« *incompletely theorized agreements* ») [traduction libre de Bernatchez, *supra* note 96 à la p 227].



tive du pouvoir politique établi démocratiquement pour réfléchir aux systèmes complexes en place et implanter des réformes sociales plus globales avec des budgets limités<sup>146</sup>. Ainsi, le processus judiciaire s'intègre dans un contexte démocratique plus large et l'approche minimaliste des juges est un moyen efficace pour inciter le pouvoir législatif à agir<sup>147</sup>. Or, comme nous en avons parlé dans la première partie (et nous y reviendrons un peu plus loin), dans le domaine de l'innovation, l'appareil législatif est soumis à plusieurs contraintes et pressions qui ont, la plupart du temps, l'effet de le paralyser.

À notre avis, cette approche minimaliste qui contribue à fixer le droit des brevets dans un rôle économique au centre d'une politique d'innovation doit plutôt être remise en question dans le domaine de la génétique. La prochaine et dernière sous-section présente une critique du minimalisme judiciaire en matière de brevets génétiques et propose un rôle différent pour les juges dans une optique de faciliter les interactions et croisements nécessaires entre les environnements technoscientifique et social.

## 2. Critique du minimalisme judiciaire en matière de brevets génétiques

L'approche minimaliste est symptomatique de la façon dont le droit reformule, en des termes et avec des règles et des procédures qui lui sont propres, des conflits qui pourraient autrement être insolubles devant les tribunaux. Teubner réfère à cette reconfiguration des litiges comme une alié-

---

<sup>146</sup> Sunstein mentionne même qu'en sortant de leur rôle, les tribunaux pourraient produire des effets malheureux et imprévus sur des systèmes complexes et interreliés (Sunstein, « Incompletely Theorized », *supra* note 127 à la p 1752). Sur la portée des jugements des tribunaux et leurs effets pervers potentiels dans différentes sphères de la société, voir aussi Lon L Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92 : 2 Harv L Rev 353 aux pp 393-98. Voir aussi Dworkin qui défend plutôt une vision plus engagée de l'interprétation du droit par les juges, en leur donnant la légitimité pour faire des distinctions conscientes et théoriques : Dworkin, *Law's Empire*, *supra* note 141 aux pp 225, 251-54. Tel que le précise d'ailleurs Julie Allard dans un récent essai, « Dworkin considère que tout ordre juridique s'appuie sur des valeurs et que toute interprétation du droit est donc morale » : Julie Allard, « Ronald Dworkin ou le roman du droit », *La vie des idées* (7 janvier 2014) à la p 1, en ligne : VI <[www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20140107\\_dworkin.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20140107_dworkin.pdf)> ; voir aussi Ronald Dworkin, « Moral Reading », *supra* note 136.

<sup>147</sup> Sunstein, « Problems », *supra* note 95 à la p 1916.

nation ou une fiction que le droit rend possible en traduisant le conflit social différemment, permettant ainsi de trouver des solutions à ce qui serait autrement moralement ou éthiquement impossible à résoudre<sup>148</sup>. En effet, en recourant aux tribunaux de façon systématique pour régler des matières à haute teneur politique et éthique, le danger est que des questions de justice sociale et de politique se transforment en questions légales techniques<sup>149</sup>. En réduisant les conflits à leur plus simple expression, en laissant les avocats et les experts les définir et se les approprier, on les dépouille d'une grande partie de ce que pourrait être leur utilité pour la société, on ne saisit pas l'opportunité de clarifier les normes, d'en discuter, de les remettre en question. On participe plutôt à la production d'obligations. La reconstruction d'un conflit dans les limites du droit transforme les alternatives de solutions possibles<sup>150</sup>. C'est ce que Christie décrit comme une expropriation des conflits de leur enracinement social et humain en les réduisant à des codes et à des procédures juridiques<sup>151</sup>.

Ainsi, dans le contexte de l'affaire *Myriad*, l'environnement social dans lequel s'enracinent les brevets sur les gènes est caractérisé par des tensions entre différents besoins et exigences. Expliqué simplement, il y a, d'un côté, le besoin des détenteurs de brevets de récupérer une partie des sommes investies dans leurs activités scientifiques et d'être encouragés à continuer

---

<sup>148</sup> Ce passage sur les vertus de la fiction du droit est particulièrement éclairant :

Les conflits non solubles socialement moralement et politiquement sont traduits dans un tissu très artificiel de *topoi*, de concepts et de constructions juridiques. De la sorte, ils ne sont plus reconnaissables comme conflits sociaux ou moraux, mais simplement comme des questions juridiques originales, solubles à l'aide des fictions du droit sans confrontation à la réalité sociale.

Teubner, « Société mondiale », *supra* note 94 à la p 217 ; voir généralement *ibid* aux pp 203, 216-18.

<sup>149</sup> Voir Peter H Russell, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1983) 61 : 1 R du B can 30 à la p 52.

<sup>150</sup> Voir Teubner, « Aliénations », *supra* note 75 à la p 83 ; pour l'idée que le droit se base sur un code binaire consistant en les options « légal / illégal » et les normes qui peuvent déterminer quelle option s'applique, voir généralement Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, traduit par Klaus A Ziegert, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>151</sup> Nils Christie, « Conflicts as Property » (1977) 17 : 1 Brit J Crim 1 aux pp 4, 8 ; voir aussi Teubner, « Aliénations », *supra* note 75 à la p 77.

d'innover pour le plus grand bénéfice de l'économie américaine et, de l'autre côté, les besoins des chercheurs, médecins et patients d'avoir accès aux connaissances et aux inventions pour innover, guérir, soulager et survivre. Ces tensions entre variables humaines et économiques existent et il est difficile de les résoudre par des actions politiques coordonnées et cohérentes<sup>152</sup>.

L'intervention du judiciaire dans ce contexte amène à réduire les problèmes et enjeux complexes à un débat juridique sur la qualification des gènes de susceptibilité au cancer du sein et des ovaires comme matière brevetable ou non<sup>153</sup>. En appliquant ce que Teubner appelle un test de « judicialité », on accorde une attention à ce qui se retrouve dans la jurisprudence et les documents normatifs en vigueur. L'environnement social dans lequel se positionnent ces tensions se retrouve en quelque sorte évacué par une reconstruction du conflit dans une logique hautement technique et scientifique, et plusieurs acteurs sociaux touchés se retrouvent ainsi dépossédés de ces conflits. En d'autres termes, le recours aux tribunaux en droit des brevets permet une reformulation des conflits à l'intérieur d'un cadre. Dans ce cadre, ils pourront un à un être réglés en référant à des normes et des précédents, le tout à l'abri des variables et distorsions dont est formé le monde extérieur et ce, même si les décisions judiciaires seront par la suite opérationnalisées dans ce monde extérieur<sup>154</sup>. C'est d'ailleurs une des fonctions sociales des règles que de pouvoir être comprises et acceptées par plusieurs personnes qui ne sont pas, par ailleurs, en accord sur les principes généraux qui sous-tendent la gouvernance plus globale de la société<sup>155</sup>. C'est aussi une faiblesse dans le cas qui nous occupe. Le recours aux tribunaux pour clarifier le statut des gènes humains permet une distanciation par rapport au conflit réel suscité par l'octroi de brevets génétiques.

---

<sup>152</sup> Bubela, Gold et Morin, *supra* note 6.

<sup>153</sup> Cette simplification des enjeux par le prisme du droit a aussi été observée lors des négociations des dispositions du régime canadien d'accès aux médicaments. Dans ce contexte, certaines ONG ont mentionné regretter ne pas avoir eu recours à des alternatives et stratégies différentes à l'extérieur du mécanisme légal restreint pour faire avancer leur cause. Pour un portrait global, voir Bubela et Morin, *supra* note 66 aux pp 143 et s.

<sup>154</sup> Voir Morse, *supra* note 89 aux pp 445-46 ; voir généralement Cass R Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1999.

<sup>155</sup> Voir Sunstein, « Incompletely Theorized », *supra* note 127 à la p 1741.

Ainsi, en plus de ne pas donner d'orientation aux acteurs de la société, un jugement minimaliste est très facile à contourner, ce qui entraîne, inévitablement, l'émergence d'autres conflits. Si nous reprenons l'exemple de l'affaire *Myriad*, bien que le résultat d'exclure les gènes humains de la définition d'invention brevetable aurait pu, théoriquement du moins, engendrer des effets positifs sur la santé, les juges ont laissé de côté ce qui pouvait être éthiquement et politiquement « chargé » de sorte que le résultat de la décision n'a pas été « théorisé »<sup>156</sup>. Bien que cette décision judiciaire ait fourni une certaine satisfaction aux appelants, le fait qu'elle ait été si circonscrite, précise et exempte de réflexion plus profonde sur le rôle et la portée des brevets génétiques a aussi permis à la compagnie Myriad de poursuivre ses activités commerciales sans compromettre ses idéaux. D'ailleurs, moins d'un mois après que la Cour ait rendu son jugement, Myriad a intenté des poursuites contre deux compagnies pour faire valoir ses droits sur des brevets génétiques non directement visés par la portée très étroite de la décision de la Cour suprême<sup>157</sup>.

De plus, bien que les brevets engendrent des effets et des conséquences très variés selon le domaine dans lequel ils sont octroyés, l'immobilisme

---

<sup>156</sup> En adoptant une attitude de retenue face à ces enjeux et en demeurant dans une logique purement juridique, les juges produisent ainsi ce que Sunstein appelle des « *incompletely theorized agreements* » (*ibid* aux pp 1739, 1747), ou des « accords non entièrement théorisés », pour reprendre la traduction de Bernatchez, *supra* note 96 à la p 227.

<sup>157</sup> Ces poursuites visent deux compagnies qui offraient des tests diagnostiques sur la base que ceux-ci empiétaient sur les brevets de Myriad relatifs à l'ADN complémentaire (ADNc), à certaines séquences nucléotidiques d'amorces (*primers*) et à certaines méthodes d'analyse et de détection des mutations qui n'étaient pas directement visées par la portée de la décision de la Cour suprême. Voir *University of Utah Research Foundation et al v Ambry Genetics Corporation*, case No. 2:13-cv-00640-RJS, 2014 US Dist LEXIS 31345 (Utah 2014) (QL) ; *University of Utah Research Foundation et al v Gene by Gene*, case No. 2:13-cv-00643-EJF. Une décision rejetant une demande d'injonction interlocutoire dans la poursuite contre Ambry Genetics avait été rendue le 10 mars 2014 sous motif que la défenderesse avait réussi à soulever une « question substantielle » sur la brevetabilité (certaines séquences nucléotidiques utilisées comme amorces pour l'amplification des gènes à analyser et les méthodes diagnostiques les employant) et que Myriad n'avait pas établi que sa demande d'injonction était fondée. Suite au refus d'une demande d'injonction préliminaire, Myriad s'est pourvue en appel contre la décision rendue en première instance sur ce moyen provisoire. Or, en décembre 2014, la Cour d'appel du Circuit fédéral a maintenu le rejet de la demande d'injonction interlocutoire

politique doublé du minimalisme judiciaire font en sorte que les enjeux spécifiques associés à l'octroi des brevets génétiques ne sont pas abordés, étudiés et analysés pour le bénéfice de la société<sup>158</sup>. Cette contextualisation des brevets ne peut se faire par les bureaux des brevets dont le rôle est d'évaluer la conformité technique d'inventions avec les critères de brevetabilité, en

---

de Myriad. Celle-ci a prétendu en appel que l'injonction devait être accordée, car les revendications des brevets qu'elle détient au sujet des amorces et des méthodes d'analyses basées sur de l'ADNc sont valides. La Cour d'appel a toutefois réfuté cet argument en affirmant que l'ADNc, de même que les méthodes diagnostiques l'utilisant, n'était en fait qu'une simple copie de l'ADN retrouvé à l'état naturel. Comme Myriad n'a pu convaincre la Cour de la validité des revendications ciblant l'ADNc, la Cour d'appel a confirmé le refus d'émettre une injonction interlocutoire relative à l'utilisation des amorces et des méthodes diagnostiques. *University of Utah Research Foundation et al v Ambry Genetics Corporation*, 774 F (3d) 755 (CA 2014). Par ailleurs, en ce qui a trait à l'affaire *University of Utah Research Foundation et al v Gene by Gene*, les deux compagnies Myriad et Gene by Gene ont émis un communiqué le 7 février 2014 déclarant qu'elles en étaient venues à une entente mettant ainsi fin au procès les opposant. Cette entente prévoit notamment l'arrêt de la commercialisation en Amérique du Nord de tests cliniques diagnostiques qu'offraient Gene by Gene. L'entente prévoit cependant qu'elle pourra toujours commercialiser ses tests à l'extérieur du continent. Voir à cet effet Myriad, communiqué, « BRCA Patent Owners and Gene by Gene, Ltd. Resolve Patent Suit » (7 février 2014), en ligne : Myriad <<http://investor.myriad.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=824154>>. Pour plus d'informations sur le dépôt des poursuites, voir également Conley, « Undeterred », *supra* note 14 ; Kevin E Noonan, « Utah Judge Denies Myriad's Preliminary Injunction Motion », *Patent Docs* (11 mars 2014), en ligne : PD <[www.patentdocs.org/2014/03/utah-judge-denies-myriads-preliminary-injunction-motion.html](http://www.patentdocs.org/2014/03/utah-judge-denies-myriads-preliminary-injunction-motion.html)> ; John Conley, « District Court Denies Myriad's Preliminary Injunction against Ambry », *Genomics Law Report* (18 mars 2014), en ligne : GLR <[www.genomicslawreport.com/index.php/2014/03/18/district-court-denies-myriads-preliminary-injunction-against-ambry](http://www.genomicslawreport.com/index.php/2014/03/18/district-court-denies-myriads-preliminary-injunction-against-ambry)>.

<sup>158</sup> Par exemple, dans le domaine médical et génétique, en octroyant un monopole sur des gènes ou sur des technologies ou produits médicaux, on doit prendre en considération les spécificités des industries concernées (en termes d'investissement préalable, d'incertitude scientifique, de compétition, etc.) ainsi que les conséquences sociétales qui peuvent résulter de la mise en marché et du contrôle exercés sur des produits pouvant avoir un impact positif sur la santé. Pour une excellente analyse de l'impact des brevets dans divers secteurs, voir Dan L Burk et Mark A Lemley, *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, ch 5,7,11.

prenant des critères précis, techniques et scientifiques en considération<sup>159</sup>. Comme nous l'avons mentionné ci-haut, il serait peu réaliste de penser que le parlement puisse revoir et réécrire le droit des brevets en fonction des besoins, impacts et spécificités de chaque industrie. En effet, en plus d'être confrontée à des industries en constante évolution, la mise en place de changements législatifs profonds requerrait une volonté et conjoncture politiques qui semblent extrêmement difficiles, voire impossibles, à mettre en place si on se fie aux nombreux appels des tribunaux en ce sens et à l'immobilisme gouvernemental observé au cours des trente dernières années dans ces matières en Amérique du Nord. Il nous semble dès lors que les juges pourraient très bien participer à une réflexion sur l'adaptation de l'encadrement normatif selon le contexte d'application des brevets, plutôt que de continuer à chercher, par une interprétation stricte des textes de loi, l'intention du législateur à cet égard<sup>160</sup>.

Une autre faiblesse d'une approche judiciaire minimaliste est que l'objectif de préserver la neutralité des juges face aux enjeux éthiques posés par la mise en œuvre d'un système normatif éclipse le fait que ce système soit lui-même bâti sur des valeurs et une éthique qui empêchent toute neutralité. En effet, dans le cas qui nous occupe, le droit des brevets incarne une idéologie utilitariste orientée vers l'innovation et la valorisation de la propriété privée et du progrès. Or, appliquer ce droit de façon stricte et littérale est, en soi, un exercice d'une neutralité très relative<sup>161</sup>. De même, en choisissant de s'en remettre au pouvoir politique pour balancer les enjeux moraux relatifs à l'encadrement de l'exercice des droits des détenteurs de brevets, les tribunaux ne semblent pas prendre les limites politiques, économiques et institutionnelles des instances parlementaires en considération. En effet, comme nous en avons fait état plus tôt, cette médiation à laquelle les juges appellent pourra notamment être détournée par la mise en œuvre stratégique de rapports de force et d'intérêts divergents, par des impératifs et préoccupations électoralistes, par un manque de volonté politique ou de cohérence normative entre diverses instances de pouvoir<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> *Ibid* à la p 51.

<sup>160</sup> Comme ce fut notamment le cas dans l'affaire *Harvard College*, *supra* note 63 au para 167.

<sup>161</sup> Sur la neutralité judiciaire, voir Cass R Sunstein, « *Lochner's Legacy* » (1987) 87 : 5 *Colum L Rev* 873.

<sup>162</sup> Abbott, *supra* note 46 ; Bubela, Gold et Morin, *supra* note 6.

Nous sommes d'avis que les juges pourraient incarner cette autre forme de médiation en complétant le processus législatif déficient et en permettant à des intérêts, arguments et valeurs qui n'arrivent pas à s'imposer dans le processus politique d'être entendus et pris en compte<sup>163</sup>. De cette façon, ils pourraient contribuer à arrêter des choix éthiques de société lorsqu'il est question d'encourager l'innovation médicale et l'accès à celle-ci. Il serait intéressant qu'à une époque où les plus hautes instances judiciaires s'intéressent au droit des brevets<sup>164</sup>, nous puissions bénéficier de l'expertise et de la vision des érudits qui en sont au cœur pour adresser et dénouer certains conflits éthiques générés par la mise en œuvre des brevets génétiques et qui n'avaient pas été prévus à l'origine. En effet, les limites de ces droits de propriété ont beaucoup changé avec l'expansion de la science, ce qui a également étendu les intérêts visés et complexifié les rapports. L'examen de la légalité des droits de propriété sur les inventions par les tribunaux ne peut plus être statique et uniforme. L'étendue et l'importance des enjeux suscités par l'octroi de droit de propriété sur des structures biologiques, des connaissances et des produits nécessaires à la santé ne sauraient, selon nous, être captées par une interprétation stricte et littérale de dispositions normatives qui n'ont pas été adaptées et modifiées pour suivre l'évolution technoscientifique. Cette dernière demande une adaptation du droit, un encadrement qui ne peut être pensé uniquement en fonction des normes statiques existantes, mais également selon les valeurs fondatrices d'une société qui évoluent avec le temps. Même les textes de loi en apparence techniques, précis et détaillés du droit des brevets exigent une interprétation créatrice de sens<sup>165</sup>. Face aux défis politiques que peuvent poser les changements législatifs, les tribunaux devraient, selon nous, participer à l'élucidation de cette compréhension collective du rôle et de l'encadrement de la science et de l'innovation dans un contexte sociétal<sup>166</sup>, à l'image de la fonction qu'ont assumée certains juges dans le domaine des droits et libertés<sup>167</sup>. Pour ce faire, en

---

<sup>163</sup> Voir John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1980 aux pp 101-04. La thèse d'Ely repose entre autres sur l'idée que les juges devraient pouvoir intervenir dans des circonstances où certaines voix ne réussissent pas à se faire entendre par la simple application des lois en vigueur.

<sup>164</sup> Holbrook, *supra* note 106 aux pp 64, 73-74.

<sup>165</sup> Pierre-André Côté, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2009 à la p 26.

<sup>166</sup> Morse, *supra* note 89 aux pp 411, 431, 438.

<sup>167</sup> Par exemple, dans l'affaire *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 aux para 136-

s'interrogeant sur des questions relatives aux brevets génétiques, les juges pourraient recourir à une interprétation téléologique de la *LCB* en revenant à ses bases et à ses objectifs qui étaient à la fois d'encourager l'innovation mais également de favoriser la diffusion de celle-ci pour le bénéfice de la société. Ils pourraient aussi, par une approche pragmatique, s'employer à déterminer le sens plus profond des dispositions des lois sur les brevets en tenant compte notamment des conséquences de leur application sur les individus<sup>168</sup>. Sans empiéter sur le rôle du législateur, cette approche permettrait de replacer l'innovation dans un contexte sociétal plus large et d'ajuster le contrôle judiciaire des brevets aux domaines d'innovations qui demandent un encadrement adapté<sup>169</sup>. Il est de notre avis que le plus haut tribunal d'un

---

37, 142, 156 DLR (4<sup>e</sup>) 385, la Cour suprême du Canada, qui devait analyser la portée limitative d'un texte de loi, a conclu à la majorité que les tribunaux avaient la responsabilité d'évaluer si le choix du Parlement par rapport à cette loi respectait les limites prévues de la Constitution et que, dans ce contexte, une interprétation large de la loi dans le respect du rôle du législateur et des objectifs de la Charte devait prévaloir. De même, sur cette question du rôle des tribunaux en droit constitutionnel, la juge McLachlin mentionne, dans la décision *RJR-MacDonald c Canada (PG)*, [1995] 3 RCS 199 au para 136, 127 DLR (4<sup>e</sup>) 1 : « Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile ».

<sup>168</sup> Sur l'approche pragmatique, voir Côté, *supra* note 165, ch 5. Pour une réflexion très intéressante sur la place de l'éthique dans l'interprétation des lois, voir Jeanne Simard et Marc-André Morency, « L'interprétation du droit par les juristes : la place de la délibération éthique » (2011) 6 : 2 Les ateliers de l'éthique 26. Voir aussi Ruth Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada » (1999) 30 : 2 Ottawa L Rev 175 ; Mélanie Samson, « La théorie structurante du droit : plaider pour une redéfinition de l'agir juridique » (2009) 14 : 1 Lex Electronica, article n° 5.

<sup>169</sup> À ce sujet, il est intéressant de se référer à une récente affaire de la Cour d'appel d'Argentine, *Novartis AG c/ Laboratorios LKM SA s/ cese de uso de patentes*, Causa N° 11.565/07, 3 juillet 2012, où, pour justifier une interprétation large de l'exception de recherche, les juges sont allés assez loin en donnant certaines indications sur l'encadrement du comportement des détenteurs de brevets dans le domaine de la santé. Ils mentionnent, dans un *obiter dictum* dans le dernier paragraphe de la section VII de la décision, que l'exercice de ces droits ne peut avoir l'effet de priver les populations vulnérables de médicaments ou de compromettre leur droit à la santé. Pour une analyse sommaire



pays devrait pouvoir sortir d'un rôle essentiellement minimaliste et fournir une orientation plus étoffée et profonde aux autres juges, décideurs et fonctionnaires, et même aux acteurs privés impliqués dans le fonctionnement du système judiciaire<sup>170</sup>. Il est vrai que les tribunaux sont contraints de restreindre la portée de leurs décisions aux seules questions légales posées, dans un contexte donné, et qu'ils ne peuvent juger *ultra petita*, sur des prétentions qui ne leur ont pas été soumises. Par contre, il serait plus profitable pour tous que les plus hautes cours s'emploient, à l'intérieur de ce cadre, à donner aux textes normatifs le plus de profondeur possible, à juger en rendant compte des « dimensions relationnelles inévitables de l'activité judiciaire »<sup>171</sup>. Ceci pourrait être fait en permettant notamment l'apport significatif d'acteurs provenant de disciplines diverses, en tenant compte des différents ordres sociaux touchés et en envisageant des décisions à plus large portée<sup>172</sup>.

En intégrant des enjeux d'accès à la santé dans un litige relatifs aux brevets génétiques, il est possible que les juges ne saisissent pas entièrement la mesure de leur jugement sur l'innovation, l'économie, les investissements étrangers et la concurrence. Par ailleurs, en laissant les considérations d'équité en recherche et en santé de côté, les juges contribuent, selon nous, à avaliser un système axé sur une politique de l'innovation dont le fonctionnement engendre des effets négatifs directs sur la recherche et la santé des individus.

---

de cette décision en anglais, voir le billet de Maximiliano Marzetti, « Analysis: Argentine Court Clarifies What Patent Holders Can – and Cannot – Prohibit », *Intellectual Property Watch* (14 novembre 2012), en ligne : IPW <[www.ip-watch.org/2012/11/14/analysis-argentine-court-clarifies-what-patent-holders-can-and-cannot-prohibit/](http://www.ip-watch.org/2012/11/14/analysis-argentine-court-clarifies-what-patent-holders-can-and-cannot-prohibit/)>.

<sup>170</sup> À cet égard, voir Sunstein, « Problems », *supra* note 95 à la p 1911; Beaulac et Côté, *supra* note 120 à la p 172.

<sup>171</sup> Pierre Noreau, « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », (2001) 3 : 2 *Éthique publique* 17 à la p 17. C'est aussi ce que Dworkin appelle « *law as integrity* » et qui est développé dans son ouvrage *Law's Empire*, *supra* note 141 à la p 225.

<sup>172</sup> Morse réfère à cette approche comme le « *multiple balancing* », et dit qu'elle fournit le cadre nécessaire aux juges pour la compréhension de multiple points de vue émergeant d'une structure sociale complexe : voir Morse, *supra* note 89 aux pp 446-47. Sur l'internormativité, voir aussi Guy Rocher, « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, 25.

Ceci complète la deuxième partie de notre article qui, par une analyse des propos et approches des intervenants et juges au cœur de la judiciarisation d'une affaire comme *Myriad*, nous permet de prendre la mesure des limites inhérentes d'un droit économique le plus souvent analysé selon une approche minimaliste du droit. Nous avons, tout au long de cet article, présenté certaines lacunes normatives et fonctionnelles du droit des brevets qui empêchent la prise en compte d'enjeux éthiques posés par sa mise en œuvre dans le domaine de la santé. En prenant la judiciarisation de l'affaire *Myriad* comme exemple, nous avons également pu constater que les acteurs qui doivent composer avec l'interprétation judiciaire de ces normes demeurent cantonnés à un rôle plutôt technique, collé sur les dispositions d'une loi avec de fortes ramifications politiques et économiques, très loin d'une quête de justice en santé. Cet exercice de réflexion sur la façon dont le droit des brevets est pensé, construit et appliqué en Amérique du Nord nous a donné les outils pour mieux comprendre et critiquer la portée limitée de la décision *Myriad* et les nombreux obstacles à une gouvernance équilibrée des brevets en santé.

### CONCLUSION

Le droit des brevets en Amérique du Nord s'inscrit actuellement dans une « politique d'innovation »<sup>173</sup> plutôt que dans une perspective de développement plus large qui permettrait de positionner l'innovation dans son contexte social. Les brevets sont considérés par les plus hautes instances politiques et économiques comme des outils stratégiques, essentiels au positionnement compétitif d'industries prometteuses. Or, les brevets ont des effets et ramifications beaucoup plus larges. En plus de leur valeur et de leur rôle économique, ils peuvent également influencer la façon dont l'innovation s'intégrera ou non dans une société et quelle relation les individus pourront entretenir avec les inventions brevetées, s'il en est. L'exemple des brevets génétiques américains de *Myriad* est d'ailleurs très révélateur à cet égard. Les monopoles octroyés ont permis à la compagnie de configurer, lorsqu'elle l'a souhaité et dans les limites permises par la loi, le paysage social et technique de l'offre de services de tests de dépistage des cancers du sein et ovarien héréditaires<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Tel que définie par Hilgartner, *supra* note 56 à la p 201 et passim.

<sup>174</sup> *Ibid* aux pp 212-13 ; voir également Shobita Parthasarathy, *Building Genetic Medicine: Breast Cancer Technology and the Comparative Politics of Health Care*, Cambridge (Mass), MIT Press, 2007 aux pp 57 et s.

Après plus de dix ans à nous intéresser à la place de la santé en droit des brevets, force est de constater que le régime actuel n'est ni construit, ni pensé, ni appliqué pour servir une vision de la justice en santé axée sur l'équité, l'accès, les besoins et une certaine égalité d'opportunités pour les individus et les populations. Malgré les ressources humaines et monétaires régulièrement investies pour promouvoir et défendre l'importance de la santé dans des lieux et forums traditionnellement dédiés au droit de brevet, l'impact concret de ces initiatives demeure extrêmement marginal<sup>175</sup>. Le droit des brevets, dans son contenu législatif et réglementaire ainsi que dans sa forme procédurale devant le bureau des brevets et les tribunaux, cristallise la promotion du développement économique par l'innovation, l'appropriation privée de la connaissance et son accessibilité selon la capacité de payer des protagonistes. En d'autres termes, le système des brevets est une utilisation du droit pour imposer des normes dont la visée principale est économique, et cette construction normative et politique influence invariablement la couleur du débat, les orientations normatives et la judiciarisation des conflits qui en émergent. Le droit des brevets est un excellent exemple de l'instrumentalisation du droit au profit de l'individualisme représenté ici par les acteurs privés qui en bénéficient. Comme l'explique très justement Lacroix, le fait que le droit des brevets puisse fonctionner sans égard à « ce qui est exigible sur le plan éthique » lui pose, selon nous, un problème de légitimité et d'effectivité<sup>176</sup>.

Dans l'état actuel des choses, l'approche dominante qui place le développement technoscientifique au centre d'une politique d'innovation forte défendue par un groupe restreint d'acteurs ne permet pas l'élaboration de politiques cohérentes et démocratiques pour régir les interactions et croisements entre les environnements technoscientifique et social<sup>177</sup>. Il semble très difficile d'encourager l'innovation sans en restreindre l'utilisation en conflit avec les besoins en santé d'autres acteurs.<sup>178</sup> À cet égard, l'échec de la mise en œuvre de réformes sociales du droit des brevets malgré plusieurs propo-

---

<sup>175</sup> Bubela et Morin, *supra* note 66 ; Hilgartner, *supra* note 56 à la p 219.

<sup>176</sup> André Lacroix, « L'éthique et les limites du droit » (2002-2003) 33 : 1-2 RDUS 197 à la p 204.

<sup>177</sup> Le déficit canadien de cohérence institutionnelle entre innovation et santé est d'ailleurs très bien analysé dans le texte de Bubela, Gold et Morin, *supra* note 6.

<sup>178</sup> Voir Hilgartner, *supra* note 56.

sitions normatives inventives<sup>179</sup> et l'incapacité du droit à la santé à s'imposer comme vecteur normatif incontournable mettent au jour les limites du droit, tel que construit et appliqué dans un contexte politique et économique duquel il ne peut être dissocié.

Placés devant ces limites et insuffisances, en plus de repenser l'approche minimaliste des juges au cœur d'une interprétation téléologique et pragmatique du droit des brevets, une réflexion profonde sur le rôle et la finalité de l'encadrement du développement technoscientifique par le droit s'impose. En effet, le droit, au lieu de prescrire par des normes strictes et coercitives substantielles, pourrait jouer un rôle différent, essentiellement procédural, pour encadrer l'élaboration d'une politique du développement technoscientifique équilibrée, éthique et cohérente<sup>180</sup>. Ce cadre devrait créer l'espace et l'ouverture nécessaires pour permettre aux acteurs concernés de s'impliquer, de participer et de collaborer, par un processus délibératif inclusif, à la configuration du développement technoscientifique basé sur

---

<sup>179</sup> Voir par ex David E Winickoff et Richard N Winickoff, « The Charitable Trust as a Model for Genomic Biobanks » (2003) 349 : 12 *New Eng J Med* 1180 ; David E Winickoff, « Partnership in the U.K. Biobank: A Third Way for Genomic Property » (2007) 35 : 2 *JL Med & Ethics* 440 ; Hilgartner, *supra* note 56 à la p 219 ; D Theodore Rave, « Governing the Anticommons in Aggregate Litigation » (2013) 66 : 4 *Vand L Rev* 1183 ; Valerie Gutmann Koch, « PGTandMe: Social Networking-Based Genetic Testing and the Evolving Research Model » (2012) 22 : 1 *Health Matrix* 33 ; Niels J Mellius, « Trolling for Standards: How Courts and the Administrative State Can Help Deter Patent Holdup and Promote Innovation » (2012-2013) 15 : 1 *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 161.

<sup>180</sup> Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, 159 ; Jacques Lenoble et Marc Maeschalck, *L'action des normes : Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009 aux pp 24 à 42 ; Karim Benyeklef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp 627 et s ; Louise Bernier, « Dialogue et élaboration de normes dans le domaine de la propriété intellectuelle : le rôle et l'influence grandissants des citoyens et des groupes d'intérêts » dans Stéphane Bernatchez, dir, *La parole et le droit*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 83.

les priorités, orientations, buts et valeurs communs d'une société<sup>181</sup>. Dans ce contexte, le juge pourrait plus aisément prendre un rôle de « soutien des valeurs de démocratie délibérative et de développement »<sup>182</sup>.

Cette utilisation différente du droit pourrait notamment guider le développement et l'application de politiques publiques cohérentes et non contradictoires en matière de santé et d'innovation demandées par Bubela et al<sup>183</sup>. Il pourrait aussi accompagner l'établissement de mécanismes alternatifs à l'extérieur du droit des brevets comme le *Health Impact Fund* proposé par Pogge et Hollis, pour récompenser l'innovation dans des domaines négligés, en fonction des impacts réels sur la santé des populations<sup>184</sup>. Nos réflexions sur le rôle du droit dans l'élaboration d'une politique du développement technoscientifique dépassent le cadre du présent article et seront abordées dans nos prochains travaux.

---

<sup>181</sup> Williams-Jones et Burgess, *supra* note 24 aux pp 123-30 ; Hilgartner, *supra* note 56 à la p 218 ; Jasanoff, *supra* note 35 à la p 633-34.

<sup>182</sup> Simard et Morency, *supra* note 168 à la p 29.

<sup>183</sup> Bubela, Gold et Morin, *supra* note 6.

<sup>184</sup> Voir « Making New Medicines Accessible », *Health Impact Fund*, en ligne : HIF <<http://healthimpactfund.com>> ; voir également Daniele Botti, « Binding Market and Mission: Pharmaceuticals for the World's Poor » (2013) 4 : 1 Solutions, en ligne : Solutions <<http://thesolutionsjournal.com/node/2241>> ; Nora Y Ng et Jennifer Prah Ruger, « Global Health Governance at a Crossroads » (2011) 4 : 2 Global Health Governance, article n° 9.

