

00 | année 01
juin 2020

Le droit au temps du coronavirus

NUMERO SPECIAL

RED



La Revue Européenne du Droit

Direction scientifique
Alberto Alemanno

DOCTRINE
LE GRAND
CONTINENT

D

RED

La Revue Européenne du Droit

Revue éditée par le Groupe d'études géopolitiques. Le présent numéro spécial est issu d'un appel à contributions réalisé en commun avec l'*European Journal of Risk Regulation* (Cambridge University Press).

45, Rue d'Ulm, 75005 Paris
<https://legrandcontinent.eu/>
geg@ens.fr

Comité scientifique

Guy Canivet (Pdt), Emmanuel Breen, Gilles Briatta, Laurent Cohen-Tanugi, Antoine Gaudemet, Aurélien Hamelle, Noëlle Lenoir, Emmanuelle Mignon, Astrid Mignon-Colombet, Sébastien Pimont, Alain Pietrancosta, Pierre-Louis Périn, Pierre Servan-Schreiber.

Rédacteurs en chef

Hugo Pascal et Vasile Rotaru

Directeurs de publication

Gilles Gressani, Mathéo Malik

Comité de rédaction

Lorraine De Groote (Dir.), Gwennaëlle Barral, Jean Cattat, Pierre-Benoit Drancourt, David Djaïz, Sara Gwiadza, Joachim-Nicolas Herrera, Francesco Pastro, Armelle Royer, Valeriya Tsekhanska.

Pour citer un article de la Revue :

[Nom de l'auteur], [Titre],
La Revue européenne du droit,
Juin 2020.



Hugo Pascal & Vasile Rotaru • Rédacteurs en chef

La crise est le laboratoire du droit

2

La crise nie le droit. L'exigence de mesures exceptionnelles, urgentes et inédites en effacent le présupposé et le pari anthropologique fondamental, la prévisibilité des comportements et la régularité des situations. Sa rigidité, indispensable pour en faire un repère en d'autres circonstances, devient alors un obstacle ; ses tergiversations, ses temps de réflexion et d'analyse, autant d'actions manquées. Bref, aux faits nouveaux un droit nouveau.

Sa première réaction est donc de s'effacer ; l'essentiel est d'éviter que n'en découlent aveuglement des conséquences indésirables. Ses formalités sont allégées : tel est le cas du droit des sociétés ou du droit des entreprises en difficulté, pour éviter que les insuffisances de trésorerie aboutissent sur des liquidations inopportunes en chaîne. Ses contraintes sont relâchées : tel le régime des aides d'État, pour libérer l'action de l'État providence, qui retrouve subitement toute sa grandeur. Tout le cadre ne peut pourtant pas être ignoré : en témoignent les réponses disparates des États membres et l'impuissance institutionnelle européenne, tout sauf implacable. Ses bornes traditionnelles commencent à céder : la crise n'est pas le temps des libertés, dit-on, seul « l'homme probable » est parfaitement gérable.

Le tout sans en ignorer l'usage lorsqu'il s'avère utile, pour protéger les lanceurs d'alerte ou pour arguer de l'occurrence d'une force majeure justifiant la non-exécution des obligations contractuelles. Il en va de même lorsque l'on cherche à obliger Amazon à uniquement livrer des produits essentiels, à condamner Axa à indemniser les pertes d'exploitation de restaurateurs parisiens pendant la période de confinement ou encore, pourquoi pas, à chercher la responsabilité de l'État pour une gestion fautive de l'épidémie.

Le droit n'est pas à l'arrêt. Le temps de crise n'étant que temporaire, les mesures exceptionnelles doivent s'insérer dans une toile cohérente : comment les interpréter et en gérer les conséquences dans un monde plus complexe que celui conçu par les rédacteurs des textes écrits en toute urgence ? Les juristes sont monolingues, leurs concepts et termes, construits soigneusement à travers le temps, subissent difficilement les perturbations exceptionnelles : nier le droit n'est pas nier ses locuteurs.

Vient enfin la question d'un après-Covid. La nouvelle réalité sociale et économique entraînera, sans doute, des changements plus ou moins profonds des équilibres institutionnels. Nous commençons à en percevoir les contours. Faudra-t-il renforcer l'autorité de l'Union européenne en matière de santé, afin d'apporter une réponse coordonnée et solidaire à toute crise future ? Est-on en train de connaître les prémisses d'un véritable changement de paradigme du système de commerce international, un basculement vers le nationalisme et l'isolationnisme économique ? Comment traiter les dettes souveraines, dont le remboursement n'est plus envisageable ? De manière encore plus profonde, comment le droit du travail s'adaptera-t-il aux changements provoqués par cette crise sans précédent ?

La crise veut nier le droit, mais elle ne nie pas la réflexion qui lui est propre. Bien au contraire, la science normale étant remise en question, ses forces innovantes y trouvent un véritable laboratoire ; leur mobilisation n'est jamais aussi urgente. C'est l'objectif du présent dossier spécial que d'offrir à nos lecteurs un aperçu de cet effort de compréhension et construction d'un droit adapté aux temps. Nous remercions nos auteurs de nous en avoir offert l'occasion.

- 2 **La crise est le laboratoire du droit**
Hugo Pascal, Vasile Rotaru
- DOSSIER SPECIAL**
- LE DROIT AU TEMPS DU CORONAVIRUS**
- 4 **Apprivoiser le coronavirus par le droit**
Alberto Alemanno
- 9 **La vérité tenue à distance ? L'alerte comme remède à la censure lors de la pandémie**
Vigjilenca Abazi
- 13 **La réponse européenne au Covid-19 : de l'émulation à la coordination règlementaire ?**
Alberto Alemanno
- 18 **Adaptations et distortions : le travail dans l'entreprise à l'ère du coronavirus**
Emmanuelle Barbara
- 21 **La responsabilité des États dans la gestion de l'épidémie de Covid-19 : droit international et droit néerlandais**
Lucas Bergkamp
- 25 **Covid-19 et brevets : la tension permanente entre droit de propriété et protection de la santé publique**
Enrico Bonadio, Andrea Baldini
- 28 **Une approche critique du Règlement sanitaire mondial de 2005 de l'OMS en temps de pandémie : une révision impérative !**
Morten Broberg
- 32 **Covid-19 et commerce international : turbulences temporaires ou changement de paradigme ?**
Lukasz Gruszczynski
- 36 **Le Covid-19 : une occasion de repenser la Constitution économique et le droit privé européens**
Hans W. Micklitz
- 40 **De la division à la coordination : une approche européenne du Covid-19**
Alessio M. Paccès et Maria Weimer
- 48 **Vers une gouvernance européenne renforcée face aux menaces sanitaires après le Covid-19**
Andrea Renda, Rosa Castro
- 55 **La réponse du Royaume-Uni au Covid-19 : un paradoxe comportemental ?**
Anne-Lise Sibony
- 60 **Les droits humains à l'épreuve du Covid-19**
Alessandra Spadaro
- 66 **Les conséquences du Covid-19 sur les contrats internationaux : un diagnostic préliminaire**
Marco Torsello, Matteo M. Winkler
- 70 **Covid-19 : Que faire des dettes souveraines ?**
Hubert de Vauplane



Alberto Alemanno • Professeur titulaire de la Chaire Jean Monnet en droit européen à HEC Paris, Professeur invité au Collège d'Europe, Bruges

Apprivoiser le coronavirus par le droit

4

L'épidémie du Covid-19 n'est pas la première ni la dernière d'une série de catastrophes récentes – qu'il s'agisse de catastrophes naturelles, d'attaques terroristes ou encore de pandémies – qui ont pris par surprise les gouvernements, les entreprises et les citoyens¹. Pourtant, en raison de son impact presque sans précédent sur les systèmes hautement interconnectés mais néanmoins vulnérables qui définissent le monde moderne, cette pandémie a mis à l'épreuve notre capacité à gérer le risque plus que toute autre crise auparavant.

La dernière fois que le monde a réagi à une épidémie mondiale de l'ampleur du coronavirus sans avoir accès à des vaccins, il s'agissait de la pandémie de grippe H1N1 de 1918-1919². D'une façon surprenante, les mesures mobilisées pour faire face au Covid-19 – les soi-disant « interventions non pharmaceutiques »³ – sont essentiellement les mêmes que celles déployées il y a un siècle, et ce malgré d'importantes différences sociales, technologiques et de gouvernance entre 1918 et aujourd'hui⁴.

Aucune autre urgence n'a conduit à la paralysie de l'économie mondiale⁵ en dévoilant brutalement le hiatus entre

1. Le coronavirus (Covid-19) est causée par le SRAS-CoV-2 et représente l'agent causal d'une maladie potentiellement mortelle qui est une grande préoccupation de santé publique mondiale. V., par ex., H. A. Rothan et S. N. Byrareddy, "The Epidemiology and Pathogenesis of Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak", 109 *Journal of Autoimmunity* 102433, 2020. De nouveaux coronavirus semblent apparaître périodiquement chez l'homme, principalement en raison de la forte prévalence et de la large distribution des coronavirus, de la grande diversité génétique et de la recombinaison fréquente de leurs génomes et de l'augmentation des activités de l'interface homme-animal.
2. S. Morse, "Pandemic Influenza: Studying the Lessons of History", 104 *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 7313, 2007.
3. S. Morse, R. L. Garwin et P.J. Olsiewski, "Next Flu Pandemic: What to Do Until the Vaccine Arrives?", 314 *Science* 929, 2006.
4. V., eg, J.M. Barry, *The Great Influenza: The Story of the Deadliest Pandemic in History*, Penguin, 2006 ; A.W. Crosby, *America's Forgotten Pandemic: The Influenza of 1918*, Cambridge University Press, 1989.
5. V., eg, FMI, "World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown". V.

l'interdépendance économique mondiale et la gouvernance de l'État-nation. Aucune autre réponse à une catastrophe n'a conduit à l'enfermement de plus de la moitié de la population mondiale. Aucune autre réponse en matière de gestion des risques n'a soulevé autant de questions juridiques⁶, éthiques⁷, morales⁸ et politiques inédites. Aucune autre pandémie n'a été couverte en continu et en temps réel par un cycle continu de nouvelles, rapportant souvent des informations contradictoires simultanément, et amplifiées davantage par les utilisateurs des réseaux sociaux⁹. Aucune autre crise n'a soudainement remodelé notre idée individuelle et collective du risque. En fin de compte, aucun autre événement n'est susceptible de perturber autant nos systèmes économiques, juridiques, démocratiques, sociaux et culturels, ainsi que les relations entre eux.

Tout ce qui précède rend le Covid-19 qualitativement différent de l'une des six épidémies précédemment identifiées par l'Organisation mondiale de la santé comme des pandémies (« urgence de santé publique de portée internationale », ci-après USPPI) : grippe, polio, Ebola¹⁰, Zika, syndrome respiratoire du Moyen-Orient (MERS)¹¹ et syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS)¹².

Le Covid-19 représente non seulement l'une des plus grandes catastrophes naturelles et économiques de l'histoire de l'humanité, mais aussi un test grandeur nature sur les réponses des gouvernements aux situations d'urgence. Il s'agit d'un banc d'essai pour pratiquement toutes les disciplines – qu'il s'agisse des sciences naturelles, des sciences sociales ou des sciences humaines¹³. Cela est d'autant plus vrai pour la recherche sur les risques et les théories de la régulation dans un monde de plus en plus façonné par des risques transfrontaliers, incertains, fabriqués et naturels. En définitive, comme l'a fait observer Ulrich Beck, « Les risques ne peuvent être compris en dehors de leur matérialisation dans une médiation particulière, qu'elle soit scientifique, politique, économique ou populaire »¹⁴.

aussi, eg, A. Milne, "A Critical COVID-19 Economic Policy Tool: Retrospective Insurance", 21 mars 2020 ; A. Tooze, "The Shock of Coronavirus Could Split Europe – Unless Nations Share the Burden", *The Guardian*, 25 mars 2020.

6. Pour une première évaluation des questions juridiques les plus urgentes que la pandémie a soulevées, d'un point de vue américain, v., par ex., K. Pistor, "Law in the Time of COVID-19", 2020.
7. V., par ex., le groupe de travail de l'OMS sur l'éthique et le Covid-19 chargé d'élaborer des conseils sur les principales questions éthiques que les États membres doivent aborder.
8. J. Auters, "How Coronavirus Is Shaking Up the Moral Universe", *Bloomberg*, 29 mars 2020.
9. S. Ratzan, L. Gostin, N. Meshkati, K. Rabin et R. Parker, "COVID-19: An Urgent Call for Coordinated, Trusted Sources to Tell Everyone What They Need to Know and Do". NAM Perspectives. Commentary, *National Academy of Medicine*, Washington DC, 2020.
10. En Afrique de l'Ouest et en République démocratique du Congo.
11. Le MERS, qui est apparu dans la péninsule saoudienne après la révision du Règlement sanitaire international, n'a jamais été officiellement désigné comme une USPPI, malgré sa diffusion internationale.
12. Le SRAS n'a pas été désigné comme un USPPI, car il est apparu avant la révision du Règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).
13. J. Kagan, *The Three Cultures: Natural Sciences, Social Sciences and the Humanities in the 21st Century*, Cambridge University Press, 2009.
14. U. Beck, *La société mondiale du risque*, Cambridge Polity Press, 1999.

Comment une « société mondiale du risque » mature et consciente de ses propres limites¹⁵ a-t-elle été prise par surprise par un événement essentiellement prévisible comme un nouveau coronavirus (nCoV) ?¹⁶ Si le virus se propage à l'échelle transnationale, pourquoi les États-nations ont-ils alors privilégié des solutions nationales au lieu d'explorer une réponse multilatérale commune ? Pourquoi les pays – qui au départ n'étaient pas disposés à coopérer et ont adopté des approches différentes, parfois concurrentes, face à l'épidémie¹⁷ – ont-ils finalement convergé vers une politique semblable, quoique non coordonnée, de suppression des risques se traduisant par une « distanciation sociale » généralisée et discriminatoire ? Quels ont été les coûts non seulement économiques mais aussi sociaux qu'a entraîné cette approche, certes non coordonnée, mais essentiellement la même partout ? Quels sont les autres grands « arbitrages risque contre risque »¹⁸, parfois atroces, que comporte une telle approche commune (par exemple, tout confinement à la maison se traduit par une violence domestique accrue ; toute fermeture d'une école implique un risque accru d'exposition au virus par les grands-parents) ? Pourquoi le public n'a-t-il pas été informé des choix cornéliens auxquels sont confrontés les décideurs, ni des critères utilisés pour parvenir à leurs conclusions ?¹⁹ Quelle responsabilité les États ont-ils pu encourir en raison d'une négligence ou d'une omission dans

leur réponse au Covid-19 ?²⁰

Pourquoi les données n'ont-elles pas joué un rôle plus important dans la prévision et la lutte contre la propagation de la maladie ?²¹ Pourquoi les outils numériques existants n'ont-ils pas été rapidement transformés en instruments de surveillance des épidémies – sans s'immiscer dans la vie des gens ?²² Comment expliquer le degré élevé d'acceptation par le public de mesures coercitives ayant restreint les libertés d'une manière sans précédent, telles que les mesures de confinement, qui ont été essentiellement imposées au public ? Pourquoi les mécanismes existants de préparation et de réaction aux situations d'urgence au niveau mondial²³, régional et national se sont-ils avérés, une fois de plus, si inutiles, laissant les États tous seuls aux commandes²⁴ ? Pourquoi l'Union européenne, l'un des principaux épices de la pandémie, et ses membres se sont-ils révélés incapables de coordonner leurs actions respectives tout en freinant la propagation du virus²⁵ ? Et si la « gouvernance d'urgence » se cristallisait au sein des gouvernements et devenait le moyen privilégié de commercer dans le monde de l'après Covid-19 ?²⁶

15. Les sociologues nous disent depuis un certain temps que nous vivons dans une « société du risque », dans laquelle la société est de plus en plus occupée par la gestion des risques qu'elle a elle-même créés. v. A. Giddens, *The Consequence of Modernity*, Cambridge University Press, 1990 ; U. Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, trad. de l'allemand par L. Bernardi. Paris, Aubier, 2001, p. 521 ; A. Giddens, "Risk and Responsibility", 62 *Modern Law Review* 1, 1999.
16. Diverses sources ont prédit au fil des ans une pandémie présentant les caractéristiques du Covid-19. La plupart des virologistes s'attendaient à ce qu'« au moins une pandémie soit inévitable au cours de ce siècle » ; v. Morse, *supra*, note 2. Plus récemment, un rapport publié en 2019 par le Conseil mondial de surveillance de la préparation à la pandémie, sous les auspices de l'OMS, a présenté des arguments convaincants en faveur de la préparation : « Le monde est exposé à un risque aigu d'épidémies ou de pandémies régionales ou mondiales dévastatrices qui non seulement causent des pertes en vies humaines, mais bouleversent les économies et créent un chaos social » ; v. « Un monde en danger : rapport annuel sur la préparation mondiale aux urgences sanitaires », septembre 2019. L'OMS a publié son premier bulletin d'information sur les flambées épidémiques du nouveau virus le 5 janvier 2020. Il contient une évaluation des risques et des conseils, et rend compte de ce que la Chine a dit à l'OMS sur le statut des patients et la réponse de santé publique sur le groupe de cas de pneumonie à Wuhan. Le CEPCM a présenté un rapport le 25 janvier 2020 : « À la lumière des informations actuellement disponibles, le CEPCM considère que l'impact potentiel des épidémies de nCoV de 2019 est élevé et qu'une nouvelle propagation mondiale est probable ». Le 31 janvier 2020, le ministre américain de la santé et des services sociaux a déclaré que le virus du SRAS-CoV-2 constituait une urgence de santé publique aux États-Unis, mais en septembre 2019, le Conseil des conseillers économiques américains a mis en garde l'administration Trump contre la probabilité d'une pandémie de grippe de l'ampleur de celle d'il y a 100 ans : <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2019/09/Mitigating-the-Impact-of-Pandemic-Influenza-through-Vaccine-Innovation.pdf>.
17. Pour un compte-rendu détaillé dans ce numéro spécial, v. A. Sibony, « La réponse britannique au Covid-19 : une ironie comportementale ? », *Revue européenne du droit*, juin 2020 ; Sur l'approche suédoise et ses principales implications sanitaires et juridiques, v. E. Herlin-Karnell, "Corona and the Absence of a Real Constitutional Debate in Sweden", *VerfBlog*, 10 avril 2020 et « Why Swedes Are Not Yet Locked Down ? », *The Economist*, 4 avril 2020.
18. L'expression "risk versus risk trade-offs" v., J. Graham et J. Wiener, *Risk vs. Risk: Tradeoffs in Protecting Health and the Environment*, Harvard University Press, 1995.
19. v., S Chakraborty, "How Risk Perceptions, Not Evidence, Have Driven Harmful Policies on COVID-19", *European Journal of Risk Regulation*, 2020.

20. v. L. Bergkamp, « La responsabilité de l'État pour défaut de contrôle de l'épidémie de Covid-19 : droit international et droit néerlandais », *Revue européenne du droit*, juin 2020.
21. Sur l'institutionnalisation naissante de l'utilisation des données dans les politiques de santé publique et ses dangers, v. A. Spina et C. Cattuto, "The Institutionalisation of Digital Public Health : Lessons Learned from the COVID-19 App", *European Journal of Risk Regulation*, 2020.
22. Pour un aperçu de la manière dont les données des téléphones portables peuvent guider le gouvernement et les autorités de santé publique dans la détermination du meilleur plan d'action pour contrôler la pandémie de Covid-19 et dans l'évaluation de l'efficacité des mesures de contrôle telles que l'éloignement physique, v. N. Oliver et al, "Mobile Phone Data and COVID-19 : Missing an Opportunity ?"
23. Il y a quinze ans, l'OMS a entrepris une révision majeure du RSI - le cadre mondial de réponse aux épidémies désigné sous le nom de PHEIC - en essayant de corriger les lacunes perçues dans la réponse mondiale lors de l'épidémie de SRAS en 2003. v. OMS, « Cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé ». Révision du règlement sanitaire international », WHA 58.3, mai 2005. La révision a élargi son champ d'application, les obligations des États parties et les pouvoirs de l'OMS pour répondre aux urgences de santé publique. v., par ex., K. Wilson, J. S. Brownstein et D. P. Fidler, "Strengthening the International Health Regulations" : Strengthening the International Health Regulations : Lessons from the H1N1 Pandemic", 25 *Health Policy and Planning* 505, 2010. v. eg. dans ce numéro spécial, M. Broberg, « Une approche critique du RSI en temps de pandémie : une révision impérieuse », *Revue européenne du droit*, juin 2020.
24. En ce qui concerne la question de savoir si une prise de décision nationale ou une approche supranationale est plus efficace ou appropriée dans le contexte de Covid-19, v. M Dobbs, "National Governance of Public Health Responses in a Pandemic ? ", *European Journal of Risk Regulation*, 2020,
25. Pour une reconstruction et une première évaluation de la réponse européenne au Covid-19, v. A. Alemanno, « La réponse européenne au Covid-19 : De l'émulation à la coordination réglementaire », *Revue européenne du droit*, juin 2020 ; A. Renda et R. Castro, « Vers une gouvernance européenne plus forte des menaces sanitaires après la pandémie COVID-19 », *Revue européenne du droit*, juin 2020 ; K.P. Purnhagen, A. de Ruijter, M.L. Flear, T.K. Hervey et A. Herwig, "More Competences than You Knew ? The Web of Health Competence for Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak", *European Journal of Risk Regulation*, 2020 ; A.M. Paccès et M. Weimer, « De la diversité à la coordination : une approche européenne du Covid-19 », *Revue européenne du droit*, juin 2020. Pour un aspect spécifique de la réponse de l'UE concernant les équipements de protection individuelle, v. L.A. Jiménez et M. Eliantonio, « Mask, Gloves, Exports Licences and Composite Procedures: Implementing Regulation 2020/402 and the Limelight of Accountability », *European Journal of Risk Regulation*, 2020.
26. v., dans ce numéro spécial, A. Spadaro, « COVID-19 : tester les limites des droits humains », *Revue européenne du droit*, juin 2020 ; v. aussi, plus largement, R.L. Tsai, "Manufactured Emergencies", 129 *The Yale Law Journal* 590, 2020.

S'il est évidemment trop tôt pour tirer des conclusions définitives, les contributions rassemblées dans ce numéro spécial tentent d'apporter de premières réponses à ces questions si complexes. Pour ce faire, elles décortiquent l'action imparfaite d'institutions nationales, régionales et internationales qui se sont montrées non préparées à une épidémie de cette ampleur, opérant dans un monde désormais géopolitiquement bouleversé.

Plusieurs raisons permettent d'expliquer comment nous sommes parvenus à répondre au niveau mondial à un risque essentiellement prévisible²⁷ comme cette pandémie. On peut y mentionner une incertitude scientifique exceptionnellement difficile à saisir²⁸ – qu'on pourrait qualifier de type knightienne²⁹ – pour ce qui est du virus (SRAS-CoV-2)³⁰ en lui-même et de la maladie qu'il provoque³¹ ; une évaluation insuffisante de l'efficacité des interventions non pharmaceutiques choisies³² ; une capacité de tests diagnostiques inadéquate, ce qui a limité notre compréhension de la reproduction de la maladie, ce qui à son tour affecte le choix des réponses au risque³³ ; la difficulté qui s'ensuit pour identifier et évaluer les principaux arbitrages caractérisant toute intervention sur le risque ; l'absence d'une capacité de réponse efficace à une telle situation d'émergence à une échelle mondiale dans un monde hautement interdépendant mais géopolitiquement instable³⁴ ; l'impréparation généralisée de nos systèmes de santé respectifs, en particulier leur incapacité à faire face à une augmentation subite de la demande³⁵ ; l'incapacité à mobiliser la richesse des données collectées pour lutter à l'encontre du virus en raison de l'absence d'une culture de partage des données ainsi que d'infrastructures public-privé³⁶ ; et finalement le

manque de communication à l'intention du public – et d'engagement avec lui – à une époque caractérisée par une désinformation croissante³⁷.

Le scénario du Covid-19 contient tous les ingrédients d'un cas d'école de régulation des risques par le droit, où les régulateurs tentent d'encadrer la prise de décision en mobilisant divers corpus de connaissances qui guident leur action³⁸. On peut y identifier l'effort de transformer les incertitudes en probabilités par le biais de méthodologies d'évaluation scientifique³⁹, l'interaction difficile entre la science et la politique, ainsi qu'entre la démocratie et les politiques publiques fondées sur des preuves, lorsqu'il s'agit de répondre aux risques par la gestion des risques⁴⁰, l'orientation déficiente et généralement contradictoire de la pensée de précaution et de l'analyse coût-bénéfice⁴¹ ; la nécessité de tenir compte de la perception du risque par les citoyens et de leurs réactions⁴², en particulier lorsqu'ils communiquent à ce sujet⁴³ ; et, enfin, la coexistence inéluctable des risques sociétaux (c'est-à-dire la menace que le virus représente pour la santé) et des risques institutionnels (c'est-à-dire le risque d'échec des politiques par rapport au risque).

En d'autres termes, bien qu'il s'agisse d'une pandémie qualitativement différente de celles du siècle dernier, il y a peu de nouveautés dans le Covid-19, du moins du point de vue de l'effort consistant à apprivoiser le risque par le droit. Ces questions et scénarios font partie de la tentative de tout gouvernement d'encadrer la prise de décision afin de répondre au risque par le biais d'agences, de comités d'experts et de mécanismes de réponse rapide d'urgence. Les défis soulevés par le Covid-19 peuvent donc être considérés comme le « pain quotidien » de notre discipline.

On peut donc raisonnablement s'attendre à ce que le droit de la régulation des risques apporte des réponses qui permettent de prendre en compte l'exigence de sauver non seulement des vies, mais aussi de prendre en compte les moyens de subsistance, et ce également dans les situations d'urgence.

27. J. Platjes, J. Harvey et L. Rayman-Bacchus, "COVID-19 – Reflections on the Surprise of Both an Expected and Unexpected Event", 4 *The Central European Review of Economics and Management* 149, 2020.
28. Dans les travaux fondateurs de Frank Knight, l'incertitude doit être distinguée du risque dans la mesure où - contrairement à ce dernier - elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'une formule quantitative. v. F. Knight, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Shaffner et Marx, 1921.
29. Pour un aperçu des « lacunes dans les connaissances » de Covid-19, voir M.M. Hossain, "Current Status of Global Research on Novel Coronavirus Disease (COVID-19) : A Bibliometric Analysis and Knowledge Mapping", 2 avril 2020.
30. Le Covid-19 est le virus respiratoire le plus grave depuis la pandémie de grippe H1N1 de 1918. v. N.M. Ferguson et al, "Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand", *Imperial College London*, 16 mars 2020.
31. A. Wilder-Smith, C.J. Chiew et V.J. Lee, "Can We Contain the COVID-19 Outbreak with the Same Measures as for SARS?", *The Lancet Infectious Diseases*, 2020.
32. Pour une tentative d'examen systématique de la base de preuves de l'efficacité de multiples mesures d'atténuation, v. M.W. Fong, "Nonpharmaceutical Measures for Pandemic Influenza in Nonhealthcare Settings", *Emerging Infectious Diseases*, 2020.
33. v. M. Morvillo, "I Just Can't Get Enough (of Experts): The Numbers of COVID-19 and the Need for a European Approach to Testing", *European Journal of Risk Regulation*, 2020.
34. L. Broberg, *supra*, note 23. v. aussi, eg, G.L. Burci, "The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?", *EJIL Talk*, 27 février 2020.
35. Pour une brève analyse de l'impact du Covid-19 sur les ressources de santé au Royaume-Uni, v. S. Germain, "Will COVID-19 Mark the End of an Egalitarian National Health Service", *European Journal of Risk Regulation*, 2020.
36. Spina and Cattuto, *supra*, note 21 ; v. ég. E. Barbara, « Adaptations et distorsions : le travail dans l'entreprise à l'heure du coronavirus », *Revue européenne du droit*, juin 2020..

37. J.Y. Cuan-Baltazar, M.J. Muñoz-Perez, C. Robledo-Vega, M.F. Pérez-Zepeda and E. Soto-Vega, "Misinformation of COVID-19 on the Internet: Infodemiology Study", 6(2) *JMIR Public Health and Surveillance* e18444, 2020.
38. J. Black, "The Role of Risk in Regulatory Processes", in *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, pp 302-48.
39. M. Douglas, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, Routledge, 1985.
40. S. Jasanoff, *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, 1990.
41. v., eg, J.B. Wiener, "Precaution in a Multi-Risk World" in *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, Wiley-Blackwell, 2002, pp 1509-31; C.R. Sunstein, "Cost-Benefit Analysis and the Environment", 115(2) *Ethics* 351, 2005 ; v. également H. de Vauplane, « Que faire des dettes souveraines ? », *Revue européenne du droit*, juin 2020.
42. v., eg, P. Slovic, B. Fischhoff and S. Lichtenstein, "Regulation of Risk: A Psychological Perspective" in R. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985, pp 241-78; P. Slovic, "Perception of risk", 236(4799) *Science* 280, 1987.
43. v. eg, M.G. Morgan, B. Fischhoff, A. Bostrom and C.J. Atman, *Risk Communication: A Mental Models Approach*, Cambridge University Press, 2002 ; D.C. Glik, "Risk Communication for Public Health Emergencies", 28(1) *Annual Review of Public Health* 33, 2007.

Cependant, lorsqu'on la mesure par rapport à un tel objectif, la réponse globale qui a dominé peut sembler sous-optimale. Si la politique de distanciation sociale généralisée et appliquée de manière indiscriminée a pu produire des avantages nets lors de sa mise en œuvre initiale⁴⁴, contribuant à ralentir la propagation du virus tout en sauvant des dizaines de milliers de vies⁴⁵, elle a montré ses limites au fil du temps, car les mesures restrictives ont entraîné des coûts sociaux et effets distributifs importants⁴⁶. En outre, la déclaration, dans le monde entier, d'un état d'urgence en réponse à la propagation du Covid-19 a entraîné des abus de pouvoir⁴⁷. Alors que le Covid-19 se répandait, de nombreux populistes nationalistes de premier plan – de Duterte à Bolsonaro, en passant par Trump et Johnson – ont commencé par dissiper les craintes. Ils ont fait appel à leur instinct et au bon sens plutôt qu'à la science et aux faits, mais finalement – à mesure que l'épidémie s'accélérait – ils ont été partiellement contraints de reconnaître la gravité de la situation et d'agir⁴⁸. Leur attitude leur a coûté une perte de popularité⁴⁹.

La réponse fondée exclusivement sur des solutions non coordonnées et souvent politisées, qui prennent pour cadre l'État-nation, appelle à un moment de réflexion.

Dans quelle mesure le droit s'est-il révélé inadéquat, incapable et même inapte à régir les défis soulevés par le Covid-19 ? Est-ce la faute des décideurs, dans la mesure où leur réponse n'aurait pas suivi le cadre d'analyse bien établi des risques et n'aurait pas exploité tout le potentiel des données existantes ? Ou bien, l'ampleur de l'urgence

qui a caractérisé cette épidémie suffit-elle en définitive à expliquer un résultat aussi insatisfaisant ?⁵⁰

Quoi qu'il en soit, cette pandémie a mis à rude épreuve la capacité du droit – comme discipline et comme pratique de gouvernement – d'appivoiser un risque d'une telle nature. On attend du droit non seulement qu'il apporte des réponses immédiates et efficaces, mais aussi qu'il soit capable de co-créer ces réponses – par le biais de mécanismes participatifs – lorsqu'on a affaire à une menace pour la santé publique dont la trajectoire est inconnue, et ce y compris en situation d'urgence.

Conclusions

Comme le montre clairement ce numéro spécial de la *Revue européenne du droit*, une réflexion profonde se déploie depuis longtemps autour des portnalités du droit à appivoiser les risques, y compris les catastrophes engendrées par les maladies pandémiques⁵¹.

Le droit, et notamment sa branche consacrée à la régulation des risques, est particulièrement bien placé pour jouer un rôle de premier plan dans l'amélioration de la capacité des gouvernements à maîtriser les catastrophes. En mobilisant un riche corpus de connaissances et en combinant leurs perspectives, il permet de mieux éclairer notre compréhension des scénarios de risque et – une fois ceux-ci révélés – de guider les décideurs lorsqu'ils doivent faire face, entre autres, à des arbitrages complexes en les communiquant au public.

Cependant, le Covid-19 ne fait que confirmer ce que nous avons appris, par des expériences antérieures, que même les défis prévisibles peuvent être intrinsèquement difficiles à préparer⁵², le Covid-19 ne fait que le confirmer.

Une fois de plus, la gestion de cette pandémie a brutalement révélé le fossé entre la sophistication du droit dans sa capacité à appivoiser les risques, notamment en raison de sa fluidité épistémique⁵³, et l'improvisation d'un

44. Pour une étude américaine montrant que les avantages d'une stricte distanciation sociale en termes de vies sauvées dépassent largement les coûts économiques, v. M. Greenstone et V. Nigam, "Does Social Distancing Matter?", *Université de Chicago*, Institut Becker Friedman pour l'économie, 30 mars 2020. v. eg C. Sunstein, "Coronavirus : Lockdowns Look Smart under Cost-Benefit", *Bloomberg*, 26 mars 2020. En Europe, aucune analyse coûts-avantages n'était disponible au moment de la rédaction du présent rapport, ni au niveau national ni au niveau européen. Pour la modélisation épidémiologique, v. N.M. Ferguson et al, *supra*, note 30.

45. v., eg, H. Tian et al, "The Impact of Transmission Control Measures during the First 50 Days of the COVID-19 Epidemic in China", *medRxiv preprint*, 2020 ; M. Chinazzi et al, "The Effect of Travel Restrictions on the Spread of the 2019 Novel Coronavirus (COVID-19) Outbreak", *Science*, 2020 ; v. aussi V. Alfano and S. Ercolano, "Shut It Down: A Cross Country Panel Analysis on the Efficacy of Lockdown Measures", *medRxiv preprint*, 2020.

46. v., eg, A. Glover, J. Heathcote, D. Krueger and J. Rios-Rull, "Health versus Wealth: On the Distributional Effects of Controlling a Pandemic", Centre for Economic Policy Research, 2020 ; M. Andersen, "Early Evidence on Social Distancing in Response to COVID-19 in the United States", 6 avril 2020 ; pour une critique anthropologique de la distanciation sociale, v. N.J. Long, "From Social Distancing to Social Containment: Reimagining Sociality for the Coronavirus Pandemic", *Medicine Anthropology Theory*, 2020 ; pour une première évaluation des coûts démocratiques du Covid-19, v. F Bieber, "Authoritarianism in the Time of the Coronavirus", *Foreign Policy*, 30 mars 2020 ; for an initial assessment of the impact on inequalities, v. F. Ahmed, N. Ahmed, C. Pissarides and J. Stiglitz, "Why Inequality Could Spread COVID-19", *The Lancet*, 2020

47. J. Grogan, "COVID 19 and States of Emergency: Introduction & List of Country Reports", *Verfassungsblog*, avril 2020 .

48. Pour un compte rendu réfléchi sur la manière dont les dirigeants populistes rejettent intrinsèquement le cadre analytique offert par la réglementation des risques et ses solutions technocratiques, v. J. Cliff, "How Populist Leaders Exploit Pandemics", *New Statesman*, 18 mars 2020.

49. Chinazzi et al, *supra*, note 46.

50. Pour une première tentative de théorisation du concept de régulation des risques d'urgence et d'identification de ses particularités, v. A. Alemanno (ed.), *Governing Disasters: The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Edward Elgar, 2011, en s'appuyant sur certaines contributions préexistantes provenant de diverses disciplines, telles que les sciences politiques (v., eg, C. Ansell, A. Bojn and A. Keller, "Managing Transboundary Crises: Identifying the Building Blocks of an Effective Response System", 18(4) *Journal of Contingencies and Crisis Management* 195, 2010, le droit (v., eg, R. Posner, *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, 2004 ; C.R. Sunstein, *Worst-Case Scenarios*, Harvard University Press, 2007 ; D.A. Farber and M. Fauré, *Disaster Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010, management (v., eg, L.T. Drennan and A. McConnell, *Risk and Crisis Management in the Public Sector*, Routledge, 2007 ; P. Lagacé, *States of Emergency: Technological Failures and Social Destabilization*, Butterworth-Heinemann, 1990); et sociologie (v., eg, B. Hutter, *Anticipating Risks and Organising Risk Regulation*, Cambridge University Press, 2010).

51. Pour une collection qui fait autorité et qui se concentre essentiellement sur les catastrophes naturelles par opposition aux catastrophes "à évolution lente", telles que les épidémies, le terrorisme et le changement climatique, v., par ex., Farber et Fauré, *supra*.

52. v., eg, D.A. Rose, S. Murthy, J. Brooks and J. Bryant, "Evolution of Public Health Emergency Management as a Field of Practice", 107(S2) *American Journal of Public Health* S126, 2017.

53. Par fluidité épistémique, j'entends la capacité à reconnaître différents types de connaissances et à travailler de manière flexible avec différents modes de

processus politique intrinsèquement indiscipliné mais pour autant chargé de gouverner, même dans les situations d'urgence.

Pour combler ce fossé, nous devons repenser non seulement la manière dont le droit est appliqué et les principes qui l'animent, mais aussi leur suivi et leur application par les décideurs. Si ces derniers ne sont pas tenus de rendre compte au public de leur usage de ces principes bien établis en matière de risque, la prise de décision sera laissée à l'improvisation et produira inévitablement des résultats non-scientifiques et, partant, sous-optimaux⁵⁴.

Faute de quoi, le Covid-19 restera dans l'histoire comme une autre catastrophe majeure qui n'a laissé aucun enseignement. La simple mise en place d'un énième organisme ou mécanisme d'urgence ne suffira pas pour tirer pleinement parti de ce que le Covid-19 nous a révélé.

Alors que de nouvelles catastrophes transfrontalières – du bioterrorisme au changement climatique – se profilent à l'horizon, ni le monde, ni le droit que nous avons en commun ne peuvent se payer le luxe d'une autre crise de cette ampleur.

Au travail !

connaissance, ce qui est inhérent à la régulation des risques, à la fois en tant que discipline et en tant que pratique.

54. L'une des illustrations les plus visibles au moment du Covid-19 est l'interdiction de voyager ; v., par ex., Chinazzi et al, *supra*, note 46.



Vigilencia Abazi • Assistant Professor,
Maastricht University

La vérité tenue à distance ? L'alerte comme remède à la censure lors de la pandémie

La pandémie a fait des lanceurs d'alerte des rouages essentiels qui facilitent l'accès à l'information et en perturbent le contrôle. De nombreux gouvernements ont intentionnellement omis de divulguer des informations ou ne l'ont pas fait en temps voulu, ont induit le public en erreur ou ont même encouragé de fausses croyances. De féroces défenseurs de l'intérêt public se battent contre cette censure.

L'article dresse un panorama des cas d'alerte pertinents en Chine, aux États-Unis et en Europe et montre que de nombreux lanceurs d'alerte ont été initialement censurés et font l'objet de mesures disciplinaires ou même de licenciements. Dans le même temps, les alertes émises lors de la pandémie ont attiré l'attention du public sur les lacunes des systèmes institutionnels d'alerte et sur le fait que les lanceurs d'alerte sont les mieux placés pour exposer les risques à un stade précoce. En fin de compte, l'alerte conçue comme un levier de transparence est non seulement de moins en moins controversée, mais est même devenue pendant la crise le « remède » à la censure.

I. Une pandémie dans un monde post-vérité

Comment les gouvernements font-ils face à une pandémie dans un monde « post-vérité » ? Beaucoup trop n'ont pas divulgué d'informations ou ne l'ont pas fait en temps voulu, ont induit le public en erreur ou ont même encouragé de fausses croyances. La transparence a été particulièrement mal servie par les dirigeants qui ont généralement tendance à ne pas tenir compte de la vérité et des faits. Plus que l'erreur ou le mauvais calcul, la censure de l'information est au cœur de la manière dont certains gouvernements et autorités gèrent cette pandémie, car ils cherchent à contrôler le récit de son déclenchement et de sa propagation.

Les lanceurs d'alerte ont joué un rôle crucial dans la pandémie actuelle, à commencer par les Docteurs Li

Wenliang et Ai Fen en Chine et sans oublier de nombreux autres travailleurs (médicaux) dans le monde. Ils ont divulgué des informations relatives à la propagation du virus, au manque de matériel médical et à d'autres informations d'intérêt public. Ces informations ont été rapportées à la presse, sur les réseaux sociaux ainsi qu'en interne sur leur lieu de travail ou par le biais d'appels téléphoniques aux organisations ayant pour mission la protection des lanceurs d'alerte.

L'article retrace les principaux cas de lanceurs d'alerte en Chine, aux États-Unis et en Europe. Pour dresser la carte de ces cas, il s'appuie sur des données tirées d'entretiens avec des parties prenantes et des experts, de rapports d'actualité et de rapports d'organisations travaillant avec des lanceurs d'alerte et, si possible, sur des documents officiels du gouvernement. Au moment de sa rédaction, nous sommes toujours en pleine crise du Covid-19 et nous n'avons donc pas encore reçu d'autres rapports et analyses officiels. À cet égard, le présent article offre une première analyse provisoire des développements actuels, dans le but de discerner quelques tendances plus générales à partir des documents disponibles.

On observe que de nombreux lanceurs d'alerte sont initialement censurés et font l'objet de mesures disciplinaires ou même de licenciements, bien qu'il existe des différences importantes entre la Chine et les États-Unis/Europe en ce qui concerne le niveau de censure et de contrôle de l'information. Bien que les représailles contre les lanceurs d'alerte ne soit pas une nouveauté¹, la pandémie du Covid-19 a participé à sensibiliser l'opinion publique quant au rôle joué par les lanceurs d'alerte et à la nécessité d'accroître la coopération au niveau mondial pour lutter contre la censure des lanceurs d'alerte par les gouvernements. L'article constate enfin que la censure est contestée par de nombreux défenseurs féroces de l'intérêt public qui affrontent le contrôle de l'information et exposent des faits pertinents sur la pandémie du Covid-19.

II. « Vérité et rumeur » : la censure et la loi chinoise sur l'alerte

« Je regrette qu'à l'époque, je n'aie pas continué à crier de toutes mes forces », Docteur Ai Fen, Hôpital central de Wuhan².

En décembre 2019, le Docteur Li Wenliang a envoyé

1. T. Muller, *Crisis of Conscience : Whistleblowing in an Age of Fraud*, Penguin Random House LLC, 2019 ; W. Vandekerckhove, C. James et F. West, "Whistleblowing : The Inside Story - A Study of the Experiences of 1,000 Whistleblowers", Rapport de projet, *Public Concern at Work*, Royaume-Uni, 2013 ; le rapport du Conseil de l'Europe sur « La protection des "whistleblowers" en 2009 » (v. P. Omtzigt, Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme, « La protection des whistleblowers », Rapport, Doc. 12006, 29 septembre 2009) ; rapport du rapporteur spécial des Nations unies à l'Assemblée générale sur la protection des sources et l'alerte en 2015 ; mais pour les protections juridiques récentes en Europe, v. V. Abazi, "Whistleblowing in Europe : A New Era of Legal Protections" in P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, M. Nowak and G. Oberleitner (eds), *European Yearbook on Human Rights*, Intersentia, 2019, pp 91-111.
2. Comme cité dans S.L. Myers, "China Created a Fail-Safe System to Track Contagions. It Failed", *The New York Times*, 29 mars 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

un message sur un groupe de discussion sur les réseaux sociaux, auquel participaient d'autres médecins, à propos de certains patients présentant des signes d'une nouvelle maladie similaire au syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS). Sa communication avec ses collègues a rapidement atteint les autorités locales. Le 3 janvier 2020, le Docteur Wenliang a été arrêté pour « propagation de fausses rumeurs » et a été contraint de signer un document de police admettant qu'il avait « gravement perturbé l'ordre social »³.

L'article 41 de la Constitution chinoise prévoit le « droit de critiquer et de faire des suggestions à tout organe ou fonctionnaire de l'État » et de porter plainte et d'engager des poursuites contre tout organe ou fonctionnaire de l'État pour violation de la loi ou négligence de ses devoirs. Toutefois, « la fabrication ou la déformation des faits à des fins de diffamation ou de machination » est interdite. Par conséquent, au cours du processus de signalement, il est essentiel d'évaluer si un rapport peut être qualifié de « rumeur ». La loi chinoise ne définit pas la signification d'une « rumeur », bien que de nombreux règlements prévoient des sanctions pour « propagation de rumeurs »⁴.

Contrairement à la perturbation de l'ordre social, les tentatives du Docteur Wenliang pour alerter ses collègues et, plus tard, le public, ont été cruciales pour perturber la suppression et le contrôle de l'information⁵. Ce type de « perturbation » est essentiel pour générer des connaissances publiques, et cette divulgation d'informations par des initiés est nécessaire aux fins de responsabilisation⁶.

Le Docteur Wenliang a donné l'alerte en signalant qu'une nouvelle pandémie était peut-être en cours, et il n'était pas le seul à la donner⁷. On rapporte que le même jour que le poste du Docteur Wenliang dans le groupe de discussion, un autre médecin, le Docteur Ai Fen, avait signalé au service de santé publique et au service d'infection d'un hôpital qu'elle avait vu une feuille de test mentionnant les symptômes du SRAS⁸. Les hôpitaux peuvent toutefois s'en remettre aux autorités sanitaires locales

pour ce qui est de la déclaration des infections, apparemment pour éviter de surprendre et d'embarrasser les dirigeants locaux⁹. Le maire de Wuhan a admis publiquement que les nouvelles concernant le virus auraient dû être connues plus tôt et a reconnu que, dans son rôle de maire, il ne pouvait divulguer des informations qu'après avoir reçu l'autorisation des autorités compétentes¹⁰.

Le Covid-19 a mis en avant la discussion sur la protection des lanceurs d'alerte en Chine, et un débat public plus large s'en est suivi quant à la valeur des lanceurs d'alerte. La censure des informations sur cette pandémie et les réponses des autorités présentent des similitudes avec le cas de Shuping Wang, qui avait alerté dans les années 1990 la gestion des épidémies de VIH et d'hépatite par les autorités chinoises¹¹. En Chine, un lanceur d'alerte est considéré par la loi comme un exécutant de la réglementation gouvernementale¹². La loi chinoise actuelle sur l'alerte offre une protection par bribes avec des dispositions dans la procédure pénale, le droit du travail, la sécurité au travail, les aliments et les médicaments, la qualité des produits, les valeurs mobilières et les domaines financiers. Un expert juridique chinois explique que « l'objectif de cette politique est d'encourager et de protéger les initiés qui disposent de véritables informations privilégiées à se manifester pour aider le gouvernement à remplir ses fonctions réglementaires »¹³.

Pour le gouvernement chinois, l'alerte est considérée comme un mécanisme de contrôle social, en particulier pour contrôler la corruption des fonctionnaires¹⁴. Les lanceurs d'alerte liés au Covid-19 en Chine, cependant, ne correspondent pas à cette vision étroite du lanceur d'alerte en tant qu'agent qui applique la réglementation au nom du gouvernement. Ils soulignent plutôt le rôle d'un lanceur d'alerte qui tire la sonnette d'alarme dans l'intérêt du public, même lorsque le gouvernement cherche à réprimer ces informations ou à en contrôler la diffusion.

Le cas du Docteur Wenliang illustre ce point. L'annonce de son décès en février 2020 du Covid-19 a déclenché une colère générale dans l'opinion publique, de nombreux ci-

3. H. Davidson, "Chinese Inquiry Exonerates Coronavirus Whistleblower Doctor", *The Guardian*, 20 mars 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

4. Par exemple, l'article 25 de la loi sur les sanctions administratives en matière de sécurité publique, les articles 105 et 221 ; l'article 229 prévoit jusqu'à sept ans de prison. V. W. Junqi, "Truth, Rumors, and the 'Whistleblower' System", 19 février 2020, source originale en chinois (dernier accès le 30 avril 2020).

5. Les autorités chinoises ont agi sur de nombreux fronts pour contrôler le récit de l'origine de la pandémie, de sa propagation et de la manière dont la Chine gère la pandémie, notamment en censurant la recherche universitaire et en expulsant les journalistes du *New York Times*, du *Wall Street Journal* et du *Washington Post* ; v., respectivement, S. Kirchgassner, E. Graham-Harrison et L. Kuo "China Clamping Down on Coronavirus Research, Deleted Pages Suggest", *The Guardian*, 11 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020) ; K. Manson et Y. Yang, "China Expels Journalists from Multiple US Media Groups", *Financial Times*, 17 mars 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

6. V. Abazi, "Democracy and Disruption", *Yale Law School Research Paper*, 2019.

7. Pour un point de vue selon lequel le Docteur Wenliang ne peut être considéré comme un lanceur d'alerte, car il n'a pas suivi les procédures internes de signalement, v. « Pourquoi Li Wenliang n'est-il pas un lanceur d'alerte ? », 9 février 2020, source originale en chinois (dernier accès le 30 avril 2020).

8. G. Jingqi, "Whistleblower", 10 mars 2020, source originale en chinois.

9. Myers, *supra*, note 2.

10. Al Jazeera, "China : Truth in a Pandemic", 10 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020). La loi chinoise exige la divulgation d'informations avec autorisation, comme le prévoit l'article 19 du "Règlement sur la divulgation d'informations gouvernementales" ; v. les détails sur la façon dont Wuhan n'a pas traité la divulgation d'informations conformément à la loi dans une interview du professeur Mok Yu-Chuan, China Law Society Research Association of Administrative Law, Xinhua News Agency, "Discussion on Whistleblower System and Other Related Issues to the Prevention and Control of Epidemics", 7 février 2020, source originale en chinois (dernier accès le 30 avril 2020).

11. BBC News, "Shuping Wang : Whistleblower Who Exposed HIV Scandal in China Dies", 26 septembre 2019.

12. L. Huihui, "Reflections on the 'Whistleblower' System", *China Law Insight*, King & Woods Mallesons, 18 octobre 2019, source originale en chinois (dernier accès le 30 avril 2020).

13. *supra*, note 7.

14. Y. Gong, "Whistleblowing : Qu'est-ce que cela signifie en Chine ?", 23(11) *International Journal of Public Administration*, 1899, 2000.

toyens ayant ouvertement exprimé des appels à la liberté d'expression sur les réseaux sociaux (ce qui a donné lieu à près de deux millions d'opinions) qui ont ensuite été censurés, et l'affirmation selon laquelle « le gouvernement de Wuhan doit des excuses au Docteur Li Wenliang » a fait l'objet de dizaines de milliers de réactions avant d'être supprimée¹⁵. Ainsi, dans l'opinion publique chinoise, le Docteur Wenliang est considéré comme un lanceur d'alerte qui a cherché à tirer la sonnette d'alarme dans l'intérêt public et dont la voix était réduite au silence plutôt que soutenue par le gouvernement. Cela prouve que le besoin de transparence exprimé par la population peut-être en tension avec les efforts du gouvernement pour dissimuler cette information.

La pandémie du Covid-19 a sensibilisé l'opinion publique chinoise sur le rôle d'intérêt public des lanceurs d'alerte et sur l'alerte en tant que forme de liberté d'expression. Il reste à voir si cette opinion sera maintenue ou même transposée dans la loi.

III. Censure et réduction au silence des lanceurs d'alerte aux États-Unis et en Europe

Alors que les effets de la répression et du contrôle de l'information en Chine sont graves, les travailleurs du monde entier, en particulier les travailleurs médicaux en première ligne de la lutte contre le Covid-19, ont fait l'objet de pressions de la part des gouvernements et des autorités pour qu'ils gardent le silence. Comme l'a rapporté le *New York Times* : « à New York, l'épicentre de la crise aux États-Unis, tous les grands centres hospitaliers privés ont envoyé ces dernières semaines des mémos ordonnant à leurs salariés de ne pas parler aux médias, comme l'ont fait certains hôpitaux publics »¹⁶.

Voyant leur liberté d'expression se restreindre, les travailleurs ont même fait l'objet de mesures disciplinaires et même de licenciements lorsqu'ils ont exprimé des inquiétudes quant à leurs conditions de travail. Aux États-Unis, le *Government Accountability Project*, une organisation de protection et de défense des lanceurs d'alerte basée à Washington, a signalé de nombreux cas de licenciements de lanceurs d'alerte pour s'être exprimés sur l'épidémie. Par exemple, à Seattle, un médecin urgentiste a été licencié après avoir donné une interview à un journal au sujet d'équipements de protection et de tests inadéquats, tout comme une infirmière de Chicago pour avoir exprimé de meilleurs équipements dans des mails avec ses collègues¹⁷.

De l'autre côté de l'Atlantique, la situation a été similaire. Au Royaume-Uni, les professionnels de la santé du

National Health Service ont été mis sous pression pour qu'ils ne s'expriment pas, et les médias rapportent que les méthodes utilisées pour faire taire les travailleurs ont notamment compris « des courriers électroniques menaçants, la possibilité de mesures disciplinaires, et le renvoi de certaines personnes chez elles après le travail »¹⁸.

Dans les États membres de l'Union européenne (UE), dans lesquels l'État de droit s'était déjà détérioré avant le Covid-19, des pressions encore plus fortes ont été signalées¹⁹. Par exemple, un professionnel de santé polonais ayant signalé sur les réseaux sociaux la disparition de masques et d'équipements a été licencié par le directeur de l'hôpital où il exerçait²⁰. Cette situation a entraîné une réaction du médiateur polonais auprès du ministère de la santé, demandant l'annulation du licenciement et rappelant au ministère les libertés constitutionnelles et les droits à la liberté d'expression en Pologne²¹.

La question ne se limite pas au cas d'un seul médecin, la pratique semble être devenue croissante, le personnel médical étant invité à consulter directement la direction et les médecins ayant l'interdiction de répondre aux questions des journalistes au sujet de la pandémie²². La Hongrie peut être considérée comme un cas encore plus extrême, puisque l'alerte n'est même pas possible en raison des mesures limitant la liberté d'expression qui visent directement les journalistes, notamment une peine de prison de cinq ans pour de « faux » reportages²³.

Des pressions sur les lanceurs d'alerte et la liberté d'expression ont également été signalées en Serbie, un État candidat à l'UE. Par exemple, un lanceur d'alerte a cherché à révéler que le syndicat des travailleurs faisait payer des masques que le personnel médical devrait utiliser²⁴ ou, dans un autre cas, un journaliste d'une chaîne locale menant une enquête sur la base d'une information donnée par un lanceur d'alerte²⁵ a été arrêté au motif qu'il n'aurait pas respecté les précautions sanitaires propres au Covid-19 lorsqu'il est entré dans la mairie.

Face à ces dérives, plus de 95 ONG européennes ou

15. V. Yu, "Hero Who Told the Truth : Chinese Rage over Coronavirus Death of Whistleblower Doctor", *The Guardian*, 7 février 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

16. N. Scheiber et B. M. Rosenthal, "Nurses and Doctors Speaking Out on Safety Now Risk Their Job", *The New York Times*, 9 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

17. V. S. Feinstein, "Covid-19 : The Largest Attack on Whistleblowers in the World", *Government Accountability Project*, 8 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

18. S. Johnson, "NHS Staff Forbidden from Speaking Out Publicly about Coronavirus", *The Guardian*, 9 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

19. L. Pech et K.L. Scheppele, "Illiberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU", 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3, 2007.

20. A. Piton, "The Hospital Director Fired the Midwife Because She Alerted on Facebook That Masks and Equipment Were Missing", *Wyborcza.pl*, 24 mars 2020, source originale en polonais (dernier accès le 30 avril 2020).

21. Lettre du Médiateur au ministre de la santé (dernier accès le 30 avril 2020).

22. K. Nowakowska, "Doctors Are Silent about Coronavirus. Doctors Silence Medics", *Gazeta Prawna*, 26 mars 2020, source originale en polonais (dernier accès le 30 avril 2020).

23. Fédération européenne des journalistes, "COVID-19 : Journalists Threatened with Imprisonment in Hungary", 23 mars 2020.

24. AS et MJ, "Union Charges Employees for Protective Masks, Including an Administrative Ban", *Južne Vesti*, 30 mars 2020, source originale en serbe (dernier accès le 30 avril 2020).

25. KTV Zrenjanin, "Our Team Arrested on a False Accusation That They Did Not Disinfect", *N1*, 26 mars 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

internationales ont publié une déclaration commune appelant à la protection des lanceurs d'alerte et indiquant clairement qu'elles continueront, comme acteurs de la société civile, à surveiller et à alerter la censure des lanceurs d'alerte²⁶.

Des organisations telles que *Protect* au Royaume-Uni proposent des lignes de conseil spécifiques aux lanceurs d'alerte durant la pandémie²⁷ et des informations destinées aux travailleurs ainsi qu'aux membres des groupes vulnérables. *Transparency International Ireland* a également publié de nouvelles orientations sur l'alerte pour les travailleurs et des conseils pour les employeurs pendant la pandémie du Covid-19²⁸. Ces orientations comprennent des conseils sur la manière de signaler les préoccupations liées au Covid-19 aux employeurs, aux autorités de réglementation ou aux médias, ainsi que les mesures que les employeurs peuvent prendre pour répondre efficacement à ces préoccupations. Outre le travail pratique consistant à guider et à aider les lanceurs d'alerte, la société civile s'attache également à plaider pour que ces solutions se traduisent par une politique cohérente. Comme l'explique Anna Myers, directrice exécutive du *Whistleblowing International Network* (WIN), une crise comme la pandémie du Covid-19 le révèle : « tout le monde, pas seulement les décideurs désignés, mais tout le monde, partout, a besoin d'informations pour prendre des décisions en connaissance de cause »²⁹.

Cette gestion des alertes pendant la crise du Covid-19 a un impact sur l'opinion publique en ce qui concerne les lanceurs d'alerte, les raisons pour lesquelles il est important de les protéger, ainsi que celles pour lesquelles l'alerte peut être un outil unique pour canaliser l'information vers le public. Les ONG cherchent à tirer partie de cette opinion publique favorable aux lanceurs d'alerte et se mobilisent au niveau mondial pour surveiller l'action des gouvernements et des entreprises et s'ils tentent d'arrêter ou de réprimer les auteurs des alertes.

Par exemple, WIN recueille ces informations pour mettre en place un centre d'information sur l'alerte relative au Covid-19 qui serait utilisé pour les travaux actuels sur la protection des lanceurs d'alerte, mais aussi pour les futurs plaidoyers en faveur de l'amélioration des protections³⁰. En d'autres termes, l'appréciation du partage des informations pendant cette pandémie a ouvert de nouvelles perspectives pour montrer la valeur de l'alerte et éventuellement transposer ce soutien public en un effet plus durable en établissant et en étendant les protections juridiques ou, lorsqu'elles existent, en veillant à ce qu'elles soient correctement mises en œuvre.

26. The Good Lobby, "Coalition to Make Whistleblowing Safe during COVID-19 and Beyond", 6 avril 2020 (dernier accès le 30 avril 2020).

27. v. *Protect information* (dernier accès le 30 avril 2020).

28. *Transparency International Ireland* (dernier accès le 30 avril 2020).

29. Entretien avec Anna Myers, 21 avril 2020, dans les archives de l'auteur.

30. *Ibid.*

IV. Les rouages essentiels de la lutte contre le Covid-19

Les lanceurs d'alerte sont apparus comme des rouages essentiels lors de la crise du Covid-19 : ils ont mis en évidence les lacunes des systèmes d'information institutionnels, ainsi que l'importance de l'alerte pour exposer les risques à un stade précoce. Le manque de transparence et les défaillances en matière de partage de l'information ont été systématiques et globaux pendant la crise du Covid-19.

La censure des informations par les gouvernements et les autorités laisse transparaître une tendance à faire passer les intérêts de réputation avant la résolution de problèmes graves tels que les pénuries d'équipements médicaux et la sécurité au travail des travailleurs, notamment des professionnels de la santé. La censure ne permet aux gouvernements de contrôler le récit et l'opinion publique qu'à court terme. Lorsqu'il s'agit de gérer une crise telle que celle du Covid-19, le maintien de la transparence n'est pas seulement un élément de la liste de contrôle pour la bonne gouvernance ; il peut en fait sauver des vies.

Les lanceurs d'alerte comblent ce manque de transparence et participent à contrôler la manière dont les gouvernements gèrent cette pandémie.

Les cas évoqués dans cet article montrent que l'objectif des lanceurs d'alerte mentionnés a été de mettre en lumière les erreurs graves ou le manque de ressources du système de santé afin de garantir que les erreurs soient corrigées dans les meilleurs délais.

Dans le même temps, ces lanceurs d'alerte ont subi des pressions pour garder le silence et ont fait l'objet de mesures disciplinaires ou de licenciement lorsqu'ils ont parlé. Dans des cas extrêmes, les journalistes qui ont cherché à exposer leur histoire ont été menacés d'emprisonnement. Ces efforts visant à restreindre la liberté d'expression ont incité la société civile à se mobiliser au niveau mondial pour faire avancer des solutions politiques à long terme et des protections pour les lanceurs d'alerte. En fin de compte, l'alerte comme moyen de transparence est non seulement de moins en moins controversée, mais pendant la crise actuelle, elle est devenue le « remède » à la censure.



Alberto Alemanno • Professeur titulaire de la Chaire Jean Monnet en droit européen à HEC Paris, Professeur invité au Collège d'Europe, Bruges

La réponse européenne au Covid-19 : de l'émulation à la coordination réglementaire ?

Dépassant, par sa nature, les frontières, le Covid-19 a été une question d'intérêt commun européen depuis sa toute première détection sur le continent. Pourtant, cette pandémie a été essentiellement traitée comme une question nationale. Les États membres ont adopté leurs propres réponses nationales différentes, non coordonnées et parfois concurrentes, en fonction de leurs cadres d'analyse des risques respectifs, en tenant peu compte¹ des avis scientifiques et de gestion fournis par l'Union européenne (UE), notamment de son cadre juridique spécifique pour les actions concernant les menaces sanitaires transfrontalières². Justifier un tel résultat comme étant la conséquence inévitable de la compétence limitée de l'UE en matière de santé publique est un argument souvent répété mais largement inexact³, qui appelle un examen plus approfondi.

Le présent article tente pour la première fois de comprendre comment des réponses nationales aussi fragmentées, non coordonnées mais finalement convergentes au Covid-19 ont vu le jour dans l'ordre juridique de l'UE. Pour ce faire, il systématise la réponse européenne en différentes étapes. La phase 1 – l'urgence – a été caractérisée par l'adoption de mesures nationales de gestion des risques d'urgence

qui, bien que spécifiques à chaque pays, ont été inspirées par un objectif commun de suppression de la pandémie (c'est-à-dire réduire la transmission de la maladie et donc diminuer la pression sur les services de santé) sous l'impératif désormais bien connu d'« aplatis la courbe ».

La phase 2 – la levée – consiste à tenter d'assouplir certaines des mesures nationales de gestion des risques de manière coordonnée afin d'éviter de créer des retombées négatives ou des distorsions – qu'elles soient sanitaires et/ou financières – dans toute l'UE. Enfin, cet article s'efforce de définir, et éventuellement de prévoir, le cadre politique réglementaire qui pourrait régir les prochaines phases de la réponse européenne en matière de gestion des risques face à cette pandémie, telles qu'elles émergeront d'une dialectique largement indéfinie mais incontournable entre l'UE et ses États membres.

I. Phase 1 : de la divergence à la convergence par l'émulation réglementaire

Pris par surprise par la propagation du virus à travers le continent⁴, les dirigeants politiques nationaux et européens se sont retrouvés dépassés par une situation d'urgence. Pourtant, une pandémie de cette ampleur avait non seulement été prédite⁵, mais avait également été identifiée au cours des semaines précédentes comme une menace imminente et à fort impact pour la région européenne (et le reste du monde) par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (CEPCM)⁶.

En raison de cette impréparation, combinée à la transmission spatio-temporelle progressive du Covid-19, l'épidémie a suscité au départ des réponses normatives différentes en matière de risque dans les États membres de l'UE. Toutefois, malgré quelques hésitations et quelques cas aberrants controversés, notamment au Royaume-Uni et en Suède⁷, les États membres ont rapidement convergé vers une réponse au risque très similaire : la suppression, par opposition à la

1. Le 25 janvier, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (CEPCM) a publié un rapport : "À la lumière des informations actuellement disponibles, le CEPCM considère que l'impact potentiel des foyers de nCoV de 2019 est élevé et que la propagation mondiale se poursuivra probablement".
 2. Décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 concernant les menaces transfrontalières graves pour la santé et abrogeant la décision n° 2119/98/CE, JO L 293 du 5.11.2013, p 1-15.
 3. v. par ex. K. Purnhagen, A. de Ruijter, M.L. Fleer, T.K. Hervey et A. Herwig, "More Competences than You Knew? The Web of Health Competence for Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak", *European Journal of Risk Regulation*, 2020 ; Pour un examen de la compétence de l'UE en matière de santé publique au-delà de l'art. 168 du TFUE, v. A. de Ruijter, *EU Health Law & Policy : The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford University Press, 2019 ; A. Alemanno et A. Garde, « The Emergence of an EU Lifestyle Policy : The Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets », 50(6) *Common Market Law Review* 1745, 2013 ; A. Alemanno et A. Garde, "Regulating Lifestyles in Europe : How to Prevent and Control Non-Communicable Diseases Associated with Tobacco, Alcohol and Unhealthy Diets 2", 7 *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2013.

4. Les fonctionnaires pensent que le Patient zéro italien, la première personne à avoir apporté le Covid-19 au pays, est probablement un citoyen allemand qui s'est rendu dans le nord de l'Italie vers le 25 janvier 2020 ; v., par ex., R. Donadio, "I Can't Stop Thinking About Patient One", *The Atlantic*, 16 avril 2020.
 5. Bien que les détails d'une pandémie soient inconnus, diverses sources ont prédit au fil des ans une pandémie présentant les caractéristiques du Covid-19. Plus récemment, un rapport publié en 2019 par le CEPCM, sous les auspices de l'OMS, a présenté des arguments convaincants en faveur de la préparation : « Le monde est exposé à un risque aigu d'épidémies ou de pandémies régionales ou mondiales dévastatrices qui non seulement causent des pertes en vies humaines, mais bouleversent les économies et créent un chaos social » ; « Un monde en danger : rapport annuel sur la préparation mondiale aux urgences sanitaires », sept. 2019.
 6. L'OMS a publié son 1^{er} bulletin d'information sur les épidémies concernant le nouveau virus le 5 janv. 2020. Il contenait une évaluation des risques et des conseils et faisait état de ce que la Chine avait informé l'OMS sur le statut des patients et la réponse de santé publique sur le groupe de cas de pneumonie à Wuhan. Le CEPCM a fait le rapport suivant le 25 janv. : « la lumière des informations actuellement disponibles, le CEPCM considère que l'impact potentiel des épidémies de nCoV en 2019 est élevé et qu'une nouvelle propagation mondiale est probable ».
 7. Sur l'approche suédoise et ses principales implications sanitaires et juridiques, v. E. Herlin-Karnell, "Corona and the Absence of a Real Constitutional Debate in Sweden", *VerfBlog*, 10 avril 2020 ; "Why Swedes Are Not Yet Locked Down", *The Economist*, 4 avril 2020.

simple atténuation du virus⁸. La suppression implique la réduction du nombre de reproduction (le nombre moyen de cas secondaires que chaque cas génère) en dessous de 1⁹.

La suppression poursuit un double objectif : (i) réduire la transmission de la maladie et (ii) réduire ainsi la pression sur les services de santé.

Alors que les États membres convergeaient progressivement vers la suppression comme objectif ultime de leurs interventions individuelles et collectives, ils ont adopté la « distanciation sociale » comme approche non pharmaceutique (ANP) privilégiée pour atteindre leur but.

L'ANP choisie se traduit essentiellement par un ensemble de « mesures de distanciation sociale » spécifiques, concrétisées par des exigences réglementaires et/ou des recommandations. Les mesures de distanciation sociale peuvent être énumérées de la moins intrusive et ciblée à la plus large portée : (1) isolement des cas (infectés) ; (2) mise en quarantaine des contacts (personnes en bonne santé) ; (3) recommandations incitant à rester à la maison ; (4) fermeture d'écoles ; (5) fermeture de lieux de travail ; (6) mesures pour des populations particulières, telles que les établissements de santé ou les prisons à long terme ; (7) annulation des rassemblements de masse ; (8) cordon sanitaire/mise en quarantaine obligatoire d'un bâtiment ou d'une ou plusieurs zones résidentielles ; et enfin (9) distanciation sociale de toute la population. Dans ce dernier cas, tous les ménages réduisent les contacts en dehors du foyer, de l'école ou du lieu de travail, car ils ne peuvent quitter leur maison que pour acheter des produits essentiels ou pour d'autres éventualités strictement définies¹⁰.

En conséquence, la quasi-totalité des États membres, bien qu'ils soient touchés à des degrés divers par le virus, ont exigé certaines formes de distanciation sociale de l'ensemble de la population. Cela s'est toutefois fait par un « dosage réglementaire » différent, pays par pays, des mesures de distanciation sociale, qu'il s'agisse de l'interdiction des rassemblements publics ou de la fermeture (totale ou partielle) des lieux de travail et des écoles, ainsi que de l'introduction de restrictions de voyage¹¹ – tant pour la mobilité intra-étatique que pour la mobilité intra-UE. En outre, pratiquement tous les États membres ont combiné ces interventions obligatoires avec d'autres ANP – principalement par le biais de mesures volontaires¹² – telles que :

8. v. N.M. Ferguson et al, "Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand", *Imperial College London*, 16 mars 2020.
9. L'objectif ultime de la suppression est de réduire le nombre de reproduction (le nombre moyen de cas secondaires que chaque cas génère) à moins de 1, et donc de réduire le nombre de cas à des niveaux faibles ou (comme pour le SRAS ou le virus Ebola) d'éliminer la transmission interhumaine.
10. Bien qu'à des degrés légèrement différents, les seuls États membres de l'UE qui ont adopté une mesure aussi draconienne sont l'Italie, l'Espagne et la France. V. Commission européenne, "Governmental Measure Data Base".
11. D. Thym, "Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal", *VerfBlog*, 19 mars 2020.
12. Alors que seuls quelques pays ont rendu obligatoire l'utilisation de masques par la population générale (par exemple la République tchèque, l'Autriche, etc.), le déroulement de l'épidémie de Covid-19 a considérablement accéléré le nombre de pays recommandant leur utilisation. Au moment de la rédaction du présent docu-

(i) des mesures de protection individuelle (par exemple, hygiène des mains et des voies respiratoires, utilisation de respirateurs ou de masques) ; et

(ii) des mesures environnementales (par exemple, nettoyage fréquent des surfaces, vêtements et objets fréquemment utilisés, en réduisant au minimum le partage des objets et en assurant une ventilation appropriée).

En définitive, tous les États membres ont interdit les rassemblements publics, fermé (totalement ou partiellement) les écoles et – bien qu'à des degrés divers – confiné leur population à la maison et introduit certaines restrictions aux frontières/aux voyages. Outre l'adoption de politiques nationales spécifiques de gestion des risques liés au Covid-19, plus de la moitié des États membres ont proclamé l'état d'urgence¹³.

La phase 1 du Covid-19 dans l'UE a donc été initialement caractérisée par des variations réglementaires entre les États membres, mais a été rapidement interrompue par une convergence réglementaire spontanée. Au cours de cette phase initiale, bien qu'ils aient été touchés à des degrés divers par le virus, les États membres ont réalisé que, compte tenu de l'incertitude inhérente à la nature et à la propagation de la maladie, la ligne de conduite la plus responsable consistait à adopter la position la plus prudente. Soudain, les gouvernements n'étaient plus incités à déterminer la ligne de conduite la plus efficace en fonction des coûts et des avantages spécifiques au contexte, mais plutôt à imiter les réactions au risque des pays touchés en premier par la pandémie. Cela s'est produit même lorsqu'ils nourrissaient des doutes quant à savoir s'il s'agissait des meilleures approches possibles.

Ce phénomène de convergence réglementaire rapide, provoqué par une situation d'urgence et une dynamique inhérente de dépendance à l'égard des voies de transmission, a été défini comme une « politique d'imitation des coronavirus »¹⁴. Il se résume fondamentalement à un cas d'« émulation réglementaire », motivé par une combinaison d'incertitude non mesurable et de pression publique dans une situation d'urgence¹⁵.

Une telle émulation initiale et donc une telle convergence entre les réponses nationales des États membres de l'UE se sont produites spontanément, sans qu'aucun rôle direct ne soit joué par l'UE et ses mécanismes de coordination des urgences sanitaires transfrontalières.

ment, les orientations paneuropéennes du CEPCM sont les suivantes « l'utilisation de masques faciaux dans la communauté doit être considérée uniquement comme une mesure complémentaire et non comme un remplacement des mesures préventives établies, par exemple l'éloignement physique, l'étiquette respiratoire, l'hygiène méticuleuse des mains et le fait d'éviter de toucher le visage, le nez, les yeux et la bouche » ; v. CEPCM, *Using Face Masks in the Community*, Stockholm, 2020.

13. Comme examiné dans le débat "Fighting Covid-19" du *Verfassungsblog*.
14. I. Krastev, "Copycat Coronavirus Policies Will Soon Come to an End", *Financial Times*, 7 avril 2020.
15. Pour une première tentative de théorisation sur le concept de régulation des risques d'urgence, voir A. Alemanno (ed.), *Governing Disasters: The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Edward Elgar, 2011.

Toutefois, si l'émulation a conduit à une convergence relativement rapide des réponses nationales de la phase 1 vers une approche commune de distanciation sociale généralisée et sans discernement visant à la suppression, ces réponses nationales se sont traduites par différents mélanges d'interventions réglementaires dont le niveau d'application variait considérablement d'un État membre à l'autre.

Cela explique pourquoi nombre de ces réponses nationales au Covid-19 soulèvent, en raison de leurs retombées transfrontalières inhérentes, des préoccupations majeures au regard du droit européen. Pourtant, il est surprenant de constater que seules quelques-unes d'entre elles ont été timidement dénoncées – au moment de la rédaction du présent rapport – par la Commission européenne comme étant la gardienne des traités¹⁶. Il est légitime de se demander pourquoi et pendant combien de temps la Commission européenne pourrait continuer à suspendre *de facto* l'application du droit européen dans les différents domaines politiques au nom de l'urgence qui se dessine. Cela semblait d'autant plus urgent que l'Europe entre progressivement dans une phase 2 de réponse, qui se caractérise plutôt par la levée plus ou moins progressive des mesures nationales de lutte contre les risques.

Avant de faire un compte-rendu et un examen juridique approfondi de la phase 2 de la réponse de l'UE au Covid-19, examinons le cadre juridique qui a permis l'émergence de telles « *copycat coronavirus policies* » pendant la phase d'urgence (phase 1) de l'épidémie.

II. La genèse et la licéité des « politiques européennes de lutte contre les coronavirus »

Si, dans la phase 1, les réponses nationales au risque se sont finalement ralliées autour d'un objectif commun – celui d'enrayer le virus par la distanciation sociale – cela s'est produit davantage par un processus d'émulation réglementaire spontané que par une conception délibérée. La question est alors de savoir pourquoi et comment cela s'est produit au départ. En d'autres termes, pourquoi l'UE n'a-t-elle pas été en mesure de coordonner les réponses nationales aux risques liés au Covid-19 par le biais de ses pouvoirs en matière de santé publique ?

L'émergence de réponses nationales non coordonnées ne doit pas être considérée comme la conséquence inévitable de la compétence limitée de l'UE en matière de santé publique.

Il est vrai que si le traité prévoit qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine doit être garanti dans toutes les politiques de l'UE, l'article 168, paragraphe 5, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) exclut explicitement la possibilité pour l'UE d'adopter des mesures d'harmonisation en matière de santé publique ou d'organiser et de fournir des services

de santé et des soins médicaux sur cette base. Toutefois, cette même disposition confie à l'UE un rôle de complément et de soutien en coordonnant les États membres – qui conservent la responsabilité principale en matière de santé publique – dans la « lutte contre (...) les menaces transfrontalières graves pour la santé », et « adopte également des mesures d'incitation destinées à (...) lutter contre les principaux fléaux sanitaires transfrontaliers ».

Protéger les citoyens contre ces menaces, notamment en « améliorant la surveillance et la préparation aux épidémies », est l'un des trois objectifs stratégiques de la politique actuelle de l'UE en matière de santé¹⁷. Ce seul fait suggère que la compétence de l'UE en matière de santé publique ne doit pas être lue isolément, mais conjointement avec d'autres bases juridiques liées à la santé, telles que la protection contre les catastrophes qui découle de l'article 196 du TFUE¹⁸.

Depuis le début des années 1990, l'UE a mis en place un réseau pour assurer la surveillance épidémiologique des maladies transmissibles¹⁹ et un système d'alerte précoce et de réaction pour la prévention et le contrôle de ces maladies. À la suite des épidémies de SRAS et de grippe H1N1, ce réseau a été transformé en un cadre juridique à part entière pour l'action de l'UE en cas d'urgence sanitaire, à savoir la décision sur les menaces sanitaires transfrontalières.²⁰ Ce réseau est coordonné par le Comité de sécurité sanitaire (CSS)²¹, qui existe depuis 2001 et qui est composé de représentants des ministères de la santé. Le CSS s'appuie sur l'apport scientifique du CEPCM. Dans le cas du Covid-19, un groupe d'experts consultatif *ad hoc* – composé d'épidémiologistes et de virologistes de différents États membres et présidé par la présidente de la Commission européenne – a été mis en place pour formuler des « lignes directrices de l'UE concernant des mesures de gestion des risques coordonnées et fondées sur des données scientifiques »²².

À la suite d'une notification d'alerte²³, la décision sur les menaces sanitaires transfrontalières exige ex-

17. <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/49/public-health>>.

18. Sur ce point, v. Purnhagen et al, *supra*, note 3.

19. Décision n° 2119/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 instaurant un réseau de surveillance épidémiologique et de contrôle des maladies transmissibles dans la Communauté, JO L 268 du 3.10.1998, pp 1-7.

20. Décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 concernant les menaces transfrontalières graves pour la santé et abrogeant la décision n° 2119/98/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 293 du 5.11.2013, p. 1-15.

21. <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/decision_serious_crossborder_threats_22102013_en.pdf>.

22. Décision de la Commission européenne du 16.3.2020 portant création du groupe consultatif de la Commission sur le Covid-19, 16.3.2020 C(2020) 1799.

23. En vertu de l'art. 9 de la Décision relative aux menaces sanitaires transfrontalières, les autorités nationales compétentes ou la Commission notifient une alerte orsqe l'apparition ou le développement d'une menace transfrontalière grave pour la santé remplit les critères suivants : (1) elle est inhabituelle ou inattendue pour le lieu et le moment donnés, ou elle entraîne ou peut entraîner une morbidité ou une mortalité significative chez l'homme, ou elle se développe rapidement ou peut se développer rapidement en ampleur, ou elle dépasse ou peut dépasser la capacité de réaction nationale ; (2) elle touche ou peut toucher plus d'un État membre ; et (3) elle nécessite ou peut nécessiter une réaction coordonnée au niveau de l'Union.

16. Commission européenne, Covid-19 Lignes directrices concernant les mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, Bruxelles, 16.3.2020 C(2020) 1753 final.

pressément que les États membres et la Commission se consultent au sein du CSS²⁴ en vue de coordonner les réponses des États membres en matière de santé publique et de communication de crise.

Il est évident que ni l'une ni l'autre de ces situations ne s'est produite avant la mi-mars 2020 environ, après que le gouvernement italien ait activé le mécanisme de protection civile de l'UE établi en vertu de la « clause de solidarité » prévue à l'article 222 du TFUE.

Pourtant, le 25 janvier 2020, le CEPCM a alerté tous les États membres à ce sujet : « au vu des informations actuellement disponibles (...) l'impact potentiel des épidémies de COV en 2019 est élevé et une nouvelle propagation mondiale est probable »²⁵.

Les États membres n'ont pas réussi à se réunir et ont plutôt adopté leurs réponses nationales aux risques. Plusieurs facteurs expliquent l'inefficacité du mécanisme européen de lutte contre les menaces sanitaires transfrontalières tel qu'il est actuellement conçu et mis en œuvre²⁶, mais ils mettent tous en évidence une cause structurelle majeure.

Pour qu'une coordination de la santé publique à l'échelle de l'UE soit efficace, il faut qu'il existe un niveau minimum de coordination entre les compétences exclusives des États membres en matière de soins de santé. Ainsi, par exemple, la coordination des urgences sanitaires dans l'UE présuppose l'existence de méthodes communes de collecte de données sur la propagation du virus, les caractéristiques des personnes infectées et rétablies et leurs contacts directs potentiels – une stratégie commune de test à l'échelle de l'UE pour la coopération transfrontalière en matière d'aide d'urgence sanitaire. La quasi-totalité de ces domaines relèvent de la compétence exclusive de chaque État membre en matière de soins de santé. Non seulement l'UE n'a mis en place aucun de ces cadres, mais – comme l'a montré de manière dramatique le Covid-19 – elle continue également à manquer d'une cartographie des plans de préparation aux urgences de ses États membres²⁷.

III. Phase 2 : de l'émulation à la coordination réglementaire ?

Après des semaines de mesures d'éloignement social strictement appliquées sur tout le continent européen, il est apparu clairement qu'une politique d'éloignement social aveugle ne pouvait pas durer indéfiniment : si ces mesures restrictives semblaient nécessaires pour ralentir

la propagation du virus et ont permis de sauver des dizaines de milliers de vies, elles ont eu un coût social et économique élevé.

Bien que justifiées au départ par une analyse coûts-avantages réalisée lors de la première urgence – montrant que les avantages d'une stricte distanciation sociale en termes de vies sauvées dépassent largement les coûts économiques²⁸ – leur justification s'est affaiblie avec le temps, en raison de la manifestation progressive d'importants coûts économiques, sociaux et distributifs²⁹. Si les différentes réponses nationales aux risques produisent inévitablement des effets transfrontaliers, ceux-ci sont à leur tour amplifiés lorsque ces mesures sont levées – ou ne sont pas réintroduites – à mesure que la situation épidémiologique évolue.

Cela explique pourquoi l'UE est intervenue lorsque les États membres sont passés à la phase 2 de la crise du Covid-19 et ont levé certaines de leurs restrictions³⁰. Cette participation accrue est non seulement nécessaire pour lui permettre de s'acquitter du mandat que lui confère le traité, à savoir la poursuite d'un niveau élevé de protection de la santé dans tous les domaines politiques, mais aussi pour sauver des vies.

Si les réponses nationales non coordonnées au cours de la phase 1 convergeaient finalement vers une approche fondamentalement commune de distanciation sociale, contribuant ainsi à ralentir la propagation du virus tout en sauvant des dizaines de milliers de vies, une approche de sortie non coordonnée pourrait conduire au résultat inverse.

Alors que la phase d'urgence touche à sa fin, les États membres sont incités à expérimenter de nouvelles « combinaisons réglementaires » en levant certaines restrictions et en introduisant de nouvelles mesures de gestion des risques. Un bon exemple est donné par des pays comme l'Autriche et la République tchèque qui ont accompagné la levée de certaines restrictions majeures par de nouvelles exigences telles que l'utilisation de masques, que ce soit dans les magasins, les transports publics ou tout autre espace public.

Cela nécessite une approche coordonnée à l'échelle de l'UE pour la levée des mesures restrictives (et éventuellement leur réintroduction) au cours des prochaines phases de la pandémie et exige une application adéquate. En réponse à l'appel des membres du Conseil européen en faveur d'une stratégie de sortie coordonnée avec les États membres, la Commission européenne et le Conseil lui-même ont préparé une feuille de route européenne commune en vue de la levée des mesures de confinement de Covid-19 (ci-après « feuille de route de sortie de l'UE »). Ce document tient compte de la manière dont la situation épidémiologique spé-

24. Art. 11, §1, de la décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 concernant les menaces transfrontalières graves pour la santé et abrogeant la décision n° 2119/98/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 293 du 5.11.2013, p 1-15.

25. CEPCM, "Communicable Disease Threats Report", 19-25 janvier 2020, week 4.

26. Pour un aperçu clairvoyant et opportun, v. M.L. Flear et A. de Ruijter (eds), "Symposium on European Union Governance of Health Crisis and Disaster Management" 10(4) *European Journal of Risk Regulation*, 2019.

27. E.M. Speakman, S. Burris et R. Coker, "Pandemic Legislation in the European Union : Fit for Purpose ? The Need for a Systematic Comparison of National Laws", 121(10) *Health Policy* 1021, 2017.

28. Pour une étude américaine, v. M. Greenstone et V. Nigam, "Does Social Distancing Matter?", *Institut Becker Friedman pour l'économie* (Université de Chicago), 30 mars 2020. En Europe, aucune analyse coûts-bénéfices n'était disponible au moment de la rédaction du présent document, ni au niveau national ni au niveau de l'UE.

29. Pour une critique de l'analyse coût-bénéfice standard du Covid-19, v. M. Adler et J. Hammit, "A Better Way to Grapple with Benefit-Cost Trade-Offs in a Pandemic", *The Hill*, 13 avril 2020.

30. v. "Joint European Roadmap towards Lifting COVID-19 Containment Measures", avril 2020.

cifique, l'organisation territoriale, les dispositions en matière de services de santé, la répartition de la population ou la dynamique économique peuvent influencer sur les décisions des États membres concernant le lieu, le moment et la manière dont les mesures sont levées.

La feuille de route de sortie de l'UE propose trois critères principaux pour évaluer si le moment est venu de commencer à assouplir le confinement pour chacun des États membres³¹ :

- un critère épidémiologique montrant que la propagation de la maladie a sensiblement diminué pendant une période prolongée ;

- une capacité suffisante du système de santé (c'est-à-dire la mesure dans laquelle les différents systèmes de santé peuvent faire face à l'augmentation future des taux d'infection après la levée des mesures) ;

- une capacité de surveillance appropriée, y compris une capacité de test à grande échelle pour détecter et surveiller la propagation du virus, combinée à une capacité de recherche des contacts et de quarantaine en cas de réapparition et de propagation des infections.

Ce document d'orientation plutôt inhabituel établit un équilibre délicat entre la nécessité d'une coordination à l'échelle de l'UE et les différents besoins spécifiques des États membres et le calcul des coûts-avantages. Il introduit essentiellement un ensemble de méta-critères ou de critères de référence encadrant l'exercice des prérogatives des États membres en matière de santé publique. Ce faisant, il laisse également à chaque État membre le choix, en fonction de sa taille et de son organisation, de « quel niveau de conformité aux critères ci-dessus doit être évalué » (par exemple, au niveau régional ou macro-régional plutôt qu'au niveau national).

Cette feuille de route, ainsi qu'une multitude de nouveaux documents fraîchement produits sous la pression du temps par la Commission européenne par l'intermédiaire de ses organes d'urgence en matière de santé publique décrits ci-dessus, représente une tentative d'internalisation des effets transfrontaliers inhérents à toute réponse nationale aux risques dans une UE hautement intégrée et interdépendante. Ces documents d'orientation comprennent les « Lignes directrices Covid-19 relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels »³², les « Lignes directrices sur l'aide d'urgence de l'UE dans le cadre de la coopération transfrontalière en matière de soins de santé liée à la crise du Covid-19 »³³, la « Recommandation App sur le *contact tracing* »³⁴ et la proposition de « Lignes directrices pour des stratégies d'essai communes ». Bien qu'adoptés

dans une situation d'urgence, ces documents d'orientation montrent une tentative timide mais prometteuse de l'UE d'opérationnaliser des compétences non testées contenues dans les traités et de le faire dans une situation d'urgence.

La question est donc de savoir si et dans quelle mesure la Commission va invoquer ces lignes directrices – et veiller à leur respect – notamment la feuille de route de sortie de l'UE, dans les prochaines étapes de la crise du Covid-19.

En raison de l'application entrelacée des dispositions d'intégration positives et négatives, l'UE (notamment la Commission européenne) est appelée à s'acquitter de son devoir d'équilibrer les avantages en matière de santé publique et les autres impacts sociaux et économiques, et ce dans les limites des compétences conférées à l'UE.

Que se passe-t-il si un État membre donné lève ses restrictions relatives au Covid-19 trop tôt (c'est-à-dire en l'absence d'une « diminution significative de la propagation de la maladie pendant une période prolongée ») ? Que se passe-t-il s'il le fait alors qu'il ne dispose pas d'une « capacité sanitaire suffisante » en cas de réapparition et de propagation de l'infection ? Ou si un pays ne réintroduit pas de restrictions lorsque la propagation du virus a considérablement augmenté ?

Loin de constituer des actes juridiques de l'UE au sens de l'article 289 du TFUE et de produire des effets juridiques invocables par des tiers, ces lignes directrices sont destinées à susciter des attentes légitimes vis-à-vis des citoyens et des entreprises de l'UE, mais aussi des États membres. Si elles peuvent certainement être utilisées pour contextualiser l'examen de la légalité de ces mesures nationales au regard du droit de l'UE, en particulier leur proportionnalité, il n'est pas clair quelles peuvent être leurs implications juridiques les plus immédiates et à long terme.

Théoriquement, si elles devaient passer par le processus législatif et être transformées en actes législatifs, les lignes directrices de l'UE relatives au Covid-19 pourraient être qualifiées de « mesures d'incitation » au titre du nouvel art. 168, paragraphe 5, qui n'a pas encore été testé. Les mesures d'incitation apparaîtraient comme un nouveau genre tertiaire se situant entre les mesures de coordination existantes en matière de santé publique et l'harmonisation interdite des mesures de santé publique.

Quoi qu'il en soit, en testant les limites de la compétence de l'UE en matière de santé publique, le Covid-19 est appelé à entrer dans l'histoire comme un catalyseur majeur dans l'avancement des actions d'urgence sanitaire de l'UE.

En attendant, le Covid-19 est un rappel douloureux et tangible que les compétences de coordination de l'UE sont importantes. En effet, définir légalement – ou redéfinir – qui fait quoi, comment et quand en vertu du droit européen est une question de vie ou de mort comme jamais auparavant sur le continent.

31. *ibid.*

32. Bruxelles, 16.3.2020 C(2020) 1753 final.

33. Bruxelles, 3.4.2020 C(2020) 2153 final.

34. https://ec.europa.eu/info/files/recommendation-apps-contact-tracing_en.



Emmanuelle Barbara • Senior Partner,
August & Debouzy

Adaptations et distorsions : le travail dans l'entreprise à l'ère du coronavirus

18

Encore hébétés par les effets d'une sidération qui s'estompent, engourdis par l'immobilité forcée que l'expérience inouïe du Grand Confinement nous a infligés, nous nous risquons à reprendre, alourdis, le cours de nos vies, travail compris.

Depuis plusieurs semaines, certains se livrent aux conjectures du *temps d'après*. Cette locution, pleine de nostalgie par référence au « temps d'avant » ou prétexte d'espoir pour ce qui vient, ne parvient pas à désigner exactement cette période, ni à redonner confiance sur les perspectives d'avenir. Le traumatisme causé par l'itinéraire mystérieux de ce virus est si fort qu'il n'existe d'autre choix pour (se) protéger que de « s'isoler » dans l'espace public comme dans les lieux collectifs. Convenons que le temps du déconfinement à peine entamé est d'abord celui de l'adaptation et du réglage à des codes sociaux nouveaux, où les gestes barrières impliquent une chorégraphie contrainte et une méfiance régulée de chacun vis-à-vis de chacun. Voilà qui change durablement nos interactions, y compris professionnelles. Dans ces conditions, nous n'avons pas eu le temps de mesurer tous les impacts de l'intrusion fracassante de cette catastrophe sanitaire éprouvée par la planète entière sur l'économie, la société et la démocratie. Ce que l'on appelle commodément et intuitivement, sans pouvoir le décrire, le « monde d'après » est inconnu.

Nous entrons de plain-pied dans la société de la pandémie. Elle pourrait devenir la caractéristique saillante d'une époque où l'enjeu consiste à la fois à définir ses codes, souvent anxiogènes mais nécessaires pour protéger la santé des citoyens, et à assurer le rebond de l'économie qui ne doit pas sombrer en conséquence. Comme l'a formulé Jürgen Habermas, il nous faudra « agir dans le savoir explicite de notre non-savoir »¹. De cette exploration hésitante et des découvertes qui émailleront ce cheminement collectif, résultera, plus tard, le monde d'après.

1. « Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir ». Entretien au Monde le 10 avril 2020.

L'adaptation immédiate de l'entreprise et de ses salariés à ce spectaculaire confinement a été obtenue au prix d'infléchissements substantiels et durables dans l'accomplissement du travail. Nous entrons dans l'ère de l'hybridation du travail et de la distorsion de situations individuelles commandées par les règles sanitaires. Dans le monde d'avant, l'entreprise faisait naturellement la promotion du lien social au travers de politiques de bien-être au travail et d'initiatives diverses où le collectif était toujours valorisé, la proximité exaltée. Aujourd'hui elle devra imaginer des mesures *ad hoc* pour ne pas ajouter à sa fragilité économique, la perte de repères et le délitement du sentiment d'appartenance.

L'interruption du fonctionnement normal de l'entreprise le 16 mars 2020 a révélé des distorsions manifestes de situation entre les salariés. Schématiquement, le sort des salariés s'est divisé en trois tiers.

D'abord ceux du « front » ou de la « première ligne », qui ont dû travailler en poste et ce intensément, aux prises avec l'anxiété de la propagation du Covid-19 et avec la polémique sur l'insuffisance des équipements de protection individuelle. Cette catégorie hétérogène de travailleurs partage une caractéristique commune, celle d'être essentielle au maintien des fonctions vitales de la nation : santé, entretien, vente, transport, la poste, collecte de déchets, bref ceux qui occupent des fonctions rarement valorisées en temps normal et qui sont devenus particulièrement visibles dans cette période. Une fois le pays déconfiné, leur sort se pose avec une acuité singulière, y compris sous l'angle de la protection renforcée de leur santé du fait de contacts multiples avec le public. Au-delà de cette première distorsion de situation, puisqu'ils ont dû échapper à l'injonction du restez chez vous pour les autres, le gouvernement a pris en avril 2020 une mesure en leur faveur avec la prime d'activité pouvant désormais atteindre 2.000 euros. Ce dispositif, à la discrétion de l'entreprise, pourrait exclure les autres salariés.

Le deuxième groupe concerne ceux qui ont travaillé à distance. Mis en télétravail du jour au lendemain, ils ont démontré que l'entreprise « pouvait tenir » grâce à cette mesure subite et générale, ce qui a suscité, au-delà de la diversité des situations individuelles certainement inégales entre elles, un engouement pour ce mode de travail. Non sans inconvénients, méritant dans certains cas l'admiration, ce mode de travail compatible avec l'activité professionnelle de 32% des travailleurs français² est apparu bien adapté à l'urgence du moment (8 télétravailleurs sur 10 sont satisfaits³), même si certaines enquêtes ont relevé que 18% des salariés en télétravail étaient en détresse psychologique élevée⁴ ou encore que 42% se disent en manque de

2. v. "Évaluation au 30 mars 2020 de l'impact économique de la pandémie de COVID-19 et des mesures de confinement en France", Policy brief n°65, 30 mars 2020, département analyse et prévisions OFCE.

3. Etude Kantar pour la CEDI, 30 avril 2020.

4. Enquête OpinionWay parue le 20 avril 2020 auprès de 2.000 salariés entre le 31 mars et le 8 avril 2020.

reconnaissance⁵. Au-delà de l'avantage indéniable de ce type d'organisation en temps de pandémie pour qui peut s'y plier, le télétravail peut induire un réaménagement durable des modalités de travail avec un impact positif sur la pollution liée à la transhumance quotidienne, sur la taille des bureaux et sur l'organisation d'une vie personnelle différente. Le télétravail devient un vrai champ d'exploration, selon des modalités à inventer, comme le souhaite la plupart des télétravailleurs qui n'excluent pas ce mode d'accomplissement du travail.

Le troisième groupe concerne ceux qui ont été privés de travail en raison de leur placement en activité partielle ou chômage partiel total ou encore pour la garde d'un enfant. Pour cette dernière catégorie, où l'État a pris en charge de tout ou partie du salaire de près de onze millions de salariés, des initiatives de prêts de main d'œuvre ont été encouragées pour que les entreprises confrontées à une baisse d'activité mettent leurs salariés à disposition auprès des entreprises sous tension. Vivement recommandée par le gouvernement pour éviter le chômage partiel et maintenir le salaire à 100%, des plateformes de prêt de main d'œuvre ont ainsi vu le jour dans plusieurs secteurs⁶. L'absence de travail, en tout ou partie rémunérée, n'a pas été nécessairement bien vécu, l'auto-réclusion sans moyen de s'en évader a suscité le constat que 25% des salariés en chômage partiel total présentaient une détresse psychologique élevée⁷.

Le moment délicat de la reprise du travail normal devait mettre un terme à cette répartition en trois tiers des salariés. Mais il n'en est rien. Les exigences sanitaires sont telles que les distorsions de situations créant des mécanismes de travail hybrides vont s'éterniser. Les trois catégories de personnel aux proportions désormais fluctuantes vont perdurer, sans calendrier précis sur la fin de cet agencement singulier.

La primauté faite aux règles de distanciation sociale et leur impact sur la surface utile d'occupation collective selon la description du « Protocole national de déconfinement pour les entreprises » du 3 mai 2020, assortie de la question épineuse du recours aux transports collectifs passibles aussi de mesures barrières, contraignent à maintenir le télétravail « quand cela est possible ». Ce déploiement de mesures de prévention en entreprise en vertu d'un document unique d'évaluation des risques, qui doit être mis à jour, provoque des perturbations organisationnelles inévitables obligeant les entreprises à piloter la désorganisation collective qui en résulte. Report de la date de retour au travail pour un grand nombre de salariés, rotation des équipes, étalement des horaires d'arrivée et

de départ, reconfiguration sévère des sites avec marquage au sol et condamnation des zones de convivialité et des *open-space* : les initiatives contraignantes font florès. Les règles sanitaires imposant une drôle de manière d'occuper les lieux de travail constituent sans doute un argumentaire rêvé de promotion du télétravail.

La reprise du travail sera aussi placée sous le maintien de l'activité partielle pour toute une frange de salariés reconnus vulnérables par la loi. Onze catégories⁸ sont définies, depuis ceux qui partagent le même domicile qu'une personne vulnérable jusqu'à ceux encore qui sont parent d'un enfant de moins de 16 ans⁹ au 31 décembre 2020. La distinction des salariés entre eux en vue de reprendre le travail sur site ne sera pas seulement le fruit du respect des règles sanitaires et de leur impact sur les mètres carrés d'occupation.

Reste le cas des salariés qui, quelle que soit leur catégorie de rattachement, risquent purement et simplement de perdre leur emploi du fait de la récession. On sait que l'État rappellera aux entreprises la nécessité de respecter des engagements divers, notamment en matière de transition énergétique¹⁰ mais aussi en matière sociale. Les outils tels l'accord de performance collective¹¹ peuvent s'avérer utiles tant du point de vue de l'entreprise que des salariés et constituer un mode opératoire innovant en ces temps de crise, notamment en matière de formation dont le besoin s'avère encore plus prégnant avec la crise.

On le voit, outre l'inquiétude suscitée par leur santé financière, le fonctionnement traditionnel des entreprises est perturbé. Les distorsions entre les personnels distillent un sentiment plus ou moins avéré d'inégalités, même si aucune situation n'est en elle-même plus enviable qu'une autre. Certains salariés demandent instamment leur retour sur site au nom des risques psychosociaux, ne supportant plus leur maintien à domicile, pendant que d'autres s'inquiètent de s'exposer aux transports en commun et n'envisagent pas de retour de sitôt. Dans ces conditions, tisser ou inventer un sentiment d'appartenance ou de bien-être pour ceux qui occuperont ces locaux pourtant familiers convertis en lieux médicalisés et hostiles par tant d'efforts de prévention, relève de la gageure.

L'épreuve de la crise sanitaire et de ses conséquences prouve cependant à quel point les entreprises ont naturellement vocation à être aux côtés de l'État pour gérer

5. Enquête *WorkAnyWhere* auprès de 6.500 salariés publiée le 7 mai 2020.

6. Notamment l'AFT dans le domaine du transport et de la logistique pour approvisionner les commerces alimentaires et les établissements sanitaires. Ou encore dans le secteur sanitaire en renfort RH, ou la plateforme à l'initiative du ministère du travail Mobilisation Emploi dans les secteurs du medico-social, de l'agriculture, de l'agroalimentaire, des transports, de l'aide à domicile, de l'énergie, des télécoms.

7. Enquête OpinionWay précitée, WK-RH Liaisons sociales.fr, 22 avril 2020.

8. Décret n°2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle.

9. Loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.

10. v. lettre d'Elisabeth Borne du 23 mai 2020 adressée à 90 entreprises.

11. Introduit par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 Défini par l'article L. 2254-2 du Code du travail, l'accord de performance est un accord d'entreprise ou d'établissement négocié en vue « de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi » (art. L. 2254-2 du Code du travail), notamment en aménageant la durée du travail ou la rémunération des salariés.

les aspects sanitaires, économiques et sociaux. L'effort de l'État notamment au titre de l'activité partielle ne doit pas masquer le fait qu'il appartient aux entreprises d'agir en tenant compte des considérations sociales et environnementales (art. 1833 Code civil modifié par la loi Pacte du 22 mai 2019¹²), qu'elles ont une responsabilité à ce titre de plus en plus affirmée, conditionnant d'ailleurs l'implication corrélative de salariés en quête de sens.

La désorganisation de l'entreprise liée à la crise, tout comme les manifestations de son utilité pendant la crise (cf. les initiatives prises en matière de confection de masque ou de gel hydroalcoolique par des entreprises peu concernées en principe) ou encore les actions de solidarité constatées, l'oblige néanmoins à prévoir toute une série de mesures qui ne se limitent pas à la seule prévention des risques. Il faut repenser et créer une cohésion sociale renouvelée.

Exprimer la reconnaissance de l'entreprise envers ses salariés pendant la crise, sans aggraver les éventuelles fractures entre les catégories que l'on a décrites, ni ses moyens, constitue un thème de négociation urgent.

Dans un entretien du 24 mai 2020, le ministre des comptes publics a souligné combien la participation, l'intéressement et l'actionnariat salarié – si leur régime est une nouvelle fois modifié – pourraient être utilement mobilisés pour répondre en partie aux fragilités et aux défis révélés par la crise.

Si l'entreprise et ses partenaires sociaux font l'exercice sans fard consistant à faire un bilan de ce passé récent, des défis et des sujétions devant être surmontés en préservant la force de travail le mieux possible et en anticipant l'inventaire des initiatives à envisager pour surmonter la reprise, une séquence d'efforts collectifs suivie par le partage des gains espérés en résultant au travers de dispositifs d'association du personnel au capital de l'entreprise via l'actionnariat salarié peut constituer un programme fédérateur commuant l'inquiétude¹³ en force créatrice, génératrice de sens.

Tout ce que la loi Pacte, au nom prémonitoire, avait en quelque sorte théorisé, offre aux entreprises, à la lumière de la crise du Covid-19 une opportunité sans précédent de passer aux travaux pratiques et de se doter d'une raison d'être réelle et tangible.

12. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

13. 9 cadres sur 10 anticipent un impact sur leur entreprise (enquête Kantar précitée).



Lucas Bergkamp • Partner, Hunton
Andrew Kurth

La responsabilité des États dans la gestion de l'épidémie du Covid-19 : droit international et droit néerlandais

Le Covid-19 a amené les gouvernements européens à prendre toute une série de mesures pour lutter contre la propagation de la maladie. Certains ont adopté des mesures relativement souples ou ont tardé à prendre des mesures strictes, tandis que d'autres ont été plus proactifs et ont mis en place des restrictions dès le début de la crise.

Cet article traite de la responsabilité potentielle des gouvernements en cas de négligence et d'omissions concernant les mesures relatives au Covid-19. L'accent est mis sur la Chine et les Pays-Bas. La responsabilité de l'État peut être engagée si les gouvernements ont été négligents dans la lutte contre la menace de l'épidémie de Covid-19, en particulier lorsqu'ils ont créé des risques en n'appliquant pas des restrictions ou en ne le faisant pas en temps voulu, ou s'ils n'ont pas réussi à protéger la santé publique et les vies humaines. Ces questions sont analysées en référence au droit international et à celui des Pays-Bas, qui disposent d'un système bien développé – bien que singulier – de responsabilité de l'État¹.

Bien entendu, il est également possible que les gouvernements soient reconnus responsables des dommages causés par les mesures de lutte contre le Covid-19. Par exemple, les mesures exigeant la fermeture de cafés et de restaurants causeront un préjudice économique à leurs exploitants. Ce type de responsabilité potentielle n'est pas abordé dans le présent article. Il convient toutefois de noter que les gouvernements sont susceptibles d'offrir une compensation pour les dommages causés par ces mesures.

I. Responsabilité internationale de l'État

Outre la responsabilité découlant du droit national, un État pourrait être responsable sur le fondement du droit international. La Commission du droit international des Nations Unies a adopté un ensemble de règles relatives à

la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite². Un État commet un « fait internationalement illicite » lorsque son action ou son omission : (1) est attribuable à l'État en vertu du droit international et (2) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Étant donné l'ampleur du rôle des États dans la lutte contre les épidémies, une omission à cette règle pourrait leur être imputable. En vertu du droit international, les États ont le devoir de coopérer avec d'autres États et de protéger ces derniers contre les actes préjudiciables commis par des personnes relevant de leur juridiction³. On peut soutenir qu'une obligation de notification des épidémies de maladies infectieuses⁴ peut être déduite du devoir de coopération des États et du Règlement sanitaire international de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)⁵.

La question est de savoir si la Chine a respecté son obligation de droit international en ce qui concerne l'épidémie du Covid-19 à Wuhan. Il a été avancé que la Chine a « supprimé les informations sur le virus, n'a pas fait grand-chose pour le contenir et l'a laissé se propager sans contrôle dans les premiers jours et les premières semaines qui ont été décisives »⁶.

La Chine a attendu jusqu'au 31 décembre 2019 avant de déclarer à l'antenne nationale de l'OMS « une pneumonie de cause inconnue détectée à Wuhan, en Chine »⁷. Auparavant, le médecin qui avait tenté d'alerter sur l'épidémie à Wuhan avait été réduit au silence par les autorités chinoises⁸. Le 15 janvier 2020, la Chine a indiqué qu'elle n'avait pas trouvé de preuve de transmission interhumaine du coronavirus⁹. En outre, il est prouvé que le gouvernement chinois, malgré l'épidémie de SRAS, n'a pas réussi à réglementer adéquatement les marchés des animaux sauvages, qui sont des sources majeures de virus, y compris de coronavirus¹⁰.

Ainsi, la Chine pourrait bien être responsable en vertu du droit international sur la base d'un « acte illicite ». Si tel est le cas, la Chine serait tenue de « réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Les dispositions du droit chinois ne peuvent justifier un fait internationalement illicite. Le terme « préjudice » est défini de manière à inclure tout dommage, matériel ou mo-

1. Les tribunaux civils des Pays-Bas traitent également les plaintes contre l'État en matière politique.

2. CDI, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001.
3. v., par ex., l'affaire Trail Smelter (États-Unis c. Canada), *Recueil des sentences arbitrales internationales*, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, Vol III, pp 1905-98.
4. O. Bozhenko, "More on Public International Law and Infectious Diseases : Foundations of the Obligation to Report Epidemic Outbreaks", *EJIL:Talk!*, 15 août 2019.
5. OMS, Règlement sanitaire international, *WHO Press*, 2005.
6. S. Hamid, "China Is Avoiding Blame by Trolling the World", *The Atlantic*, 19 mars 2020.
7. OMS, "Coronavirus".
8. H. Davidson, "Chinese Inquiry Exonerates Coronavirus Whistleblower Doctor", *The Guardian*, 20 mars 2020.
9. N. Givas, "WHO Haunted by Old Tweet Saying China Found No Human Transmission of Coronavirus", *New York Post*, 20 mars 2020.
10. Vox, "How wildlife trade is linked to Corona viruses", 6 mars 2020.

ral, causé par le fait internationalement illicite d'un État¹¹. Le préjudice économique, le manque à gagner et tout « dommage financièrement évaluable » sont également couverts¹². Par conséquent, le champ d'application de la responsabilité de l'État en droit international est large en Chine.

Bien entendu, la Chine n'est pas le seul État exposé à la responsabilité internationale de l'État ; d'autres États qui ont manqué à leurs obligations vis-à-vis d'autres États peuvent également être responsables. Par exemple, il a été rapporté que des stations de ski autrichiennes ont d'abord ignoré le Covid-19 afin d'éviter de nuire à leur économie¹³. Les Pays-Bas peuvent eux aussi être exposés à la responsabilité internationale de l'État, bien que, contrairement à la Chine, ils puissent invoquer comme défense le fait que l'OMS a également agi très tard, en partie parce qu'elle n'était pas disposée à affronter la Chine¹⁴.

II. La réponse du gouvernement néerlandais à l'épidémie de Covid-19

La réponse du gouvernement néerlandais à la pandémie de Covid-19 a été lente. Le 29 janvier 2020, un membre de la deuxième chambre du Parlement a demandé un débat d'urgence sur l'épidémie de Covid-19, mais sa demande a été rejetée par la majorité¹⁵. Un jour plus tard, le 30 janvier 2020, l'OMS a déclaré l'épidémie de Covid-19 « urgence de santé publique de portée internationale »¹⁶. Cela faisait suite à un appel de l'OMS le 13 janvier 2020, après que le premier patient atteint du Covid-19 hors de Chine ait été confirmé, en faveur d'une surveillance active et de la préparation. Le 21 février 2020, l'OMS a averti que « la fenêtre d'opportunité pour contenir l'épidémie se rétrécit et que la communauté internationale doit agir rapidement ». Pour aider les pays à se préparer, l'OMS a publié une liste de contrôle, qui comprend des questions comme celle de savoir s'il y a suffisamment de matériel médical¹⁷.

En ce qui concerne la santé publique, le gouvernement hollandais est assisté par l'Institut national pour la santé publique et l'environnement ("RIVM"), qui fait partie du ministère de la santé publique, du bien-être et des sports¹⁸. Au début de l'épidémie de Covid-19, le RIVM parlait effectivement au nom du gouvernement néerlandais. Comme nous le verrons plus loin, les communications

du RIVM ont causé beaucoup de confusion, et certaines d'entre elles étaient incorrectes, non étayées par des données scientifiques ou incompatibles avec les recommandations de l'OMS¹⁹.

Les choses devenant incontrôlables, le Premier ministre Mark Rutte, a dû se mettre au courant des problèmes et a repris certaines des communications relatives aux mesures politiques. Trois problématiques liées à la réponse du gouvernement néerlandais à l'épidémie de Covid-19 sont abordées ci-dessous : (IV) l'objectif poursuivi par le gouvernement néerlandais dans la lutte contre l'épidémie de Covid-19 ; (V) le retard dans la prise de mesures de réponse adéquates (restrictions de voyage, restrictions des interactions sociales) ; et (VI) le manque de préparation et de transparence dans la lutte contre l'épidémie. Avant d'en arriver là, la section suivante examine brièvement la responsabilité de l'État pour une politique inadéquate.

III. Règles néerlandaises en matière de responsabilité de l'État

Les citoyens néerlandais peuvent engager la responsabilité du gouvernement néerlandais de deux manières. Premièrement, une organisation non gouvernementale (ONG) a le droit d'intenter une action collective contre le gouvernement afin de le contraindre à adopter une politique plus stricte ou de demander une indemnisation pour les dommages causés par une politique inadéquate²⁰.

Un récent arrêt de la Cour suprême dans une affaire liée à la politique climatique (Urgenda) a confirmé que ces ONG ont des droits de participation étendus, et que le droit à la vie établi dans la Convention européenne des droits de l'homme impose au gouvernement une obligation positive de protéger un large éventail de risques pour la santé et la sécurité, y compris les risques liés au changement climatique²¹. L'arrêt de la Cour a également assoupli les exigences de causalité en introduisant le concept de responsabilité partielle, qui est lié à la causalité proportionnelle.

Deuxièmement, toute victime d'un acte illégal commis par le gouvernement peut intenter une action en justice pour demander réparation des dommages subis²². Dans les deux cas, la norme de responsabilité est la même : l'État commet un acte illégal si, par sa commission ou son omission, il porte atteinte aux droits des citoyens ou ne respecte pas son devoir en vertu de la loi ou des normes sociales. Pour avoir gain de cause, la victime doit prouver qu'il existe un lien de causalité entre la violation de l'État et le dommage qu'elle a subi²³.

11. CDI, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001), *supra*, note 3, article 31.

12. *Ibid*, art. 36.

13. C. Boyd, "How Austria's 'Ibiza of the Alps' Ski Resort Helped Spread Coronavirus Throughout Europe as Officials Probe Whether Infections at the Resort were Covered Up to Protect Tourism", *Mail Online*, 24 mars 2020.

14. S.L. Miller, "Abolish the World Health Organization", *Spectator USA*, 24 mars 2020 ; B. Blanchard, "Taiwan Says WHO Not Sharing Coronavirus Information It Provides, Pressing Complaints", *Reuters*, 30 mars 2020.

15. B. Reijmerink, "FLASHBACK : VVD lachte Thierry Baudet UIT toen hij corona-alarm sloeg 1", *DDS*, 23 mars 2020.

16. OMS, "Coronavirus", *supra*, note 8.

17. *Ibid*.

18. *Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieuhygiëne* : <<https://www.rivm.nl>>.

19. L. Gasthuis, "De coronacrisis in tweets van het RIVM : een tijdslijn", *Elsevier Weekblad*, mars 2020.

20. art 3:305a, Burgerlijk wetboek.

21. Hoge Raad, 20 décembre 2019 <<https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>>.

22. art. 6:162, Burgerlijk wetboek.

23. Cf. L. Di Bella, L'application des exigences de causalité, de relativité et d'attribution à l'acte illégal du gouvernement (document rédigé en danois), *Rijksuniversiteit Leiden*, 2014.

IV. Objectif poursuivi

Dans les premiers jours de la propagation du virus, l'objectif du gouvernement néerlandais n'a pas été la protection de la santé publique, mais plutôt la prévention de l'inquiétude du public afin d'éviter les perturbations économiques. Les communications du RIVM en janvier et février 2020 illustrent la manière dont le RIVM a tenté de bercer les gens dans un faux sentiment de sécurité²⁴. Les restrictions de voyage et autres mesures visant à limiter les interactions sociales n'ont été imposées que très tard. L'objectif primordial était d'éviter tout préjudice économique. Le RIVM était aux commandes²⁵.

Une fois cet objectif devenu politiquement intenable, le nouvel objectif est devenu la création d'une « immunité collective ». Cet objectif s'est également avéré produire un contre-coup important, car les gens ont commencé à se rendre compte que cela entraînerait un pic de nombreux décès, en particulier parmi les personnes âgées et vulnérables. En réponse, le Premier ministre a tenté de reformuler l'objectif en « immunité contrôlée de la population ». L'objectif actuel n'est pas clair, mais il semble plus proche de la réduction des décès dus au Covid-19 et de la suppression de l'épidémie, bien qu'une semaine après le confinement, la pression politique en faveur d'un assouplissement des mesures se soit déjà accrue.

V. Retard dans les mesures d'intervention

L'objectif initial étant d'éviter la panique et les perturbations économiques, le RIVM n'a recommandé aucune mesure ou restriction dans la première phase, et ce même si KLM continuait à assurer des vols vers Wuhan²⁶. Après la déclaration de l'état d'urgence par l'Italie le 31 janvier 2020²⁷, le RIVM n'a pas découragé les résidents néerlandais de se rendre en Lombardie. En conséquence, le premier cas aux Pays-Bas, qui a été signalé le 27 février 2020²⁸, concernait une personne qui était revenue de Lombardie.

Néanmoins, le RIVM n'a pas vu d'inconvénient à ce que de grands groupes partent en vacances et skient dans le nord de l'Italie ; cela a surpris un groupe d'étudiants en

vacances qui ont eux-mêmes décidé de leur propre gré de rentrer plus tôt aux Pays-Bas²⁹. Ce n'est que le 13 mars que les vols en provenance des points chauds ont été annulés³⁰. De même, les festivités du carnaval du Mardi Gras dans le sud des Pays-Bas n'ont pas été annulées, ce qui a fait du Brabant un *cluster*³¹.

Les limitations des interactions sociales ont également été imposées très tard et à contrecœur. Lorsque le Premier ministre Rutte a annoncé la recommandation de s'abstenir de toute poignée de main, il a serré la main du chef du RIVM à la suite de cette annonce³².

Le gouvernement n'a pas pris de mesures sérieuses pour lutter contre l'épidémie avant le 16 mars 2020, après que la Fédération des médecins spécialistes ait donné le signal d'alarme³³ ; le lendemain, le gouvernement a décidé que les écoles, les garderies, les bars, les restaurants, les clubs sportifs et les maisons closes devaient fermer³⁴. D'autres mesures, y compris des sanctions, sous l'appellation erronée de « confinement intelligent », ont été adoptées jusqu'au 23 mars 2020.³⁵ Même à cette date, la confusion sur les mesures est restée grande.³⁶

VI. Manque de préparation et de transparence

Le 3 février 2020, le RIVM a annoncé qu'il était « très bien préparé si le virus arrive aux Pays-Bas »³⁷. Au fur et à mesure que la crise se déroulait, il est toutefois apparu que les préparatifs étaient inadéquats à différents niveaux – les capacités de test, de traçage et de surveillance étaient insuffisantes, il n'y avait pas assez de masques et de vêtements et équipements de protection, la capacité des hôpitaux et des unités de soins intensifs semblait insuffisante³⁸, il n'y avait pas de système en place pour la répartition des patients Covid-19 entre les hôpitaux et il n'y avait pas de système de

24. « Le risque d'un patient atteint du COVID-19 aux Pays-Bas est faible » (21 janvier 2020) ; « la maladie ne semble pas très contagieuse » (24 janvier 2020) ; « il est possible que le virus atteigne les Pays-Bas, mais la probabilité qu'il s'y propage est faible » (28 janvier 2020) ; si le virus arrive aux Pays-Bas, « diverses mesures seront prises pour empêcher la propagation du virus » (3 février 2020) ; « seules les personnes malades sont contagieuses » (11 février 2020) ; le RIVM explique dans un vidéo pourquoi les gens ne doivent pas s'inquiéter (14 février 2020) ; « les hôpitaux néerlandais peuvent fournir les bons soins et les unités de soins intensifs ont une capacité suffisante » (24 février 2020) ; « le virus est tout à fait comme la grippe » (25 février 2020) ; les écoles ne doivent pas être fermées (1er mars 2020) ; il n'y a aucune raison d'annuler les événements de masse et les concerts (5 mars 2020) ; et « le taux de mortalité n'est pas inquiétant », 12 mars 2020 ; L. Gasthuis, "De coronacrisis in tweets van het RIVM : een tijdslijn", *supra*, note 20.

25. L. Bergkamp, "Corona-pandemie : economische technocratie faalt in tijden van crisis - De feiten rond COVID-19 liegen niet", *OpinieZ*, 15 mars 2020.

26. KLM, <<https://www.klm.com/en-be/flights-to-wuhan>>.

27. O. Schneider, "Coronavirus Update : Italy Declares State of Emergency", *The Brussels Times*, 31 janvier 2020.

28. « Premier cas de corona aux Pays-Bas, à quelques kilomètres de la frontière belge : la question est maintenant : Avec qui a-t-il été en contact ? » *Nieuwsblad*, 27 févr. 2020.

29. C. Berkhout, « Vindicat interrompt son voyage de ski en Italie : 'Nous n'avions pas besoin de la GGD plus tôt, mais nous voulons dissiper les inquiétudes concernant le coronavirus », *Dagblad van het Noorden*, 5 mars 2020.

30. J. Bailey, "Netherlands to Block Flights from Coronavirus Hotspots Later Today", *Simple Flying*, 13 mars 2020.

31. "RIVM, 'il ne semble pas que le carnaval de Tilburg ait été un problème'".

32. "Oeps. Rutte serre la main après avoir proclamé une interdiction de serrer la main", *RTL News*, 9 mars 2020.

33. "Medical specialists question open schools", *Parool*, 14 mars 2020.

34. E. Schaart, "Dutch PM : We Won't Impose National Lockdown", *Politico*, 16 mars 2020.

35. "The Dutch Ban Gatherings Until June 1, Give Mayors More Powers, Bring in Fines", *Dutch News*, 23 mars 2020.

36. "Corona measures: what can and cannot be done until April 6 (and June 1)", *NOS*, 24 mars 2020.

37. L. Gasthuis, "The corona crisis in tweets from the RIVM : a timeline", *supra*, note 20.

38. L'état a ignoré les avertissements en 2016 selon lesquels il n'y aurait pas suffisamment de lits de soins intensifs en cas d'épidémie : "Les équipes de crise ont déjà averti en 2016 de la pénurie de lits de soins intensifs en cas de pandémie", *nu.nl*, 27 mars 2020. Une commande de respirateurs supplémentaires n'a été passée qu'à la mi-mars : "Philips top man : 'Les Pays-Bas ont commandé des respirateurs il y a deux semaines'", *NOS*, 30 mars 2020. Le RIVM a utilisé un modèle erroné pour prédire le nombre de lits de soins intensifs nécessaires : B. Soetenhorst et J. van Kempen, "IC's sneller vol : 'RIVM has calculated with wrong prognoses'", *Parool*, 30 mars 2020.

mesure de la température corporelle de la population³⁹.

Tout au long de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, le gouvernement néerlandais a donné l'impression d'essayer de rattraper le retard pris. L'incapacité à tester la population a été un problème clé. L'OMS a constamment recommandé le dépistage comme élément central de la stratégie de lutte contre l'épidémie⁴⁰. Le RIVM, cependant, a limité le dépistage à quelques petits groupes seulement ; même les professionnels de la santé n'ont pas été systématiquement testés. Le nord des Pays-Bas, qui comptait moins de cas de Covid-19, n'était pas d'accord avec les recommandations du RIVM et a annoncé un vaste programme de dépistage⁴¹. On a également fait valoir que les données du RIVM étaient dépassées⁴².

Ni le RIVM ni le gouvernement néerlandais n'ont fait preuve de transparence quant aux données et aux analyses qui sous-tendent leurs recommandations et leurs mesures politiques. Aucune évaluation des risques solide, aucun modèle ou scénario et aucune analyse coûts-avantages des mesures politiques alternatives n'ont été publiés. L'objectif de la politique de lutte contre le Covid-19 a changé au fil du temps, et il n'est toujours pas clair. Aucune stratégie ni un plan d'action n'a été clairement formulée. Les sites web du RIVM et du ministère de la santé publique ne fournissent que des données et des analyses limitées ; il est impossible de déterminer quelles données, analyses et hypothèses le RIVM et le gouvernement ont utilisées pour arriver à leurs prévisions et interventions.

La participation du public au processus est impossible. En raison de cette inadéquation et du vide qui en résulte, le RIVM, qui n'a aucune légitimité démocratique, a déterminé, dans la phase initiale, les politiques clés, y compris la politique de prévention de l'inquiétude du public et du préjudice économique. Après que les protestations du public aient attiré les hommes politiques dans ce processus d'élaboration des politiques, la plupart du temps, le RIVM a continué à être aux commandes, car les hommes politiques préféraient se cacher derrière la science.

Au 31 mars 2020, il y avait 12.595 cas confirmés de Covid-19 aux Pays-Bas, 4.712 patients ont été hospitalisés, 1.070 ont reçu des soins intensifs⁴³ et 1.039 sont décédés⁴⁴. En raison de sa réponse tardive et inadéquate, les Pays-Bas se classe dans le peloton de tête en termes de décès

du Covid-19 par million d'habitants⁴⁵.

Conclusion

La crise du Covid-19 soulève des questions sur le rôle des gouvernements dans la gestion de l'épidémie. Cet article passe brièvement en revue le rôle de la Chine et des Pays-Bas. Dans chaque cas, les omissions négligentes et autres actes négligents ou illégaux sont des déclencheurs de la responsabilité potentielle de l'État. Dans le cas de la Chine, sa réaction tardive et la dissimulation initiale de l'épidémie de Wuhan ont permis au virus de se propager au-delà de la Chine. Ces omissions pourraient bien constituer un préjudice international pour lequel la Chine est responsable vis-à-vis d'autres États qui ont subi des dommages, y compris des dommages économiques, en conséquence.

La réponse du gouvernement néerlandais face à l'épidémie du Covid-19 a été inadéquate à bien des égards. Par conséquent, en vertu du droit néerlandais de la responsabilité civile, l'État néerlandais peut être tenu responsable des dommages causés par ces omissions. Le récent arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Urgenda sur le climat apporte un soutien supplémentaire à ce type de réclamations.

Le lien de causalité sera probablement une question clé, mais les concepts de responsabilité partielle et de causalité proportionnelle peuvent être utiles à cet égard. Si l'État doit protéger ses citoyens contre les risques lointains du changement climatique dans la seconde moitié du siècle, il doit également les protéger contre les risques immédiats de Covid-19 en 2020⁴⁶.

En bref, l'épidémie de Covid-19 ne sera peut-être pas tout à fait terminée lorsque les infections auront diminué. Les États qui n'ont pas réussi à contrôler la propagation du virus seront probablement tenus pour responsables et, éventuellement, redevables.

39. Plusieurs mesures mises en œuvre par Singapour n'ont pas été appliquées aux Pays-Bas : L. Bergkamp, "Corona pandemic : economic technocracy fails in times of crisis", *supra*, note 26.

40. "WHO head : 'Our key message is : test, test, test'", 16 mars 2020.

41. "Groningen ignore les conseils nationaux et va faire des tests supplémentaires sur la corona, ce virologue de l'UMCG explique pourquoi", *Dagblad van het Noorden*, 23 mars 2020.

42. "Microbiologistes médicaux : 'L'information RIVM est à la traîne et incomplète'", *NOS*, 12 mars 2020.

43. National Intensive Care Evaluation, "COVID-19 infections in the Dutch ICUs", 31 mars 2020.

44. RIVM : <<https://www.rivm.nl/nieuws/actuele-informatie-over-coronavirus>>.

45. Worldometer : <<https://www.worldometers.info/coronavirus>>.

46. Cf R. Darwall, "The Coronavirus Pandemic versus the Climate Change Emergency", *The Hill*, 29 mars 2020.



Enrico Bonadio • Reader in Intellectual Property Law, City, University of London

Andrea Baldini • Director of NJU Center for Sino-Italian Cultural Studies, Nanjing University, China

Covid-19 et brevets : une tension permanente entre droit de propriété et protection de la santé publique

En janvier 2020, des chercheurs de l'Institut de virologie de Wuhan ont déposé un brevet couvrant l'utilisation du *remdesivir*, un médicament antiviral expérimental, pour traiter le Covid-19. Normalement, cela devrait être une raison de se réjouir : le Covid-19, une maladie mortelle de type pneumonie causée par le nouveau coronavirus, a jusqu'à présent tué des milliers de personnes dans le monde et en a rendu beaucoup plus malades, ce qui a poussé les chercheurs à se battre pour mettre au point un traitement efficace¹. Le médicament a été mis au point et produit par Gilead Sciences, une société pharmaceutique basée en Californie, qui avait déposé des demandes de brevet auprès de plusieurs offices de brevets, notamment en Chine, couvrant une « méthode de traitement de l'infection par les virus *arenaviridae* et *coronaviridae* »².

Le *remdesivir* a été développé à l'origine pour traiter la maladie du virus Ebola (EVD). De novembre 2018 à août 2019, le médicament a fait l'objet d'un essai expérimental de phase 3³. Un échantillon relativement important de patients atteints du virus Ebola a été traité avec le *remdesivir*, qui s'est révélé moins efficace que d'autres médicaments. Pourtant, en début d'année, les scientifiques se sont soudainement intéressés à certaines études indiquant que le traitement développé par Gilead pourrait avoir une efficacité contre les coronavirus tels que le MERS et, espérons-le, le Covid-19 qui s'est répandu rapidement⁴.

Les démarches de l'Institut de virologie de Wuhan tendant à revendiquer ses droits sur une utilisation (encore) non prouvée du médicament, en pleine crise sanitaire, a

été fortement critiquée⁵. Il faut noter que la demande de brevet de l'Institut de virologie de Wuhan a été déposée avant que les scientifiques ne commencent les expériences sur l'efficacité du *remdesivir* contre le Covid-19. En effet, les premières études *in vitro* de l'Institut de virologie de Wuhan suggérant que le *remdesivir* et un médicament antipaludéen – appelé chloroquine – pouvaient tous deux inhiber efficacement le Covid-19 ont été publiées au début du mois de février⁶. Les premières études de phase 3 sur le *remdesivir* chez des patients infectés par la Covid-19 ont commencé après la publication de cette étude⁷.

Étant donné l'ampleur de la pandémie de Covid-19, on pourrait s'attendre à ce qu'un institut de virologie situé à son épice initial consacre ses ressources et son énergie à contenir la propagation du virus sous-jacent, ou peut-être à la recherche de nouvelles thérapies et de nouveaux vaccins, et non à breveter des utilisations (prétendument nouvelles) de médicaments qu'il n'a ni développés ni testés. Bien que licite, la décision de l'Institut de virologie de Wuhan de déposer un brevet dans ce cas est éthiquement discutable et pourrait avoir un impact négatif sur les efforts de coopération de la Chine en matière de santé publique et de recherche médicale.

En réponse au tollé général, l'Institut de virologie de Wuhan a défendu sa demande de brevet en affirmant qu'elle était faite dans l'intérêt national. Il a ajouté qu'il serait prêt à renoncer à faire valoir ses droits de brevet si des sociétés pharmaceutiques étrangères – en l'occurrence, Gilead – collaboraient avec les autorités chinoises pour enrayer la pandémie⁸. Si l'Institut de virologie de Wuhan ne se préoccupait vraiment que de la santé publique et de l'accès aux médicaments vitaux en cas d'urgence, il existe déjà un mécanisme qui donne aux pays une certaine souplesse en matière de propriété intellectuelle (PI) dans un tel cas : les licences obligatoires. Bien que controversées, elles permettent aux fabricants de médicaments éligibles de fabriquer et de vendre légalement des versions copiées de médicaments brevetés en cas d'urgence nationale, de crise de santé publique ou dans d'autres cas d'extrême nécessité. En guise de compensation pour le titulaire initial du brevet, l'autorité compétente – dans le cas de la Chine, il s'agirait de l'Administration nationale de la propriété intellectuelle – exigerait des fabricants qu'ils paient un « prix de marché équitable » pour le médicament⁹.

Les licences obligatoires sont explicitement autorisées en vertu des articles 48 à 50 de la loi chinoise sur les brevets, bien que le pays n'en ait pas encore délivré, et elles sont conformes à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété in-

1. Y. Roulin, "Wuhan's Much-Maligned Virology Institute Seeks Patent on US Drug", *Sixth Tone*, 11 février 2020.
2. v. la demande de brevet chinois n° CN108348526A.
3. S. Mulangu et al, "A Randomized, Controlled Trial of Ebola Virus Disease Therapeutics" *381 New England Journal of Medicine* 2293, 2019.
4. T.P. Sheahan et al, "Comparative Therapeutic Efficacy of Remdesivir and Combination Lopinavir, Ritonavir, and Interferon Beta against MERS-CoV", *11 Nature Communications*, 2020.

5. W. Haiyun, "China to Begin Testing Ebola Drug on Coronavirus Patients", *Sixth Tone*, 3 février 2020.
6. M. Wang et al, "Remdesivir and Chloroquine Effectively Inhibit the Recently Emerged Novel Coronavirus (2019-nCoV) In Vitro", *30 Cell Research* 269, 2020.
7. <<https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04252664?term=remdesivir&draw=2&rank=2>>.
8. A. Winingier, "Wuhan Institute of Virology Applies for a Patent on Gilead's Remdesivir", *The National Law Review*, 6 février 2020.
9. <<http://english.cnipa.gov.cn>>.

tellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui définit les normes mondiales de protection des droits de propriété intellectuelle. La déclaration de Doha de 2001 sur l'accord ADPIC et la santé publique, adoptée par la conférence ministérielle de l'OMC, a confirmé que les licences obligatoires peuvent être utilisées sous certaines conditions. Et lorsqu'elles ont été accordées, elles ont entraîné des réductions importantes des prix des médicaments.

En 2012, par exemple, le fabricant indien de médicaments génériques Natco s'est vu accorder une licence obligatoire pour le *sorafenib*, un médicament anticancéreux, après que l'office des brevets du pays ait jugé que Bayer AG, le détenteur du brevet du *sorafenib*, n'en avait pas fait assez pour mettre ce médicament à la disposition des citoyens indiens. Natco a dû payer 6 % de redevances à la société allemande, un chiffre basé sur les directives des Nations unies, et a proposé de vendre sa version 97 % moins cher que Bayer¹⁰.

Étant donné l'ampleur de la crise sanitaire actuelle, le fait qu'une société chinoise dépose une demande de licence obligatoire ne serait pas nécessairement perçu comme une tentative de contourner de manière injustifiée les droits de brevet de Gilead. Après tout, en réponse à la crise du coronavirus, Israël a délivré en mars une licence obligatoire pour le Kaletra, un médicament contre le VIH dont l'efficacité est actuellement testée pour le traitement du Covid-19. Le brevet est détenu par la société pharmaceutique américaine AbbVie, et la licence permettra à Israël d'importer la version générique du Kaletra produite par la société indienne Hetero¹¹. En outre, le parlement chilien¹² et l'Assemblée nationale équatorienne¹³ ont adopté des résolutions qui ouvrent la voie à la délivrance de licences obligatoires pour lutter contre l'épidémie de coronavirus, et le gouvernement allemand a commencé à élaborer des plans pour limiter les droits de propriété sur les brevets au regard de la pandémie¹⁴. En Amérique du Nord, le Canada suit également cette voie¹⁵.

La stratégie inhabituelle adoptée par l'Institut de virologie de Wuhan – qui cherche à breveter une utilisation non testée d'un médicament de manière à ce qu'elle puisse interférer avec les droits de brevet détenus par une société étrangère – a soulevé des difficultés. Certains critiques ont accusé l'institut d'essayer d'éviter de payer à Gilead une redevance de licence en cas d'octroi d'une licence obligatoire¹⁶. D'autres ont interprété son geste

comme une tentative de placer ses pions dans d'éventuelles négociations de prix à venir avec la société¹⁷.

Une autre entité chinoise a été critiquée par les défenseurs des brevets : la société BrightGene Bio-Medical Technology, basée à Suzhou, qui pourrait également être attaquée après avoir confirmé qu'elle avait synthétisé le principe actif du *remdesivir* sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du détenteur du brevet. Bien que la société se soit déclarée encline à la conclusion d'un accord de licence volontaire avec Gilead dans l'avenir, elle affirme également que son travail n'a pas enfreint les droits de brevet de cette société parce que le produit final n'est pas vendu sur le marché¹⁸. Mais cela est très discutable. En effet, en vertu des lois internationales et nationales sur les brevets, la fabrication d'un médicament breveté, même s'il n'est pas encore en vente, n'en reste pas moins une contrefaçon de brevet¹⁹.

Les stratégies adoptées par l'Institut de virologie de Wuhan et BrightGene comportent des risques réels. En particulier, elles peuvent susciter les soupçons des entreprises internationales à l'égard de leurs homologues chinois. Cela pourrait à son tour entraver la coopération vitale en matière de recherche entre la Chine et le monde. Gilead, par exemple, a proposé des échantillons de *remdesivir* pour des essais cliniques pendant l'épidémie actuelle. D'autres grandes entreprises pharmaceutiques internationales qui travaillent actuellement sur des vaccins contre le Covid-19, comme Johnson & Johnson et GlaxoSmithKline, pourraient être moins incitées à le faire à l'avenir si elles pensent que la Chine ne soutiendra pas leurs revendications en matière de propriété intellectuelle. Une attitude de collaboration a également été démontrée par AbbVie qui, en mars 2020, a informé qu'en raison de l'urgence sanitaire actuelle, elle cesserait de faire respecter son brevet Kaletra partout dans le monde, ainsi qu'en ce qui concerne le traitement du VIH²⁰.

L'Institut de virologie de Wuhan et BrightGene ne sont pas les seules entités qui ont été critiquées. Gilead lui-même a été critiqué après que sa version du *remdesivir* ait obtenu en mars 2020 la désignation de médicament orphelin de la *Food and Drug Administration* américaine. En vertu de la loi américaine sur les médicaments orphelins, cette désignation accorde une période d'exclusivité commerciale de sept ans, ainsi que des incitations fiscales et autres aux entreprises pharmaceutiques qui produisent des médicaments pour des maladies rares qui touchent moins de 200.000 personnes. Gilead a été réprimandé pour avoir demandé ce statut et avoir ainsi cherché à obtenir des droits exclusifs « malgré

10. E. Bonadio, "Compulsory Licensing of Patents : The Bayer/Natco Case", 10 *European Intellectual Property Review* 719, 2012.

11. S. Kass, "Israel Defies AbbVie IP to Import Generic Drugs for COVID-19", *Law360*, 19 mars 2020.

12. v. La résolution 896 adoptée par la Chambre des députés du Chili le 17 mars 2020.

13. <<https://www.keionline.org/32429>>.

14. T. Musmann, "German Government Plans Possibilities to Limit Patents in View of Corona Pandemic", *Kluwer Patent Blog*, 24 mars 2020.

15. R. O'Neill, "Canada Authorises Compulsory Licences for COVID-19", *Life Sciences Intellectual Property Review*, 27 mars 2020.

16. J. McDonald et L.A. Johnson, "Chinese Scientists Ask for Patent on US Drug to Fight Virus", *Associated Press News*, 6 février 2020.

17. S. Decker, D. Lyu et H. Fan, "Gilead Declines on HIV Patent Fight Loss, China IP Interest", *Bloomberg*, 5 février 2020.

18. A. Liu, "Chinese Firm Copies Gilead's Remdesivir, the Most Promising Drug against the New Coronavirus", *FiercePharma*, 12 février 2020.

19. v., par ex., l'art. 28 de l'accord ADPIC de l'OMC.

20. E't Hoen, "Covid-19 and the Comeback of Compulsory Licensing", *Medicines Law and Policy*, 23 mars 2020 ; D.P. Mancini, "AbbVie Drops Patent Rights for Kaletra Antiviral Treatment", *Financial Times*, 23 mars 2020.

les appels à la solidarité » pour faire face à la pandémie²¹. Après avoir été critiqué, Gilead a informé le public qu'il avait demandé l'annulation de la désignation de médicament orphelin²².

Comme mentionné précédemment, on peut soutenir que ces comportements sont éthiquement discutables – et en particulier que le système des brevets ne devrait pas être utilisé pour rendre l'accès aux médicaments plus difficile – surtout en cas de pandémie. Pouvons-nous vraiment justifier des lois sur la PI qui sont utilisées d'une manière qui limite la disponibilité des médicaments et vise à augmenter les profits en cas d'urgence sanitaire ?

La crise nous enseigne une leçon claire en matière de justifications philosophiques de la PI : les théories égoïstes sont incapables d'offrir des arguments convaincants pour fonder la protection de la PI²³. En effet, les théories qui considèrent le gain personnel (à la fois en termes de réalisation existentielle de soi²⁴ ou de gain économique²⁵) comme la seule source légitime d'une défense éthique de la PI et comme une raison primordiale en cas de conflit entre le bien-être individuel et le bien-être de la société semblent intenable. La pandémie montre l'interconnectivité essentielle des êtres humains en tant que communauté dans laquelle le bonheur individuel ne devient possible que si un certain niveau de bien-être est partagé collectivement.

En ce sens, les justifications plausibles de la protection de la propriété intellectuelle doivent tenir compte de la relation entre les besoins et les préoccupations individuels et collectifs. C'est précisément ce que fait l'utilitarisme : il offre un argument en faveur de la PI qui reconnaît des motifs égoïstes, bien que dans un cadre altruiste plus large où l'utilité sociétale fonctionne comme le but ultime de nos pratiques. Les versions traditionnelles de cet argument suggèrent que les incitations aux auteurs et inventeurs contribuent à maximiser l'utilité sociale, ce qui est le principe clé des théories éthiques utilitaristes²⁶.

En ce sens, la protection de la PI récompense les innovateurs, qui sont ensuite incités à investir davantage de temps dans des activités inventives et créatives. Cela favorise à son tour une utilité sociale optimale. Les récompenses ne se justifient qu'en fonction du bien qu'elles apportent indirectement à l'ensemble de la société. Dans cette optique, le gain personnel n'est donc qu'un moyen d'atteindre un objectif supérieur. Il est clair qu'une telle

approche utilitaire s'inscrit parfaitement dans le discours de l'industrie pharmaceutique, axé sur les incitations, selon lequel « si les brevets pharmaceutiques ne sont pas rendus disponibles, les efforts de recherche et de développement seront découragés ».

Les formes traditionnelles d'utilitarisme présentent des limites dans la mesure où elles tendent à identifier les innovateurs comme des sujets individuels (soit des personnes, des institutions ou des entreprises). Cependant, comme le montrent clairement les efforts de la communauté scientifique en cette période de crise, le processus de découverte est souvent distribué et peut très bien bénéficier de collaborations entre différentes entités. En ce sens, certains innovateurs peuvent très bien être des sujets collectifs plutôt qu'individuels, et leur activité doit être protégée. Par conséquent, parmi les implications moins évidentes des justifications altruistes de la PI, nous avons ce qui suit : la PI devrait établir des conditions favorables à la collaboration et à l'échange et accélérer le processus de découverte scientifique.

Il est souvent difficile d'équilibrer ces deux forces opposées. La crise du sida et du VIH des années 1980 et 1990 nous a déjà montré comment les lois sur les brevets peuvent être utilisées pour s'opposer aux politiques adoptées par des gouvernements démocratiquement élus pour équilibrer les droits de brevet et rendre les médicaments plus abordables.

En effet, en 1998, un groupe de sociétés pharmaceutiques a poursuivi le gouvernement sud-africain en justice pour tenter de l'empêcher d'introduire une législation visant à réduire le prix des médicaments, la principale objection étant que la loi sud-africaine sur les médicaments de 1998 avait arbitrairement réduit la protection des brevets (l'action en justice a été abandonnée en 2001)²⁷.

Ce que ces comportements contestables (anciens et récents) nous enseignent, c'est que la protection de la PI, et en particulier le droit des brevets, doivent faire l'objet de beaucoup d'attention, comme la volonté de mettre ponctuellement de côté des considérations financières au profit de préoccupations éthiques ou morales, surtout lorsqu'il s'agit de faire face à des urgences sanitaires mondiales sans précédent comme la pandémie du Covid-19.

Si les lois sur la PI sont certainement cruciales en ce qu'elles encouragent le développement de médicaments (souvent) vitaux, elles sont loin d'être parfaites et pourraient très bien nécessiter d'autres ajustements ou réformes pour répondre à des intérêts publics primordiaux. La solution n'est pas d'éroder une confiance mutuelle plus que jamais nécessaire pour que la coopération internationale en matière de santé publique fonctionne.

21. D.P. Mancini, "Gilead Criticised Over 'Orphan Status' for Potential Virus Treatment", *Financial Times*, 24 mars 2020.

22. v. le communiqué de presse de Gilead.

23. Pour un aperçu instructif des justifications philosophiques de la propriété intellectuelle, v. A. Moore et K. Himma, "Intellectual Property" in E.N. Zalta, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2018.

24. G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, A. Wood (ed.), Cambridge University Press, 1991.

25. J. Locke, *The Second Treatise of Government*, Leslett, P (ed.), CUP, 1988.

26. T.G. Palmer, "Are Patents and Copyrights Morally Justified - The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects Symposium on Law and Philosophy", 13 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 817, 1990.

27. W.W. Fisher III et CP Rigamonti, "The South Africa AIDS Controversy: A Case Study in Patent Law and Policy", *Cyber Harvard*, 10 février 2005.



Morten Broberg • Professeur, Université de Copenhague*

Une approche critique du Règlement sanitaire mondial (2005) de l'OMS en temps de pandémie : une révision impérative !

28

I. Les épidémies : des externalités inévitables et dangereuses

En 2010, lorsque le monde fut frappé de la grippe porcine, Bill Gates, philanthrope et fondateur de Microsoft écrivait : « il faut espérer que cette épidémie servira de signal d'alarme pour nous inciter à investir dans de meilleures capacités, car d'autres épidémies surviendront dans les décennies à venir et rien ne garantit que nous aurons de la chance la prochaine fois. La Grippe espagnole a en 1918, tué plus de 50 millions de personnes »¹.

En parallèle, chaque année le « *US intelligence community* » rédige un rapport sur l'évaluation des risques mondiaux. En janvier 2019, nous pouvions lire ceci : « nous évaluons que les États-Unis et le monde demeurent exposés aux risques d'une pandémie grippale ou une maladie contagieuse à grande échelle qui pourrait provoquer un taux élevé de décès et d'invalidité et affecterait sérieusement l'économie mondiale »².

Dans cette même veine, en septembre 2019, le Conseil mondial de suivi de la préparation aux pandémies (GPMB) observait que : « s'il est exact de dire que le passé est un prologue, alors il existe une menace très sérieuse de la diffusion très importante d'une maladie létale affectant les voies respiratoires et qui pourrait à terme, tuer entre 50 et 80 millions de personnes. Une pandémie mondiale de cette ampleur serait catastrophique, créant des ravages, de l'instabilité et de l'insécurité à grande échelle ainsi qu'un choc économique d'au moins 5%. Force est de constater que le monde n'est pas préparé »³.

* Cet article a été rédigé en mars 2020. Toutes les données concernant la pandémie de Covid-19 sont basées sur les informations disponibles à ce moment-là.

1. B. Gates, "A Better Response to the Next Pandemic", *blog post*, 18 janvier 2010.
2. Statement for the Record – *Worldwide Threat Assessment of the US Intelligence Community*, 29 Janvier 2019, p. 21.
3. Global Preparedness Monitoring Board, "A World at Risk: Annual Report on Global Preparedness for Health Emergencies", OMS, 2019.

Les 3 exemples ci-dessus issus d'une liste de nombreuses mises en garde émises au cours de la dernière décennie, suggéraient que l'humanité devait se préparer à une épidémie d'envergure potentiellement dévastatrice.

Le SRAS-COV-2 plus communément appelé le Covid-19, aurait émergé dans la province du Hubei en Chine. Le patient zéro fut découvert entre novembre et décembre 2019 mais cette découverte n'a toutefois pas stoppé la diffusion du virus. Le 31 décembre de cette même année l'OMS fut informée de « cas de pneumonies d'origine inconnue qui ont été détectés dans la ville de Wuhan dans le province du Hubei en Chine »⁴. Dans la première quinzaine du mois de janvier 2020, des cas de Covid-19 ont ensuite été signalés en Thaïlande puis au Japon. Ce fut le début d'une diffusion rapide du virus à travers le globe. En matière de coordination de lutte contre les maladies contagieuses, l'OMS est l'acteur international le plus important. Cet article présente d'abord la compétence de l'OMS pour la coordination des travaux de lutte contre les épidémies à travers le Règlement Sanitaire International (II). Ensuite, il identifie les faiblesses de cette base juridique (III) et indique des solutions pour y remédier (IV). L'article se termine par quelques remarques finales (V).

II. Les compétences de l'OMS dans la lutte contre les épidémies

L'OMS fut créée en 1948 et en 2020, presque tous les États en sont désormais membres. Son objectif, à la lumière des traités est « d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »⁵. Dans cette finalité, l'OMS est mandatée pour diriger et coordonner les activités sanitaires internationales⁶, de fournir une assistance technique et en cas d'urgence l'aide nécessaire à la demande ou à l'acceptation des gouvernement⁷, et de stimuler et faire progresser les travaux visant à éradiquer les maladies épidémiques, endémiques et autres⁸. Dans ce cadre, l'Assemblée Mondiale de la Santé (AMS) a été établie en tant qu'organe décisionnel composé de délégués des États membres⁹. Cette institution, dispose de la compétence pour adopter conventions et autres actes internationaux dans la limite du principe de spécialité¹⁰. Par ailleurs, l'AMS peut également « légiférer » sur des règlements relatifs aux exigences sanitaires et de quarantaine et autres procédures destinées à prévenir la propagation internationale des maladies et des pandémies¹¹.

L'OMS apparaît ainsi comme la pierre angulaire du système de la « réglementation sanitaire mondiale ».

4. OMS, « *Novel Coronavirus (2019-nCoV) Situation Report – 1* », 21 janv. 2020.
5. OMS, *Traité constitutif*, art. 1.
6. *Ibid*, art. 2, point a.
7. *Ibid*, art. 2, point d.
8. *Ibid*, art 2 point g.
9. *Ibid*, arts. 9 et 10.
10. *Ibid*, art. 19.
11. *Ibid*, art. 21, point a.

Toutefois, la coopération internationale dans le domaine de la santé remonte au milieu du 19^{ème} siècle. Le premier Règlement Sanitaire International (RSI) vit le jour en 1851 à travers la première conférence internationale sanitaire dans laquelle plusieurs États européens eurent à rédiger les premières normes internationales pour lutter contre le choléra.

Consécutivement à sa création en 1948, l'OMS utilisa un premier instrument en vue d'harmoniser les législations mondiales : le RSI. En 1969, il fut amendé et mis à jour. Le texte initial couvrait seulement six maladies¹². Le périmètre a été ensuite réduit à trois maladies : le choléra, la peste et la fièvre jaune. Au fil du temps, il est apparu que le RSI (1969) souffrait de graves lacunes, notamment en ce qui concerne la lutte contre les maladies transmissibles transfrontalières. Premièrement, de nombreuses maladies n'étaient pas couvertes par la notification à l'OMS. Deuxièmement, le RSI version 1969, avait été rédigé de telle sorte que l'OMS dépendait de la déclaration par chaque État de l'apparition d'une maladie – et souvent les États s'abstenaient simplement de le faire.

Troisièmement, il y avait un manque apparent d'outils formalisés et appropriés pour la coordination internationale de la prévention de la propagation des maladies. Peu avant le tournant des années 2000, les travaux en vue d'une révision complète du RSI (1969) furent lancés et sa révision fut approfondie à la lumière de l'épidémie de SRAS en 2003¹³ et en 2005¹⁴, l'AMS adoptait la version révisée qui est encore en vigueur aujourd'hui.

Le RSI (2005) figure parmi les textes les plus ratifiés par les États¹⁵. Il propose de : « prévenir la propagation internationale des maladies, s'en protéger, la maîtriser et y apporter une réponse de santé publique proportionnée et limitée aux risques de santé publique, et qui évite toute entrave inutile au trafic et au commerce internationaux »¹⁶. Pour notre étude, il est particulièrement important de relever que les membres de l'OMS se sont engagés à notifier à l'organisation les événements susceptibles de constituer ce que l'on appelle une « urgence de santé publique de portée internationale »¹⁷.

Par rapport au texte original, le RSI (2005) dans sa version amendée constitue une expansion sans précédent de la compétence de l'OMS. En effet, on passe d'un régime où les maladies devant être notifiées sont strictement délimitées à un *scope* législatif beaucoup plus large où tout événement pouvant être considéré comme une « urgence de santé publique de portée internationale » se doit d'être notifié. Par principe, cela inclut donc toute apparition d'une maladie transmissible. A l'instar de la version ini-

tiale, le nouveau texte de 2005, repose encore principalement sur les notifications des États membres de l'OMS.

Toutefois, il permet également à l'OMS d'examiner les « événements » possible et plausibles sur la base d'informations reçues de sources autres que l'État où l'événement est censé avoir eu lieu, par exemple des informations fournies par les médias, des chercheurs ou des organisations non gouvernementales¹⁸. De plus, le règlement permet à l'OMS de coopérer avec les États membres et les autres organisations internationales pour combattre les maladies et autres virus même si l'État dans lequel la maladie s'est déclarée est peu enclin à coopérer¹⁹.

Lorsque les autorités chinoises ont réalisé qu'un virus ayant toutes les caractéristiques d'une pandémie avait éclaté sur leur territoire, ils ont mis en place des mesures draconiennes en vue de prévenir sa diffusion. En Corée du Sud ou à Taiwan²⁰, les autorités sanitaires ont été capable de contenir le Covid-19. A l'inverse elle s'est propagée de manière spectaculaire dans d'autres États à l'image de l'Iran, de l'Italie ou encore de l'Espagne.

Le 30 janvier 2020, le directeur général de l'OMS déclarait que le Covid-19 était une « urgence de santé publique de portée internationale » (*i.e.* événement extraordinaire dont il est établi qu'il constitue un risque pour la santé publique d'autres États en raison de la propagation internationale d'une maladie et pour lequel une réponse internationale coordonnée pourrait éventuellement être nécessaire)²¹. Cette déclaration autorisait l'OMS à émettre des recommandations dites « temporaires » telles que des mesures sanitaires spécifiques à mettre en œuvre les États où la maladie s'est déclarée.

Elle a également permis à l'OMS d'émettre des « recommandations temporaires » adressées à d'autres États afin de réduire la propagation internationale de la maladie et d'éviter toute interférence inutile avec les flux internationaux²². Les recommandations temporaires doivent être abrogées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires – et, en tout état de cause, elles expirent automatiquement trois mois après avoir été émises²³. En ce qui concerne le Covid-19, l'OMS en a rédigé plusieurs, bien que les États destinataires ne s'y soient pas conformés de manière cohérente²⁴.

L'expérience acquise par l'OMS lors de la gestion d'épidémies antérieures montre clairement que le RSI (2005) souffre d'un certain nombre de faiblesses, et il faut s'attendre à ce que ces faiblesses se manifestent également lors de la présente pandémie (III).

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*, arts 9 et 10.

20. En ce qui concerne plus particulièrement le traitement du Covid-19 par Taiwan, v. C. Wang, C. NG et R.-H. Brook, "Response to COVID-19 in Taiwan – Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing", *JAMA*, 2020.

21. *op. cit.*, art. 1.

22. *Ibid.*, art. 15.

23. *Ibid.*, arts 15, (1) et (3) et 49.

24. J. Zaracostas, "What Next for the Coronavirus Response?", *The Lancet*, 2020, p. 305.

12. Choléra, peste, fièvre récurrente, variole, typhus et fièvre jaune.

13. AMS, Resolution 56.29, 28 mai 2003 (Syndrome respiratoire aigu (SARS)).

14. L. Gostin, « Global Health Law », *Harvard University Press*, 2014, ch. 6.

15. *Ibid.*, p. 185.

16. RSI (2005), art. 2.

17. RSI (2005), art. 6(1). « l'urgence de santé publique de portée internationale » a été définie dans l'annexe 2 du règlement.

III. Les faiblesses du RSI (2005) refondu

Le RSI (2005) est entré en vigueur le 15 juin 2007. Courant printemps 2009, la grippe porcine s'est répandue dans une large part du globe. Pour la première fois, le 25 avril 2009, celle qui était alors la directrice de l'OMS utilisa la notion d'« urgence de santé publique de portée internationale »²⁵. Toutefois, cette déclaration fut critiquée de toute part puisqu'elle alimentait la machine à peur et plusieurs États s'étaient en conséquence, abstenus de se conformer aux recommandations²⁶.

Depuis 2005, le plan d'urgence fut utilisé à 5 reprises²⁷, la plus récente est celle relative au Covid-19. Plus que l'épidémie actuelle, c'est la crise relative à Ebola qui souligne les lacunes des instruments normatifs dont dispose l'OMS.

Les évaluations de la gestion de cette épidémie sont unanimement critiques et vont jusqu'à affirmer qu'une meilleure préparation et une réponse plus rapide et mieux coordonnée auraient pu prévenir la plupart des 11.000 décès directement attribués à Ebola, ainsi que les crises économiques, sociales et sanitaires plus générales qui en ont découlé²⁸.

Pour une réponse efficace aux crises sanitaires mondiales, il apparaît tout d'abord fondamental que les États membres se conforment aux recommandations émises par l'organisation internationale. Mais l'examen des réponses à la gestion des différentes épidémies par l'OMS montre que, en règle générale, les États ne suivent que partiellement les recommandations et le respect du RSI (2005)²⁹. Premièrement, plusieurs États membres n'ont tout simplement pas les ressources nécessaires pour suivre les règles. Deuxièmement, certains États ne peuvent ou ne veulent pas notifier rapidement à l'OMS les foyers de maladie. Troisièmement, les États membres de l'OMS peuvent introduire leurs propres restrictions de voyage et de commerce, même si ces initiatives peuvent être inutiles ou être en contradiction avec les recommandations de l'organisation sectorielle.

En ce qui concerne le manque de ressources, l'article 5(1) du RSI (2005) établit que les États membres « développent, renforcent et maintiennent la capacité de détecter, d'évaluer, de notifier et de déclarer les événements » dans le cadre de l'OMS, et il fixe des délais pour le respect de ces exigences. Si un État membre n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences, il peut demander le soutien de l'OMS³⁰.

Plusieurs États n'ont toujours pas été en mesure de se conformer aux exigences et, parmi eux, certains n'ont

même pas pu ou voulu procéder à une auto-évaluation satisfaisante (obligatoire) de leur capacité à satisfaire aux exigences du RSI (2005)³¹. Dans ce contexte, plusieurs propositions ont été avancées quant à la meilleure façon d'encourager les gouvernements à allouer des moyens suffisants pour assurer le respect de leurs obligations de surveillance en cas d'apparition de maladies transmissibles. Ces propositions comprennent l'offre d'une assistance technique ou d'une aide au développement pour la mise en œuvre de programmes ou encore l'exercice de pressions diplomatiques et l'obligation pour le Fonds monétaire international de tenir compte de la « préparation aux épidémies » lors de la préparation de ses « rapports par pays » (étant donné qu'un rapport négatif augmente le coût des emprunts pour le pays en question).

En ce qui concerne les retards dans la notification des épidémies à l'OMS (comme l'exige le RSI (2005)), ils sont essentiellement dus au fait que ces informations peuvent nuire au tourisme et au commerce nationaux³². Il est donc nécessaire de trouver des moyens de compenser les conséquences négatives de la notification des épidémies et de contrebalancer ainsi la réticence innée de nombreux États à procéder à une notification rapide³³. La réticence des États à signaler rapidement les épidémies est intimement liée au troisième défi, à savoir que les États qui ne sont pas directement touchés par l'épidémie se sont montrés prêts à introduire des restrictions préventives en matière de voyage et de commerce à l'encontre de l'État déclarant, même dans les situations où l'OMS a clairement indiqué que de telles restrictions ne sont pas objectivement justifiables³⁴. En particulier pour un État financièrement faible, il peut donc être tout à fait rationnel de s'abstenir de déclarer une épidémie – même si c'est, en principe, une obligation en vertu du RSI (2005) – et d'espérer au contraire qu'elle ne se transforme pas en épidémie.

Or le RSI (2005) exige expressément que les mesures visant à lutter contre les épidémies interfèrent le moins possible avec le trafic mondial, une position reflétée dans les recommandations de l'OMS. Néanmoins, les exemples abondent d'États et d'entreprises introduisant des restrictions disproportionnées par rapport aux États qui ont signalé des épidémies. Il est donc inévitablement plus difficile de convaincre les États qui connaissent des épidémies

25. M. Chan, DG de l'OMS (2007-2017), *Déclaration sur la grippe porcine du 25 avril 2009*.

26. L.-O. Gostin, M.-C. DeBartolo et E.-A. Friedman, « The International Health Regulations 10 Years On: The Governing Framework for Global Health Security », 386 *The Lancet* 2222, 2015.

27. Les cinq cas sont les suivants : la « Polio » (2014), Ebola (2014), Zika (2016), Ebola (2019) et SRAS-CoV-2 (2020).

28. S. Moon et al, "Post-Ebola Reforms: Ample Analysis, Inadequate Action", *BMJ*, 2017.

29. *Ibid.*

30. *op. cit.*, art. 5 (3).

31. Cf Gostin et al, *supra*, note 26, 2224 ; S. Moon et al, *supra*, note 28, 356-57.

32. v. également B. Bennett et T. Carney, "Public Health Emergencies of International Concern: Global, Regional, and Local Responses to Risk", *Medical law review*, n°223, 2017, p 234. Les deux auteurs font valoir que dans la gouvernance mondiale de la santé, il est important de définir clairement les rôles et de répartir les responsabilités et les obligations de reporting. Ils estiment que pour garantir que la gouvernance mondiale de la gestion des risques liés aux maladies infectieuses ne reste pas fragmentaire et imparfaite, il est important de veiller à « la clarification du reporting », ainsi qu'aux « mécanismes connexes de responsabilisation et d'application nécessaires pour s'assurer que les pays respectent leurs obligations au titre du RSI ».

33. La Banque mondiale a mis au point une « facilité de financement d'urgence en cas de pandémie » qui offre aux pays pauvres la possibilité de recevoir une aide financière s'ils sont touchés par une pandémie de grippe ou de coronavirus. V. eg. la fiche d'information de la Banque mondiale : "Pandemic Emergency Financing Facility", 20 mars 2020.

34. L.-O. Gostin, M.-C. DeBartolo et E.-A. Friedman, *op. cit.*, p 2224-5.

d'accélérer le processus de notification.

IV. Remédier aux carences du RSI (2005)

Bien que la nouvelle mouture du règlement constitue un bond en avant par rapport au texte de 1969, il souffre néanmoins de faiblesses importantes. Il fut avancé que le nouvel RSI avait été rédigé sur la base d'une hypothèse selon laquelle les maladies contagieuses éclatent dans les pays pauvres du Sud, de sorte que l'objectif de la réglementation internationale de ces maladies est de protéger les pays riches du Nord contre la propagation de ces maladies. Une telle acception est erronée³⁵.

Cependant, comme les États du Sud disposent en moyenne de moins de ressources pour détecter les maladies transmissibles et y répondre à un stade précoce, le risque est plus élevé si de telles maladies se déclarent, puisqu'elles peuvent rapidement devenir ingérables dans le contexte économique et financier de ces pays. De plus, dans un monde globalisé, les relations transfrontalières sont si omniprésentes que si une maladie transmissible échappe à tout contrôle, il sera très difficile pour un État de la maintenir en dehors de ses frontières. En effet, la propagation du Covid-19 en témoigne.

En surface, le RSI (2005) vise à détecter et à contenir le plus tôt possible les maladies potentiellement transmissibles de manière à affecter le moins possible le libre échange des personnes et des biens. Mais la réalité est beaucoup plus nuancée. D'abord, il présuppose que les États concernés disposent de ressources suffisantes pour détecter, évaluer, notifier et signaler les foyers (éventuels) de maladies transmissibles. En réalité, de nombreux États ne disposent pas de ces ressources, et plus encore, il s'écoule du temps entre l'apparition d'une maladie transmissible et le moment où elle est « détectée, évaluée, notifiée et signalée », plus il est probable qu'elle commence à se propager de manière incontrôlée. Deuxièmement, il existe une nette asymétrie coûts-avantages entre, d'une part, l'État ou les États d'où provient l'épidémie et, d'autre part, pratiquement tous les autres États.

Ainsi, si un événement (une maladie) justifiant une notification survient dans un État donné, cet État doit allouer des ressources pour se conformer d'abord aux exigences de surveillance du texte, ensuite, pour lutter contre l'apparition de la maladie. En outre, cet État peut s'attendre à des conséquences économiques négatives en raison d'une baisse du tourisme étranger et du commerce international. En revanche, si l'État touché parvient à contenir la maladie sur son territoire, tous les autres États en bénéficieront.

La solution consiste sans doute à rendre à la fois possible et attrayante pour tous les États de lutter efficacement contre tout événement susceptible de se transformer en épidémie transfrontalière, mais cette solution sera coûteuse³⁶. Tout d'abord, des ressources financières et hu-

maines devront être mises à la disposition des États qui n'ont pas eux-mêmes la capacité de se conformer au RSI (2005), et l'OMS doit pouvoir faire appel à des professionnels de la santé compétents qui peuvent être déployés à très court terme, chaque fois que le besoin s'en fait sentir. Deuxièmement, nous devons veiller à ce qu'il y ait une incitation économique positive pour tous les États à se conformer aux textes.

Ainsi, plutôt que de punir les États qui ne respectent pas le RSI (2005) et de les encourager ainsi à supprimer les informations sur les maladies à déclaration obligatoire, nous devrions récompenser les États les plus faibles qui respectent le RSI (2005). Ces deux mesures sont coûteuses et impliquent l'allocation de montants substantiels de financement supplémentaire à l'OMS sur une base continue.

V- Remarques finales

En 1918, le monde a été frappé par la grippe espagnole, un virus dont on estime qu'il a infecté environ 500 millions de personnes, soit l'équivalent d'un quart de la population mondiale totale de l'époque.

On évalue que le nombre de personnes qui sont mortes de cette maladie varie entre 17 et 100 millions. La grippe espagnole est arrivée en trois vagues. La première vague est arrivée au printemps 1918 et a tué un très grand nombre de personnes.

À l'automne 1918, la deuxième vague balaya le monde entier. Ceux qui avaient survécu à la première vague étaient devenus immunisés, mais le virus avait muté entre la première et la deuxième vague pour devenir beaucoup plus mortel. Une troisième vague a suivi à l'hiver/au printemps 1919. Selon les rapports sur le Covid-19, le virus est extrêmement contagieux, mais seule une petite proportion des personnes infectées tombent gravement malades, et moins encore meurent. Mais le nombre très élevé de personnes infectées signifie que même cette petite proportion de patients gravement malades exerce une pression considérable sur nos hôpitaux. Il est facile de voir que si le virus conserve sa capacité à se propager, mais qu'il mute en même temps, il devient de facto beaucoup plus mortel, « nous passerons du chaos à l'Armageddon »³⁷.

Cependant, la pandémie causée par le Covid-19 est un signal d'alarme trop fort pour être ignoré et nous rappelle qu'il est grand temps de nous préparer contre les maladies transmissibles qui nous frapperont à l'avenir ; nous devons notamment veiller à ce que l'OMS soit bien mieux équipée pour mener ce combat.

S. Moon Et Al, "Will Ebola Change the Game ?", in The Report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola, *the Lancet* n°386, 2015, p 2204.

37. On estime qu'environ 2 % de toutes les personnes qui ont été infectées par le SRAS-CoV-2 au cours de la période 2019-2020 sont décédées. Ce chiffre peut être comparé au taux de mortalité du virus Ebola, qui, depuis 1976, a été estimé à environ 50 % ; ou au MERS entre 2012 et 2019, où l'on estime que 34 % des personnes infectées sont décédées ; ou enfin à l'épidémie de SRAS en 2003, où l'on estime que 10 % des patients infectés sont décédés ; E. Mahase, "Coronavirus : Covid-19 Has Killed More People than SARS and MERS Combined, Despite Lower Case Fatality Rate", *BMJ* m641, 2020 ; OMS, "Fact-sheet, 'Ebola virus disease'", 10 février 2020.

35. L.-O. Gostin, M.-C. DeBartolo et E.-A. Friedman, *op. cit.*, p 179.

36. V., par ex., « Conseil mondial de suivi de la préparation aux pandémies (GPMB) » ; et



Lukasz Gruzczynski • Associate Professor, Kozminski University, Warsaw • Research Fellow, CSS Institute for Legal Studies, Budapest*

Covid-19 et commerce international : turbulences temporaires ou changement de paradigme ?

L'épidémie de Covid-19 a pris le monde par surprise. Elle fut à l'origine considérée comme un problème purement interne à la Chine, puis à l'Asie. Les gouvernements des autres États ont cru que la maladie pouvait être contenue et contrôlée dans la région, à l'image des schémas de diffusion des précédentes épidémies, comme le SRAS. Cependant, en raison d'une combinaison de différents facteurs de nature environnementaux, sanitaires, politiques et réglementaires¹, l'épidémie s'est rapidement étendue à d'autres parties du monde et a finalement été reconnue par l'Organisation mondiale de la santé comme une pandémie. L'interconnexion existante entre les pays a évidemment facilité cette expansion.

Jusqu'à présent, la pandémie a été principalement considérée comme un problème de santé publique. Au 3 avril 2020, on comptait ainsi plus d'un million de cas confirmés dans le monde, avec près de 60.000 décès enregistrés². Si certains pays semblent maîtriser la situation (comme la Chine), d'autres luttent encore pour ralentir la propagation de la maladie à l'instar de l'Italie et l'Espagne qui en sont aux premiers stades qui se caractérisent par une croissance exponentielle du nombre de cas (comme les États-Unis et la Pologne). Il existe cependant d'autres conséquences potentiellement toutes aussi graves, dont l'importance ne sera appréciée qu'avec le temps.

L'urgence sanitaire du temps présent, sera suivie d'une crise économique et politique qui pourrait finalement entraîner de graves perturbations sociales, car les coûts de la pandémie seront non seulement élevés, mais aussi

inégalement répartis, tant entre les pays qu'entre les différentes classes sociales au sein d'un même État³.

En ce qui concerne l'aspect économique, la plupart des experts s'attendent à voir en 2020 une récession mondiale qui pourrait prendre une forme sévère pour certains pays ou régions. Par exemple, JP Morgan Research prévoit une contraction du PIB sur deux trimestres aux États-Unis, comprise entre -10 % et -25 %, et pour la zone euro, entre -15 % et -22 %⁴.

La crise politique peut se manifester non seulement au niveau national, en sapant le soutien politique aux gouvernements actuels, mais également au niveau régional voire international. Dans ce contexte, certains experts, par exemple, s'inquiètent de l'avenir du projet d'intégration européenne, en soulignant la réponse inadéquate des institutions européennes. D'autres considèrent la pandémie du Covid-19 comme une menace existentielle pour la démocratie libérale. En effet, certains signes avant-coureurs indiquent que les tendances autocratiques ou illibérales actuelles pourraient se renforcer à l'avenir⁵.

Le commerce international est également l'une des victimes potentielles de la pandémie. Il est trop tôt pour évaluer l'impact réel des différents processus qui se déroulent actuellement. Au lieu d'identifier et d'analyser les probabilités des différents scénarios, on peut mettre en évidence la grille de lecture qui semble se dessiner sur le terrain. À cette fin, les deux sections suivantes traitent des conséquences à court et à long terme de la pandémie actuelle pour le commerce international. La dernière section présente quelques brèves conclusions.

I. Les conséquences à court terme de l'épidémie

L'épidémie de Covid-19 a déjà provoqué une profonde perturbation du commerce mondial, affectant à la fois l'offre et la demande de l'économie mondiale. De nombreux gouvernements ont ordonné la fermeture temporaire des sites de production non essentiels, tandis que de nombreuses entreprises ont fait ce choix volontairement ou ont simplement diminué leur production en raison de perturbations dans leurs chaînes d'approvisionnement.

L'impact de la pandémie est cependant bien plus visible dans le secteur des services internationaux. Les principales victimes sont le tourisme international, le transport aérien de passagers et le transport par conteneurs. Les transactions financières mondiales ainsi que les services des technologies de l'information et de la communication ont également

* Cette recherche a été financée par le *National Science Centre* (Pologne) conformément à la subvention numéro UMO-2018/31/B/HS5/03556.

1. L'ampleur de l'épidémie initiale est due au fait que les autorités chinoises ont ignoré, pour des raisons politiques, les premiers signes de l'épidémie en cours, alors que de nombreux autres pays ont tardé à prendre des mesures réglementaires. La Covid-19 en tant que tel s'est avérée avoir un taux de transmission relativement élevé, un nombre considérable de personnes infectées étant asymptomatique, cela facilite les nouvelles infections.
2. Cf John Hopkins University & Medicine, *Coronavirus Resource Center*.
3. Pour un aperçu intéressant des différents récits sur la pandémie de Covid-19 et ses conséquences, V. A. Roberts et N. Lamp, "Is the Virus Killing Globalization? There's No One Answer", *Barron's*, 15 mars 2020.
4. JP Morgan, "Fallout from COVID-19: Global Recession, Zero Interest Rates and Emergency Policy Actions", 27 mars 2020.
5. Par exemple, le Parlement hongrois a récemment adopté une loi qui donne un pouvoir pratiquement illimité au Premier ministre (voir L. Gall, « Hungary's "Orban Uses Pandemic to Seize Unlimited Power", *Human Rights Watch*, 23 mars 2020. La Chine utilise également la crise actuelle pour consolider le pouvoir du Parti communiste.

connu une baisse significative⁶. En outre, selon la récente évaluation de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), qui repose sur des hypothèses prudentes, l'épidémie de Covid-19 entraînera une diminution des investissements étrangers directs mondiaux de 5 à 15 % en 2020⁷. La demande a également été touchée, les consommateurs du monde entier souhaitent épargner plutôt que consommer. Ce phénomène peut être attribué à une crainte commune de perte de revenus (due par exemple au chômage) et à une incertitude accrue. Dans l'ensemble, il faut s'attendre à une baisse continue du volume du commerce international dans les mois à venir. L'ampleur de ce déclin est difficile à prévoir.

Ces dernières semaines ont également vu une augmentation significative du recours par les États de mesures de politique commerciale liées au Covid-19. En particulier, certains pays ont décidé d'établir des contrôles à l'exportation de certains produits médicaux (par exemple, les ventilateurs médicaux, certains médicaments, les équipements de protection individuelle) sous la forme d'interdictions temporaires d'exportation ou de l'ajout d'exigences en matière de licences/autorisations⁸. D'autres pays, soucieux de la sécurité de leurs approvisionnements alimentaires, ont introduit des restrictions à l'exportation de produits agricoles spécifiques, et ces décisions ont suscité de véritables inquiétudes quant aux pénuries alimentaires potentielles sur le marché mondial au cours de la deuxième partie de l'année⁹.

Le problème semble suffisamment grave pour avoir conduit à une déclaration conjointe des directeurs généraux de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, de l'Organisation mondiale de la santé et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dans laquelle ils ont noté que « l'incertitude quant à la disponibilité des denrées alimentaires peut déclencher une vague de restrictions [supplémentaires] à l'exportation, créant ainsi une pénurie sur le marché mondial ». Dans ce contexte, ils ont appelé les pays à veiller à ce que leurs mesures commerciales ne perturbent pas la chaîne d'approvisionnement alimentaire¹⁰.

Toutefois, il serait erroné de penser que la situation épidémiologique actuelle n'a fait qu'entraîner une vague de restrictions commerciales. Le tableau est beaucoup plus complexe. En effet, un certain nombre d'États ont récemment supprimé ou suspendu certains contrôles commerciaux. Par exemple, l'Argentine a suspendu ses droits

antidumping sur les importations de certains produits médicaux en provenance de Chine, tandis que le Canada a temporairement supprimé les droits de douane pour des catégories spécifiques de produits s'ils sont importés par des organismes de santé publique, des hôpitaux et des sites de test, ou s'ils sont destinés à être utilisés par des organismes de première intervention¹¹.

Il est intéressant de noter que certaines restrictions commerciales ont été réduites (temporairement), même entre les États-Unis et la Chine, les deux rivaux qui se sont trouvés pris dans une guerre commerciale au cours des deux dernières années. En particulier, les États-Unis ont décidé d'exclure une série d'équipements et d'appareils de protection médicale des droits supplémentaires imposés précédemment au titre de leur article 301, et de nouveaux produits pourraient être ajoutés à cette liste à l'avenir. De même, la Chine a accordé des exclusions temporaires de ses contre-droits pour certains produits américains (réactifs pour les tests ou des désinfectants, par exemple)¹².

La pandémie a également ralenti la progression de diverses initiatives commerciales internationales dans le monde entier, car les États sont actuellement préoccupés par la crise. Un bon exemple est le nouvel accord entre les États-Unis, le Mexique et le Canada (appelé USMCA) qui est censé remplacer l'accord actuel de l'ALENA. Bien qu'il ait déjà été ratifié par les trois parties, son entrée en vigueur dépend de la bonne exécution de ses obligations et de sa ratification au niveau national. Alors que le plan initial était prévu pour le 1er juin 2020, cette date de lancement n'est plus viable, elle semble compromise¹³.

Des problèmes similaires pourraient se poser pour l'accord commercial de phase 1 conclu en janvier entre les États-Unis et la Chine et fixant les conditions préalables pour mettre fin (au moins temporairement) à la guerre commerciale entre les deux pays. Sur cette base, la Chine s'est engagée à acheter davantage de biens et de services américains, tandis que les États-Unis ont accepté de réduire certains de leurs tarifs douaniers introduits pour les produits chinois entre 2017 et 2019. Il n'est pas certain que, dans la situation actuelle, la Chine sera en mesure d'atteindre les seuils d'achat requis, ni que les États-Unis seront en mesure de fournir une quantité suffisante de biens et de services.

De l'autre côté de l'Atlantique, les discussions entre le Royaume-Uni et l'Union européenne sur le futur de leurs relations commerciales sont également au point mort¹⁴. Selon l'accord de retrait, la période de transition pour le

6. OMC, *Services Trade Barometer*, 11 mars 2020.

7. UNCTAD, *Impact of the Coronavirus Outbreak on Global FDI*, Mars 2020.

8. En principe, ces mesures sont compatibles avec l'OMC. Bien qu'elles puissent être considérées comme des restrictions quantitatives à l'exportation interdites, elles sont potentiellement justifiées comme étant nécessaires pour protéger la santé publique. Bien entendu, elles doivent être appliquées que de manière non-discriminatoire et ne peuvent constituer une restriction déguisée au commerce international.

9. S. Nguyen, « Coronavirus: Vietnam Stockpiles Rice as Outbreak Spreads and Food Security Concerns Grow », *South China Morning Post*, 28 mars 2020.

10. Déclaration conjointe De Q. Dongyu, T. Adhanom Ghebreyesus et R. Azevêdo, directeurs généraux de la FAO, de l'OMS et de l'OMC, 31 mars 2020.

11. OMC, *COVID-19: Trade and Trade-Elected Measures*, 29 mars 2020.

12. D.-W Layton, J. Zhang et H. Li, « The Impact of COVID-19 on the US-China Trade Relationship », *Mayer Brown*, 13 mars 2020.

13. J. McGregor, "Revised NAFTA Will Not Take Effect on June 1, as Trump Had Hoped", *CBC*, 31 mars 2020.

14. S. Payne, G. Parker et J. Brunsden, "Brexit Transition Deadline in Doubt as Talks Called Off", *Financial Times*, 17 mars 2020.

Royaume-Uni se termine le 31 décembre 2020. Si aucun accord n'est conclu, les relations commerciales mutuelles seront régies par les règles de l'OMC. Cette option semble très peu attrayante, en particulier pour le monde post-Covid-19, de sorte que l'on peut s'attendre à voir la prolongation de la date limite.

II. Conséquences à long-terme

L'économie mondiale repose sur la spécialisation de la main-d'œuvre dans les différents pays. Conformément à la théorie de l'avantage comparatif, qui constitue le fondement du système actuel d'échange international de biens et de services, cette spécialisation permet de maximiser la production totale et d'améliorer le bien-être.

La pandémie Covid-19 a toutefois montré que les avantages évidents du système s'accompagnent de coûts. Comme l'ont fait remarquer deux commentateurs, « les fournisseurs à source unique, ou les régions du monde qui se spécialisent dans un produit particulier, peuvent créer une fragilité inattendue dans les moments de crise, provoquant l'effondrement des chaînes d'approvisionnement »¹⁵. De telles perturbations peuvent avoir des répercussions importantes, tant sur les entreprises individuelles que sur les systèmes mondiaux de distribution. Par exemple, la Chine est un fournisseur mondial dominant de principes actifs pour de nombreux médicaments importants.

En 2018, elles représentaient 95% des importations américaines d'ibuprofène, 91% d'hydro-cortisone, 40-45% de pénicilline et 40% d'héparine¹⁶. Une telle situation devient particulièrement problématique en temps de crise lorsque les installations de production ne sont pas pleinement opérationnelles, alors que la demande du marché intérieur peut obliger les pays à réorienter une partie de leurs exportations. Cela est également vrai pour d'autres secteurs, même si les conséquences d'éventuelles perturbations ne sont pas aussi dramatiques.

Ce risque nouvellement découvert peut éventuellement entraîner de profonds changements dans les chaînes d'approvisionnement existantes. Les premiers signes d'un tel processus ont été visibles ces dernières années, l'administration Trump ayant fait pression sur les entreprises américaines (bien que pour des raisons différentes) pour qu'elles rapatrient leur production aux États-Unis, ou du moins en dehors de la Chine¹⁷.

Il est intéressant de noter qu'il semble que les entreprises privées et les gouvernements pourraient maintenant être intéressés par l'introduction de telles modifications. Du point de vue des entreprises privées, le raccourcisse-

ment et la diversification des chaînes d'approvisionnement peuvent constituer une stratégie rationnelle qui leur permet d'assurer un fonctionnement plus fluide et d'éliminer le risque de pénurie d'approvisionnement. Pour les gouvernements, cela peut être un moyen de limiter la dépendance à l'égard d'un pays (en particulier dans les situations d'urgence) et, par conséquent, de mieux se préparer aux crises futures.

Cette façon de penser est bien illustrée par la récente déclaration du secrétaire d'État américain Mike Pompeo lors d'une interview, dans laquelle il a souligné la nécessité de « revoir fondamentalement nos chaînes d'approvisionnement et de s'assurer que nous connaissons ces chaînes et que nous les contrôlons dans des moments comme celui-ci »¹⁸. Dans le passé, les initiatives réglementaires visant à réduire les vulnérabilités des chaînes d'approvisionnement ont bénéficié d'un soutien bipartite au Congrès américain¹⁹.

S'appuyant sur des parallèles historiques, certains commentateurs affirment que les conséquences de la pandémie seront encore plus importantes. Ils prévoient une transformation profonde et durable du processus de mondialisation²⁰. Le nouveau monde, tel qu'il devrait émerger, serait caractérisé par des règles d'immigration plus strictes, de nouvelles barrières au commerce et à l'investissement et un découplage technologique, avec un rôle central réservé aux États plutôt qu'aux institutions internationales (car il semble que seuls les États soient capables d'offrir des solutions aux défis existentiels tels que la pandémie de Covid-19)²¹. La probabilité de ce scénario est encore accrue par divers développements récents.

L'ordre international existe en fait depuis un certain temps. Dans ce contexte, il convient de noter que certaines institutions multilatérales ont déjà été marginalisées. L'OMC peut servir ici de parfait exemple avec son système de règlement des différends partiellement paralysé²². En réponse à la série de crises migratoires récentes, les règles d'immigration ont également été renforcées dans de nombreux pays. Les restrictions au commerce mondial se sont multipliées ces dernières années et ne se limitent pas aux relations économiques entre les États-Unis et la Chine²³.

L'Union européenne, traditionnellement très ouverte au commerce international, a récemment adopté une position

15. H. Farrell And A. Newman, "Will the Coronavirus End Globalization as We Know It?", *Foreign Affairs*, 16 mars 2020.
16. D. Palmer And F. Bermingham, "U.S. Policymakers Worry about China 'Weaponizing' Drug Exports", *Politico*, 20 décembre 2019.
17. J.-R. Reed, "President Trump Ordered US Firms to Ditch China, but Many Already Have and More Are on the Way", *CNBC*, 1 septembre 2019. V. aussi, L. Gruszczynski Et J. Lawrence, "Trump, International Trade and Populism", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2018.

18. "Secretary Michael R. Pompeo with Hugh Hewitt of the Hugh Hewitt Show", US Department of State, 26 mars 2020.
19. J. Whalen, "Commission That Advises Congress on China Warns of Prolonged Strategic Competition", *The Washington Post*, 14 novembre 2019.
20. H. James, "A Pandemic of Deglobalization?", *Project Syndicate*, 28 février 2020.
21. I. Bremmer, "Why COVID-19 May Be a Major Blow to Globalization", *Time*, 5 Mars 2020. Pour une analyse contraire, v. Z. Karabell, "Will the Coronavirus Bring the End of Globalization? Don't Count on It", *The Wall Street Journal*, 20 Mars 2020.
22. Pour une analyse approfondie de cette crise, v. C. Lo, J. Nakagawa, T.-F. Chen (eds), *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, 2020.
23. OMC, *Overview of Developments in the International Trading Environment*. Annual Report by the Director-General (Mid-October 2018 to Mid-October 2019), 29 novembre 2019, WT/TPR/OV/22.

plus affirmée dans sa volonté d'imposer plus vigoureusement ses droits *antidumping*, ses mesures compensatoires et ses sanctions commerciales, ainsi qu'un examen stratégique des investissements²⁴. Le découplage technologique – vu par la Chine et les États-Unis en termes de concurrence pour la suprématie technologique mondiale – a été un élément important de leur guerre commerciale²⁵.

Une série de procédures fondées sur les articles 101, 102 du TFUE ont récemment engagées par la Commission européenne contre des entreprises technologiques américaines et constituent un des éléments les plus démonstratifs de ce processus. Que cela conduise à la résurrection des États nationaux (comme suggéré ci-dessus) ou plutôt à une segmentation du monde qui sera basée sur des blocs économiques régionaux autour de l'hégémonie locale qui s'affrontent dans le jeu du pouvoir mondial est encore une question ouverte²⁶.

Conclusion

Bien que certaines des conséquences à court terme de la pandémie du Covid-19 sur le commerce international soient graves, elles ne semblent pas être ingérables.

De ce point de vue, on pourrait s'attendre à ce que, une fois la pandémie disparue (ou du moins maîtrisée), le commerce international reprenne son cours normal. Toutefois, dans une autre temporalité, l'impact potentiel de la pandémie pourrait être plus profond que prévu entraînant alors des changements structurels dans le processus de mondialisation économique.

Alors que les graines d'un tel processus ont été semées il y a quelque temps, la pandémie du Covid-19 pourrait exacerber les tendances actuelles des États à se replier sur eux-mêmes et à se faire concurrence plus ouvertement pour la domination économique et politique dans le monde. La question de savoir si cela se produira effectivement dépendra en grande partie de la durée et de la gravité de la pandémie actuelle. Plus son impact sera important, plus nous aurons de chances de voir un changement de paradigme tant dans les relations commerciales internationales *per se*, que sa gouvernance.

24. H. Von Der Burchard, J. Barigazzi Et K. Oroschakoff, "Here Comes European Protectionism", *Politico*, 23 décembre 2019.

25. C.Ting-Fang et L. LI, "The Great US-China Tech Decoupling: Where Are We Now?", *Nikkei Asian Review*, 30 décembre 2019.

26. R.-D Kaplan, "Coronavirus Ushers in the Globalization We Were Afraid of", *Bloomberg Opinion*, 20 Mars 2020.



Hans W. Micklitz • Professor, European University Institute, Finland Distinguished Professor, University of Helsinki

La menace du Covid-19 : une occasion de repenser la Constitution économique et le droit privé européens

I. La crise : l'occasion d'une réforme

Le 26 juillet 2012, Mario Draghi annonçait que « dans le cadre de son mandat, la BCE est prête à faire tout ce qui est nécessaire pour préserver l'euro ». Par un langage qu'on aurait pu attribuer à Carl Schmitt, l'ancien Président de la banque centrale européenne s'était saisi de l'opportunité qu'offrait « l'État d'urgence »¹ pour dessiner une nouvelle Constitution économique européenne fondée sur le principe de la stabilité financière.

Aujourd'hui, on retient de cet épisode que le rôle central était alors joué par une institution européenne, et non nationale, dotée d'un mandat « constitutionnel » en vertu du traité de Maastricht. A travers ces quelques mots, Draghi avait apaisé les marchés financiers et, dans l'ensemble, les États membres suivirent ce credo. L'Union bancaire en fut d'ailleurs la résultante².

La crise avait cependant un champ limité – la politique monétaire et fiscale – avec de larges implications pour l'économie et la société dans l'Union européenne (UE) et les États membres. La menace introduite par le Covid-19 est fondamentalement différente. Elle fracture les sociétés et met à mal les systèmes de santé des États. L'UE n'ayant qu'une compétence sur le respect du marché intérieur, voit donc sa capacité d'action très limitée.

La crise du Covid-19 démontre enfin et surtout la vulnérabilité d'une économie mondialisée, où les dispositifs médicaux sont produits dans des chaînes d'approvisionnement mondialisées. Contrairement à la crise de l'euro,

l'ordre juridique européen ne prévoit pas d'institutions habilitées à gérer une telle crise et disposant des moyens et de recours adaptés. Il suffit d'imaginer les effets potentiels d'une déclaration de ce type de la part de l'actuelle présidente de la Commission européenne ou de la BCE.

Les acteurs clés dans la gestion de l'épidémie sont donc les États-nations, plus précisément les gouvernements nationaux et leurs dirigeants politiques. Ce que l'on peut observer, c'est un renouveau du « politique »⁴ au niveau des États membres. C'est exactement ce que les critiques du néolibéralisme européen cherchaient à obtenir⁵. Les États nations agissent dans les limites de leurs frontières et de leur ordre juridique dans le respect du droit de l'UE⁶. Ils légifèrent pour sauver la vie de leurs citoyens par la mise en place d'un filet de sécurité pour l'économie, les salariés et les entreprises.

La crise impose une hiérarchisation : la santé d'abord, l'argent ensuite ; ou plus prosaïquement, la société d'abord, l'économie ensuite. Cet ordre démontre et explique la faiblesse de l'UE en tant que quasi-État avec un ordre juridique quasi-constitutionnel construit autour de pouvoirs énumérés liés à la matière économique et son absence de souveraineté puisque les États membres demeurent les maîtres des traités. L'UE ne dispose pas de la « compétence de la compétence » pour reprendre la formule de Jellinek.

De fait, ce moment offre aux juristes une occasion unique de penser en profondeur l'ordre juridique qui devra régir la société dans laquelle nous souhaitons vivre demain et notamment au modèle économique qui pourra répondre aux attentes aux citoyens dans le monde de l'après Covid-19⁷. La pandémie a ouvert une fenêtre d'opportunité pour transgresser les frontières épistémologiques et pour penser l'inimaginable : une révision fondamentale de la Constitution économique européenne et, par là même, du droit privé européen. Elle ne restera pas ouverte longtemps.

Plus la période durera, plus des voix dissidentes se feront entendre pour revenir à la normale, pour ramener les gens au travail, pour relancer l'économie ; et plus le débat politique autour de la gestion de la crise se tournera vers ses implications économiques, plus il sera facile pour l'UE de gagner à nouveau du terrain et d'intégrer la gestion nationale de la crise dans l'ordre juridique européen et dans l'ensemble des compétences dont dispose l'UE et qui lui permettront de gérer les effets économiques de la crise.

En fonction de la gravité et de la durée de la récession attendue, on pourrait même envisager un scénario beaucoup plus radical, dans lequel les États membres uti-

1. <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

2. C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922, C. SCHMITT, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* [1922] (G. Schwab trans), University of Chicago Press, 2010, pp 5-35 ; et en particulier G. Agamben, *State of Exception*, Chicago University Press, 2015.

3. S. Grundmann Et H.-W. Micklitz, *The European Banking Union and Constitution: Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy*, Oxford, Hart Publishing 2018.

4. S. Bartolino, *The Political*, ECPR Press and Rowman & Littlefield International, 2018.

5. W. Streeck, *How Will Capitalism End? Essays on a Falling System*, Verso, 2016; D. Kochenov, G. De Búrca And A. Williams, *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

6. Une analyse détaillée révélera certainement une image plus nuancée.

7. M. Horx, *Die Welt nach Corona*.

liserait l'UE comme catalyseur pour promouvoir une *hard version* du néolibéralisme économique dans laquelle les progrès sociaux et environnementaux des dernières décennies seraient balayés tels des obstacles afin de relancer l'économie.

La relance viendra. C'est pourquoi il est nécessaire, dès aujourd'hui, de repenser la Constitution économique européenne et le droit privé européen. Dans l'euphorie potentielle qui entoure les nouvelles perspectives, il ne faut pas oublier que la gestion actuelle de la crise par les États membres de l'UE repose sur le plein fonctionnement de secteurs économiques essentiels à savoir la production et l'approvisionnement alimentaires, les banques, les soins de santé, le transports, Internet ou encore l'énergie. Le plus souvent, ces secteurs sont dominés par des multinationales, des sociétés transnationales, des opérateurs historiques nationaux et des chaînes de supermarchés. Le marché intérieur n'a pas été suspendu, du moins pas en ce qui concerne le commerce transfrontalier de biens et de services.

Ce qui est principalement en suspens, c'est la liberté individuelle – dans la langue de l'UE, la libre circulation des personnes – et les activités commerciales non essentielles dans les domaines où les petites et moyennes entreprises dominent. Il y aura des leçons à tirer pour savoir qui profitera de la crise – la politique des États membres, les gouvernements nationaux, les multinationales, le commerce en ligne, le transport de marchandises – et qui en souffrira – l'UE en tant qu'institution, l'ordre juridique européen fondé sur les quatre libertés et la concurrence, les parlements nationaux, les petites et moyennes entreprises ou les secteurs économiques non essentiels.

Que restera-t-il de l'ordre juridique européen après la crise et dans quelle mesure l'état d'urgence économique proclamé par les États membres pourrait être mis en conformité avec le droit européen ? C'est le genre de nettoyage que les juristes sont habitués à faire. Ils sont « le service après-vente de l'économie ».

II. Repenser l'ordre juridique européen

Qu'implique alors le fait de penser ou repenser l'impensable ? Il ne faut pas s'y méprendre, la dissolution de l'UE du jour au lendemain comme l'a envisagé Krastev n'aura pas lieu⁸. La majorité des juristes européens pourraient, d'une manière ou d'une autre, renouer avec les thèses développées par Baquero Cruz⁹, qui a fait l'éloge des origines historiques profondes du « droit après Auschwitz »¹⁰ : une mission de paix par le commerce, le rejet du retour à l'État-nation qui induisent une opportunité politique et théorique d'une réforme sérieuse et substantielle de l'UE.

Pour repenser l'ordre juridique européen, il n'est pas

8. I. Krastev, *After Europe*, University of Pennsylvania Press, 2017.

9. J. Baquero Cruz, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford University Press, 2018.

10. *Ibid.*

nécessaire de repartir de zéro. À partir des années 1990, l'élargissement à l'Est de l'UE, la faisabilité d'une Constitution européenne et d'un Code civil européen ont été accompagnés par une recherche juridique critique croissante. Dans l'ensemble, la critique est tombée dans l'oreille d'un sourd : l'élargissement à l'Est a été imposé en dépit des avertissements concernant l'impact d'une politique européenne indifférenciée vis-à-vis des anciennes économies socialistes, sans même parler de l'absence de structures institutionnelles démocratiques et d'une société qui souscrit aux valeurs démocratiques libérales.

L'échec de la Constitution européenne a été évité par le traité de Lisbonne, et l'échec du Code civil européen a laissé place à un ensemble de règlements et de directives qui traduisent la même volonté. Aujourd'hui à l'aune de la fin de la pandémie, nous devons analyser le droit de l'UE sous un autre jour, non pas comme une tentative laborieuse de changer la direction de la politique européenne, mais comme un scénario possible pour un nouveau départ. Dans ce qui suit, j'aimerais relier trois volets de discussion : la menace du Covid-19, les objectifs de développement durable des Nations unies et l'économie circulaire, ainsi que l'économie et la société numériques. Seule une telle perspective holistique ouvre la voie à une nouvelle Constitution économique européenne et à un nouveau droit privé européen après le Covid-19.

1. La société

La crise du Covid-19 a mis à nu les lacunes de la Constitution économique européenne et du droit privé européen de ces vingt dernières années : l'absence de dimension sociale dans le processus d'intégration par l'ordre juridique européen. C'est le premier versant de la critique qui unit les philosophes et les théoriciens du droit. Dans sa lettre à P. van Parijs, Rawls se demandait si le « consumérisme vide de sens » pourrait constituer un objectif légitime pour l'UE et pour une société européenne¹¹. Davies et Taguri mettaient quant à eux en évidence le rôle croissant des implications sociétales et culturelles dans les choix des consommateurs¹².

La promotion du commerce en ligne – qui vide nos villes et transforme la communication physique en commandes en ligne – n'est qu'une expression visible de ce qui est exclu de la boîte à outils du droit européen. Il s'agit non seulement d'étudier les gains potentiels qu'une harmonisation complète des règles de droit privé européen aurait pour la croissance économique et dans la réalisation des objectifs politiques, mais aussi pour examiner sérieusement leurs impacts sur la société.

11. J. Rawls Et P. Van Parijs, "Three letters on The Law of Peoples and the European Union", in *Autour de Rawls, numéro spécial Revue de philosophie économique*, 2003, pp 7-20.

12. G. Davies, "Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law", in D. Leczykiewicz, S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationship*, Hart Publishing, 2013, pp 53-70 ; G. Taguri, *The Cultural Implications of Market Regulation: Does EU Law Destroy the Texture of National Life?*, Thèse, Italie, 2018.

Quelle pourrait être la contribution du droit à la construction d'une nouvelle société civile européenne ? L'élargissement à l'Est semble nous apprendre qu'il y a des limites au rôle du droit dans les États post-communistes, où le rôle pro-actif de la société civile a été supprimé pendant plus de quarante ans. Cela ne signifie pas que le droit européen ne peut pas jouer un rôle plus important dans la construction d'une société européenne¹³. Cela implique de comprendre le droit du marché intérieur comme le droit de la société du marché intérieur¹⁴.

Le destinataire d'un tel ordre juridique est à la fois le citoyen-consommateur, le citoyen-travailleur et le citoyen-employeur. Une telle compréhension brise la fragmentation de la personne morale dans l'UE et établit un cadre commun pour les réglementations européennes liées à un statut (non-discrimination, droit du travail et des consommateurs)¹⁵. La question de savoir s'il est possible de combiner la citoyenneté avec les droits économiques est sujette à controverse¹⁶. Dans une lecture certes optimiste, j'ai essayé de formuler un idéal-type à partir des bribes du droit privé européen¹⁷.

2. Le développement durable

Une seconde option pour la réécriture de la Constitution économique européenne est l'appel toujours plus fort en faveur du développement durable. Celui-ci a été promu par l'UE à travers l'adoption d'un Paquet économie circulaire en 2015. Le Covid-19 offre un répit à la Terre. La Commission Juncker a mené « avec succès » toute une série de règlements et de directives couvrant de vastes domaines du droit économique et privé.

Ces mesures nouvellement adoptées suivent la philosophie du marché intérieur. La rationalité de l'efficacité du marché se greffent sur les réglementations sociales en matière de protection des consommateurs et de l'environnement. Elles s'unissent par le fait que l'économie circulaire est reléguée à quelques références de façade dans les considérants, sans aucune réflexion conceptuelle, et sans tentative quelconque de reconceptualisation.

Les objectifs de développement durable traduits dans l'économie circulaire sont maintenus strictement séparés du droit économique (marché intérieur) et du droit privé.

13. G. Comandè, "The Fifth European Union Freedom. Aggregating Citizenship, around Private Law", in H.-W. Micklitz, *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014 pp 61-101 ; K. Carr, "Regulating the Periphery: Shaking the Core European Identity Building through the Lens of Contract Law", *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/40*, 2015.
14. S. Deakin Et F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005.
15. H. Collins, "The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-National law", in S. Worthington, A. Robertson Et G. Virgo, *Revolution and Evolution in Private*, Hart Publishing 2017, pp 36-315.
16. M. Everson, "The Legacy of the Market Citizen", in J. Shaw Et G. More, *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press 1995, pp 73-90 ; N.-N. Shuibhne, "The Resilience of EU Market Citizenship", *47 Common Market Law Review* 1597, 2010.
17. H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law, Part III: Considerations on the Post-Classical Private Law*, Cambridge University Press, 2018.

Il n'y a aucune tentative de lancer un débat portant sur les objectifs de développement durable fixés par les Nations unies et sur l'économie circulaire, qui, s'ils étaient pris au sérieux, pourraient nécessiter une Constitution économique européenne différente et un droit privé européen métamorphosé. Il est urgent de dresser un bilan objectif de la situation à la lumière des 17 objectifs de développement durable qui mettent en évidence le côté obscur des règles unilatérales qui protègent les salariés et les consommateurs sans tenir compte de leurs effets contre-productifs sur l'environnement¹⁸.

Dans son ouvrage « *the Many Constitutions of Europe* »¹⁹, K. Tuori faisait la distinction entre l'élaboration de constitutions juridiques et politiques et les constitutions sectorielles : constitutions micro et macro-économiques, sociales et de sécurité. Ni lui ni von Bogdandy et Bast mentionnaient dans leur recueil l'existence éventuelle d'une constitution environnementale ou durable²⁰. Les éléments inscrits à l'article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et à l'article 191 du TFUE rendent difficile, voire impossible, de déduire les conséquences concrètes de la place de l'environnement par rapport à la constitution micro et macro-économique actuelle²¹.

C'est ici que se situe l'engagement politique des États membres à donner forme à une nouvelle constitution économique européenne. Le Covid-19 renforcera la transformation de l'État nation en un État pilote ou plutôt une reconfiguration de l'« l'État Providence » sous la forme de « l'État de précaution »²².

Les États membres de l'UE devront s'assurer que le secteur de la santé ne souffrira plus à l'avenir de pénurie de matériel médical et de produits pharmaceutiques vitaux et que les industries essentielles qui sont indispensables pour lutter contre la prochaine menace de pandémie soient désormais situées au sein de l'UE, voire sur le territoire national. Cette transformation affectera la Constitution économique européenne et l'interaction entre l'entrepreneuriat privé et les secteurs industriels nationalisés. L'énorme filet de sécurité que les États membres mettent actuellement en place avec l'argent des contribuables est le moyen par lequel les États membres de l'UE interviennent dans l'économie. Ces mêmes moyens pourraient

18. H.-W. Micklitz, "Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy", in B. Keirsbilck et E. Terry, *Circular Economy and Consumer Protection*, *Intersentia*, 2019, p 321 et *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2019, pp 27-229.
19. K. Tuori, *The Many Constitutions of Europe*, Cambridge University Press, 2016.
20. A. Von Bogdandy et J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 2ed, Hart Publishing, 2011.
21. Il existe une littérature abondante sur les déficits du traité de Lisbonne. v. A. Kiss, "European Environmental Law and the Constitution", *Pace Environmental Law Review*, 2004, p 103 ; P. Beyer, "Environment in the Future European Constitution", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2004, p 143.
22. J. Fischer, ancien Ministre des affaires étrangères allemand, "Der Staat wird zum Vorsorgestaat", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31 mars 2020 ; F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

et devraient même être compris comme une opportunité de construire une économie durable qui mérite son nom. L'aide financière pourrait être liée au caractère durable de l'investissement.

3. La digitalisation

L'hypothèse générale est que la crise va accélérer la numérisation de la société et de l'économie dans la communication personnelle et professionnelle, dans l'enseignement à l'école et dans les universités et dans le commerce en ligne comme traditionnel. Le droit privé des contrats et la pratique contractuelle encouragent la numérisation. L'UE est à l'avant-garde de la définition de normes juridiques par le biais du RGPD, de la directive sur les droits d'auteur, du règlement sur les plateformes d'entreprises et, enfin et surtout, de la directive sur les contenus numériques.

L'enjeu est, là encore, de promouvoir la croissance économique au sein du marché intérieur du numérique. Ces éléments sont les piliers d'une constitution numérique européenne émergente dans laquelle l'intelligence artificielle centrée sur l'homme risque de disparaître. Il ne faut pas entrer dans le monde de l'après sans une compréhension plus approfondie de l'économie politique que sous-tend la numérisation²³.

La numérisation sera de plus en plus employée pour déterminer si, comment et dans quelle mesure les algorithmes, le *machine learning* et les réseaux neuronaux peuvent réduire les coûts sociaux du travail, ce qui aura un impact énorme sur nos sociétés²⁴. Le Covid-19 accélérera et légitimera la transformation numérique de la société et de l'économie. Cependant, cette même crise doit être saisie comme une opportunité pour s'assurer que la technologie sert, selon les termes de Brownsword, « les conditions préalables à l'existence des humains et à leur fonctionnement en tant que communauté d'agents »²⁵.

Dans le débat académique entourant la numérisation et l'impact du droit économique et privé, il semble y avoir un consensus sur le fait qu'il faut des lignes rouges qui ne peuvent être franchies et qui ne doivent pas être soumises à un test d'équilibre²⁶.

La constitution numérique est censée fixer des repères pour toutes sortes de normes européennes, nationales et privées qui régissent les relations privées au sein de la société et de l'économie numériques.

Qui en est le destinataire ? L'UE peut-elle en assumer la responsabilité ? Zuboff a souligné une évolution vers un capitalisme de surveillance ; le Covid-19 implique l'amplification de la surveillance globale²⁷. Il ne suffit certainement pas de s'attendre à ce que des lignes rouges soient établies par les États ou par l'UE. Beaucoup dépendra de la pression exercée par la société civile et par les juristes pour développer des modèles qui pourraient être traduits en programmes législatifs sur la question de savoir si la *lex digitalis* peut être transformée en un exercice commun d'une communauté transnationale²⁸.

4. Société, développement durable et numérisation

Cette fenêtre d'opportunité ne peut être pleinement exploitée que si ces trois volets sont réunis dans la conception d'une nouvelle Constitution économique européenne et d'un droit privé européen post-Covid-19.

Le programme de travail adopté en janvier 2020 par la Commission européenne vise à rapprocher développement durable et numérisation, sans toutefois souligner la nécessité d'impliquer les sociétés civiles et la société civile européenne naissante. La menace du Covid-19 offre à la doctrine une occasion unique, malgré toutes les incertitudes et spéculations actuelles et futures, d'aller bien au-delà de la compréhension courante de la constitution économique et du droit privé.

23. Y. Benkler, *The Role of Technology in Political Economy*, Harvard University, Berkman Klein Center, 2018.

24. R. Brownsword, "Responsible Regulation: Prudence, Precaution and Stewardship", 62 *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2005, p 573.

25. P. Drahos, *The Global Governance of Knowledge: Patent Offices and Their Clients*, Cambridge University Press, 2010 ; R. Süsskind, *Legal Tech Book Series: Tomorrow's Lawyers by Richard Süsskind (Part 3)*.

26. T. Wu, "Bigger Brother. Book Review of S. Zuboff", *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* *The New York Review of Books*, 9 avril 2020 ; R. Brownsword, "Political Disruption, Technological Disruption, and the Future of EU Private Law", in T. Tridimas Et M. Durovic, *New Directions in European Private Law*, Hart Publishing, à paraître.

27. S. Zuboff, « Big Brother: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization » 30 *Journal of Information Technology*, 2015.

28. G. Agamben, N. Corona: « Wir sind nurmehr das nackte Leben », *Neue Zürcher Zeitung*, 18 mars 2020.



Alessio M. Paccès • Professor, University of Amsterdam

Maria Weimer • Assistant Professor, University of Amsterdam

De la division à la coordination : une approche européenne du Covid-19

40

La pandémie du Covid-19 change rapidement la face de l'Europe. Dans une Union européenne (UE) fondée sur l'idée de la libre circulation, des frontières sont en train de s'ériger. Dans un monde interconnecté, les pays tentent de se protéger d'une menace mondiale qui ne respecte pas les contrôles aux frontières et ne possède pas de passeport. La pandémie du Covid-19 est un défi transfrontalier d'une ampleur inégalée depuis la création de l'UE.

C'est sans doute pour de tels défis que l'UE a été créée : pour permettre une action collective efficace face à des problèmes transfrontaliers qu'aucun État membre ne peut résoudre seul. L'UE est une puissance régulatrice mondiale, en particulier dans le domaine de la régulation des risques, et dispose d'une structure institutionnelle pour faire face aux urgences de santé publique. Toutefois, paradoxalement, dans la situation actuelle, ce sont les gouvernements nationaux qui mènent la barque. Leurs réponses divergentes à cette crise semblent révéler un manque d'unité face à une catastrophe humanitaire. Au pire, ils risquent de briser l'UE.

Qu'est-ce qui explique la diversité des réponses nationales en matière de santé publique au Covid-19¹ et quel est le prix qui en résulte pour l'Europe ? En outre, quel est le rôle approprié de l'UE dans cette crise ? Dans cet article, nous répondrons à ces questions en combinant deux perspectives sur la pandémie : une régulation des risques et une perspective économique. Notre analyse révèle certaines vérités dérangeantes sur l'interaction entre la science et la politique, d'une part, et sur la nécessité de trouver un équilibre entre l'unité européenne et la diversité omniprésente lorsqu'il s'agit des attitudes nationales face au risque, d'autre part. L'argument principal est le suivant : il existe de bonnes raisons pour lesquelles les

États membres sont responsables des réponses de santé publique aux pandémies et autres menaces sanitaires.

L'UE ne dispose pas d'une autorité juridique ni d'une autorité démocratique et politique suffisamment forte pour prendre la tête du projet de lutte contre le Covid-19, surtout compte tenu de l'incertitude scientifique actuelle. Toutefois, une gestion de crise décentralisée et non coordonnée entraîne des retombées importantes qui sont préjudiciables à la santé publique, à l'économie et aux valeurs fondamentales de l'UE. L'UE doit faire de la diversité une force et faire ce qu'elle fait le mieux : permettre la coordination et l'apprentissage mutuel et organiser la solidarité. Après les erreurs initiales et la faible coordination lors des premières semaines de la crise, l'UE doit maintenant prendre l'initiative d'orchestrer une stratégie européenne de sortie de crise coordonnée et sûre, en mettant l'accent sur l'expérimentation. L'UE offre les outils nécessaires pour y parvenir. Les États membres doivent les utiliser.

I. Faire face à l'incertitude et lutter contre le Covid-19 : les enseignements de la régulation européenne en matière de risques

Contenir la propagation de Covid-19 est un exercice de régulation des risques d'une ampleur sans précédent. Dans des circonstances normales, la régulation européenne des risques est déjà une tâche difficile². La crise actuelle porte ces défis à un nouveau niveau. Avant de prendre des mesures, les décideurs politiques doivent comprendre la nature et l'ampleur d'un risque donné, pour lequel ils s'appuient sur des avis scientifiques. La science est également nécessaire pour identifier un risque (c'est-à-dire la probabilité d'un dommage) en premier lieu. Le Covid-19, par exemple, est un « risque invisible »³, car seuls des tests spécifiques permettent de déterminer qui est infecté, et notre manque de compréhension du nombre réel d'infections constitue un énorme défi.

Si la science est cruciale, elle est souvent incertaine et peu concluante. Il existe une grande incertitude en ce qui concerne les caractéristiques épidémiologiques de Covid-19 (par exemple, comment la maladie se propage, qui elle affecte, le taux de mortalité, etc.)⁴. En conséquence, les décideurs politiques doivent prendre des décisions face à des connaissances scientifiques incomplètes et en rapide évolution. Cela exacerbe le défi politique de la régulation des risques, comme l'illustre douloureusement le Covid-19, car les politiques de confinement entraînent des coûts économiques, sociaux et humains exorbitants. Les décideurs politiques doivent peser les compromis et faire des choix politiques sur la manière dont ces coûts doivent être ré-

1. Dans cet article, nous n'abordons pas d'autres réponses, telles que les politiques visant les conséquences socio-économiques et financières de la crise.

2. v. M. Weimer, *Risk Regulation in the Internal Market*, Oxford University Press, 2019.

3. v. M. Weimer, "The Origins of 'Risk' as an Idea and the Future of Risk Regulation" 8(2) *European Journal of Risk Regulation* 10, 2017.

4. v. CEPCM, *septième évaluation des risques*, p. 19.

partis. Cela engendre des conflits et met à l'épreuve la solidarité européenne, comme nous le verrons plus loin.

L'UE a l'expérience de la gestion de tels défis. Le droit européen énonce un certain nombre de principes visant à les relever. Les réponses de santé publique au Covid-19 doivent suivre le principe de l'analyse des risques⁵. Ce principe assure un équilibre entre la science et la politique en divisant la prise de décision en deux étapes. Premièrement, une évaluation des risques – effectuée par des experts scientifiques – garantit l'objectivité scientifique et la qualité de la régulation⁶. Deuxièmement, la gestion des risques – une tâche confiée aux décideurs politiques – garantit la responsabilité politique et la légitimité démocratique de la réglementation. Si les avis scientifiques sont essentiels, ils restent de nature consultative. Les gestionnaires de risques peuvent s'en écarter pour de bonnes raisons et doivent tenir compte de toute une série de considérations non scientifiques.

Pour paraphraser une célèbre déclaration du Tribunal de l'UE dans l'affaire *Pfizer*, l'autorité publique des gestionnaires de risques découle de leur légitimation démocratique (c'est-à-dire le contrôle par les institutions démocratiques représentatives et la responsabilité envers elles). Les évaluateurs de risques scientifiques, « bien qu'ils aient une légitimité scientifique, n'ont ni légitimité démocratique ni responsabilité politique. La légitimité scientifique n'est pas une base suffisante pour l'exercice de l'autorité publique »⁷. Cela ne diminue pas l'importance des avis scientifiques, mais énonce un dilemme fondamental : la science, tout en accomplissant des tâches cognitives cruciales, ne peut pas fournir de réponses aux questions politiques (et donc normatives)⁸.

Les gestionnaires de risques portent la responsabilité politique de décider si une action est justifiée et quel type d'action. Cela implique des choix politiques, économiques et éthiques difficiles, qui varient d'une société à l'autre. Les risques que les sociétés sont prêtes à accepter et les niveaux de protection qu'ils devraient atteindre sont des décisions qui relèvent d'institutions démocratiquement responsables⁹.

Les gestionnaires de risques ne sont toutefois pas entièrement libres de déterminer le niveau de protection de santé souhaitable. L'UE et les États

membres, lorsqu'ils gèrent les risques liés au Covid-19, doivent assurer un niveau élevé de protection de la santé publique¹⁰. Ils doivent également respecter le principe de précaution, qui est déclenché par l'incertitude scientifique entourant la Covid-19. Ce principe exige une action précoce et anticipative. Si une approche à risque zéro n'est pas autorisée, le principe de précaution exige des décideurs politiques qu'ils protègent la santé publique sans avoir à attendre que la réalité et la gravité des risques deviennent pleinement apparentes ou que les effets néfastes se concrétisent¹¹. Si les mesures de précaution doivent être proportionnées, on peut se demander quelle est la marge de manœuvre nécessaire pour assurer une proportionnalité adéquate dans les situations d'urgence¹².

Dans l'hypothèse d'une pandémie, il est extrêmement important d'agir rapidement, avant même que les cas ne commencent à augmenter¹³, même si cela semble à première vue être une réaction excessive. Si les mesures de précaution doivent être proportionnées, on peut se demander quelle est la marge de manœuvre nécessaire pour assurer une proportionnalité adéquate dans les situations d'urgence¹⁴. Pour paraphraser un expert de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), attendre la perfection pour contenir une pandémie signifie qu'il est trop tard¹⁵.

II. La répartition des tâches de l'UE pour les urgences de santé publique

La législation de l'UE sur les urgences sanitaires attribue les tâches d'évaluation et de gestion des risques à différents niveaux de gouvernement. Alors que l'UE assure une évaluation des risques plus ou moins harmonisée du Covid-19, les gouvernements nationaux sont les premiers responsables de la gestion de la pandémie, y compris de l'application du principe de précaution. Cette responsabilité est liée aux compétences de l'UE. Il est bien connu – mais il convient de le souligner – que l'UE est une union de pouvoirs conférés. Selon les traités de l'UE, la politique de santé est une compétence nationale¹⁶. Les États membres, en tant que signataires des traités, n'ont accordé à l'UE que des pouvoirs limités pour les urgences

5. v. A. Alemanno, "Regulating the European Risk Society", in A. Alemanno et al (eds), *Better Business Regulation in a Risk Society*, Springer, 2013, pp 37-56.
6. Pfizer, affaire T-13/99 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-13/99>>.
7. *Ibid*, paragraphe 201.
8. v. C. Joerges, "Science and the Management of Risks to Health at the National, European, and International level", 7 *Columbia Journal of European Law* 1, 2001.
9. Bayer, affaire T-429/13 et T-451/13.

10. Les arts. 9 et 168 du TFUE.

11. ESB, affaire C-157/96 et C-180/96.

12. Bien que l'analyse coût-bénéfice ait également montré à ce jour la pertinence de mesures de confinement précoces et strictes, voir M. Greenstone et V. Nigam, "Does Social Distancing Matter ?", Université de Chicago, *Institut Becker Friedman pour l'économie*, document de travail n° 2020-26 ; v. également la section IV ci-dessous.

13. v. G. Pisano, R. Sadun et M. Zanini, "Lessons from Italy's Response to Coronavirus", *Harvard Business Review*, mars 2020.

14. Bien que l'analyse coût-bénéfice ait également montré à ce jour la pertinence de mesures de confinement précoces et strictes, v. M. Greenstone et V. Nigam, "Does Social Distancing Matter ? Université de Chicago, Institut Becker Friedman pour l'économie, document de travail n° 2020-26 ; v. ég. la section IV ci-dessous.

15. Docteur M.J. Ryan lors de la conférence de presse de l'OMS, 13 mars 2020.

16. arts 2 (5), 6 a) and 168 TFEU.

de santé publique. Dans le cadre réglementaire actuel de l'UE¹⁷, le rôle de l'UE est de soutenir la gestion des crises nationales. Elle joue principalement un rôle de plaque tournante pour l'échange rapide d'informations et la coordination des réponses nationales aux crises.

Il existe, en principe, de bonnes raisons pour cette répartition des tâches entre l'UE et les États membres. L'organisation des systèmes de santé nationaux est complexe et varie d'un État membre à l'autre. Les différentes approches sont ancrées dans la culture et l'histoire nationales. Dans les États membres fédéraux, tels que l'Allemagne, les compétences en matière de santé publique relèvent d'entités sous-fédérales (par exemple, les *Länder*). Les gouvernements nationaux sont les mieux placés pour évaluer la disponibilité des ressources et des infrastructures essentielles, la formation du personnel et l'équipement, ainsi que le comportement attendu des citoyens en cas de crise. Après tout, la confiance dans les médecins et les gouvernements est façonnée par les attitudes culturelles et constitue un facteur déterminant de l'efficacité des mesures d'urgence, telles que la distanciation sociale et le confinement. Il n'est donc pas surprenant que les États membres adoptent des réponses différentes au Covid-19¹⁸. Ils portent la responsabilité politique de leur gestion de crise vis-à-vis de leurs citoyens.

Les institutions de l'UE, en particulier la Commission européenne, ne possèdent pas le même niveau d'autorité politique¹⁹ et ne sont pas soumises au même type de responsabilité démocratique que les gouvernements nationaux.

L'absence de pouvoirs adéquats de l'UE en matière de gestion des risques dans les situations d'urgence sanitaire pourrait être considérée comme une faiblesse. En revanche, nous estimons que, dans certaines conditions, cela pourrait devenir une source de force. S'ils sont utilisés efficacement par les États membres, les mécanismes de coordination et de soutien de l'UE peuvent favoriser un apprentissage mutuel et une solidarité très puissants tout en respectant la diversité légitime²⁰. La mesure dans laquelle ce potentiel est réalisé dépend de la volonté politique des gouvernements nationaux. Les réponses nationales divergentes au Covid-19 ne peuvent être évitées. Cependant, elles peuvent et doivent être mieux coordonnées. Sans une coordination efficace, le prix à payer pour la diversité est élevé, une question sur laquelle nous allons maintenant nous pencher.

III. Le prix de la diversité : une perspective économique

Selon l'économie du fédéralisme, l'échelle pertinente

17. Décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 concernant les menaces transfrontalières graves pour la santé (ci-après la « décision relative aux menaces pour la santé »).

18. <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/12/how-do-coronavirus-containment-measures-vary-across-europe?CMP=Share_iOSApp_Other>.

19. Weimer, *supra*, note 2.

20. Sur le défi de la diversité dans la réglementation européenne des risques, v. *ibid.*

pour décider du Covid-19 dépend de la tension entre les différents critères²¹. Par exemple, les préférences locales divergentes favorisent les solutions décentralisées, mais peuvent avoir des retombées transfrontalières. Des réponses différentes à l'épidémie peuvent permettre aux pays d'apprendre les uns des autres, mais aussi entraîner des conflits d'intérêts qui sapent la coopération. Dans cette section, nous examinons les inconvénients de l'élaboration décentralisée des politiques relatives au Covid-19.

Étant donné que différentes communautés attachent des valeurs différentes à la protection de la santé et font face à des coûts différents des mesures de confinement, la gestion décentralisée des risques répond plus efficacement aux préférences d'une société. Même dans l'incertitude²², la compréhension du principe de précaution varie considérablement d'un pays à l'autre. Par exemple, au moment de la rédaction du présent article²³, les Pays-Bas et la Suède ont des politiques d'endiguement plus laxistes que le reste de l'UE, ce qui reflète, il est vrai, une aversion pour le risque et l'incertitude plus faible que dans d'autres pays. Cette variation était plus importante au début de l'épidémie.

L'inconvénient des politiques d'endiguement décentralisées réside dans les retombées transfrontalières. Par exemple, si un résident néerlandais peut se rendre librement en Belgique en bénéficiant de mesures de confinement plus strictes, les résidents belges subissent les effets de la gestion des risques des Pays-Bas²⁴. La réponse à ce problème a consisté à réintroduire les contrôles aux frontières au sein de l'UE, à l'exception des pays ayant des politiques de confinement comparables. Cette mesure, certes temporaire, peut ne pas sembler nuisible alors que la plupart des gens dans le monde sont encouragés à rester chez eux. Toutefois, les contrôles et les restrictions aux frontières sont là pour durer un certain temps, car lorsque les mesures seront levées dans certains pays, elles seront toujours en place dans d'autres, et cette dissonance pourrait se répéter à plusieurs reprises dans le cadre d'une stratégie de sortie progressive jusqu'à ce qu'un vaccin soit trouvé. La restriction importante de la libre circulation des personnes risque de saper le sentiment d'appartenance de chacun à l'UE. En outre, la fermeture des frontières réduit la mobilité de la main-d'œuvre entre les États, ce qui fait partie du problème plus vaste du Covid-19 en tant que choc d'offre mondial.

Une deuxième répercussion transfrontalière des différents choix de gestion des risques découle de la perturba-

21. v., de manière générale, R. Van den Bergh, "Farewell Utopia? Why the European Union Should Take the Economics of Federalism Seriously", 23(6) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 937, 2016.

22. Sur la différence entre le risque (qui peut être calculé) et l'incertitude (qui ne peut pas être calculée), v. F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921 - Reprints of Economic Classics, New York, 1964.

23. Début avril 2020.

24. "Belgian Town Turns Coronavirus Anger on the Dutch", *Politico*, 24 mars 2020.

tion des chaînes d'approvisionnement²⁵. La Covid-19 est une urgence non seulement médicale mais aussi économique. Par rapport à une récession « normale », la production diminuera également parce qu'il faudra arrêter ou réduire une partie de la production pour éviter une contagion excessive. Les intrants, tels que les équipements et la main-d'œuvre incompatibles avec la distanciation sociale, se raréfient et réduisent l'offre de certains biens²⁶. Cela affecte déjà les pays différemment, en fonction de leur spécialisation et de leur ouverture au commerce, mais la différence sera exacerbée par le calendrier différent des politiques d'endiguement et de sortie.

Les pays en confinement doivent faire face à des pénuries de marchandises et les imposer aux autres non seulement en raison de la sous-production, mais aussi à cause de la thésaurisation, des interdictions d'exportation et d'autres restrictions. La mobilité réduite des intrants rares est non seulement inefficace d'un point de vue mondial, mais aussi incompatible avec le marché intérieur de l'UE. Elle porte atteinte à la libre circulation des marchandises. Cette liberté a déjà été restreinte en ce qui concerne les équipements médicaux, ce qui a suscité une réaction des institutions de l'UE²⁷. Nous nous attendons à une augmentation de ces réactions protectionnistes à mesure que les biens se raréfieront avec la propagation de la maladie. Cela reflète un problème plus général : les politiques asymétriques destinées à faire face au Covid-19 créent des intérêts contradictoires qui, à leur tour, sapent la coopération entre les États.

IV. Pourquoi la concurrence normative ne fonctionne pas : l'économie politique du retard

La diversité des approches et du calendrier des politiques contre le Covid-19 pourrait amener les pays à se faire concurrence et à apprendre la réaction optimale (en tenant compte également des préférences locales) plus rapidement que s'ils devaient se coordonner. Compte tenu de l'incertitude entourant le Covid-19, l'avantage d'une convergence spontanée vers des solutions optimales l'emporterait sur les inconvénients des retombées transfrontalières et des conflits d'intérêts, car ceux-ci disparaîtraient aussi rapidement²⁸.

Nous doutons toutefois que des solutions efficaces émergent assez tôt de la concurrence normative. Premièrement, la production d'informations scientifiques est trop lente par rapport à la rapidité de l'épidémie. Deuxièmement, les décideurs politiques réagissent à l'importance de l'épidémie plutôt qu'à l'information scientifique. En conséquence, la convergence optimale se produit avec un certain retard, voire pas du tout, laissant les pays aux prises avec des

conflits d'intérêts inutiles et des débordements entre eux.

En raison de la rapidité de propagation du Covid-19, les scientifiques sont en retard dans la production d'informations pertinentes sur le virus. Les données sur la contagion, l'hospitalisation et les décès arrivent avec imprécision et retard. Néanmoins, une équipe d'épidémiologistes de l'*Imperial College* a récemment modélisé la contagion et l'impact des politiques en la matière. En l'absence d'essais à grande échelle ou de vaccin, il existe deux options politiques pour l'endiguement de l'épidémie : l'atténuation, qui vise à ralentir la contagion par une distanciation sociale modérée afin de renforcer l'immunité du groupe ; et la suppression, qui vise à éviter la contagion autant que possible, y compris par des mesures de confinement, jusqu'à ce qu'un vaccin soit trouvé.

Une étude de l'*Imperial College* a révélé qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni, les politiques d'atténuation entraîneraient encore un nombre important de décès secondaires à mesure que le système de soins de santé s'engorge : des personnes qui auraient autrement survécu meurent faute d'accès aux unités de soins intensifs²⁹. La leçon à tirer pour les pays ayant une capacité de pointe similaire en matière d'unités de soins intensifs est que les politiques de suppression sont la seule façon d'éviter l'engorgement dans la phase initiale de contagion. Une autre conclusion de l'*Imperial College* est que les politiques de suppression mises en œuvre en Italie ont permis d'éviter jusqu'à 80.000 décès en un mois³⁰. Il existe une méthode en économie pour calculer combien une vie « vaut » pour une société spécifique : la valeur de la vie statistique (VVS)³¹. Aussi grossière et controversée soit-elle, notamment parce qu'elle sous-estime systématiquement la valeur de la vie humaine pour les personnes à faibles revenus³², la VVS donne une idée du bénéfice économique des décès évités. En Italie, où la VVS est d'environ 5 millions de dollars US et le PIB d'environ 2.000 milliards de dollars US, un mois de confinement valait jusqu'à 20 % du PIB.

Confrontés au Covid-19, les politiciens du monde entier ont d'abord soutenu qu'il existe un compromis à faire entre la protection de la santé et la protection de l'économie³³. Mais, même si on conjecture que l'épidémie ne modifie pas le comportement des individus, les avantages des politiques d'endiguement en termes de vies sauvées dépassent largement le manque à gagner, du moins dans

25. v. par ex., "Coronavirus and Supply Chain Disruption : What Firms Can Learn", *Knowledge@Wharton*, 17 mars 2020.

26. R. Baldwin, "The Supply Side Matters : The Supply Side Matters : Guns versus Butter, COVID-style", *Vox.EU*, 22 mars 2020.

27. v. la section V ci-dessous.

28. Ceci a été puissamment argumenté par H. Eidenmüller, "The Race to Fight COVID-19 : On the Desirability of Regulatory Competition", *Oxford Business Law Blog*, 31 mars 2020.

29. N. Ferguson, D. Laydon et G. Nedjati-Gilani, "Report 9 - Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand", *Imperial College London preprint*, 16 mars 2020.

30. S. Flaxman, S. Mishra et A. Gandy, "Report 13 - Estimating the Number of Infections and the Impact of Non-Pharmaceutical Interventions on COVID-19 in 11 European Countries", *Imperial College preprint*, 30 mars 2020.

31. W.K. Viscusi et C.J. Masterman, "Income Elasticities and Global Values of a Statistical Life", 8(2) *Journal of Benefit-Cost Analysis* 226, 2017.

32. A. Arcuri, "Risk Regulation" in A.M. Pacces, AM et R.J. Van den Bergh (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, 2012, pp 321-22.

33. Cela fait toujours partie du débat politique ; v. "A. Grim Calculus - Covid-19 Presents Stark Choices between Life, Death and the Economy", *The Economist*, 2 avril 2020.

des situations comparables à celle de l'Italie³⁴. En outre, le compromis susmentionné reflète une idée fautive. Ce raisonnement néglige le fait que, face à une contagion généralisée et à l'encombrement probable du système de santé, de nombreux individus prendraient de toute façon une distance sociale et ne parviendraient pas à produire de résultats parce qu'ils tombent malades, meurent ou ont peur de l'un ou l'autre.

Par rapport à l'intervention du gouvernement, la réaction individuelle et la panique auraient un impact bien pire sur l'économie – sans parler des problèmes d'inégalité et de troubles sociaux. Même en l'absence d'estimations précises des taux de contagion et de mortalité, il n'y a aucune raison économique de retarder l'endiguement. En outre, les retards sont également contraires au principe de précaution³⁵. Cependant, les décideurs politiques ont invariablement retardé leur action jusqu'à ce que la congestion du système de santé devienne un problème prévisible dans leur propre pays. Les décideurs politiques n'ont pas tiré les leçons de l'expérience des autres pays.

L'économie politique explique ces retards³⁶. Les responsables politiques ont tendance à réagir à une urgence plutôt qu'à l'anticiper. C'est notamment le cas pour les phénomènes non linéaires, comme les épidémies. La contagion commence très lentement, mais ne devient politiquement importante que lorsqu'elle s'intensifie. Les gens considéreraient comme injustifiée toute restriction introduite avant que les retombées de la contagion ne deviennent visibles. Dans cette phase, les groupes d'intérêt qui déplorent le coût économique de l'endiguement l'emportent dans le discours politique³⁷. Cela mine l'apprentissage des décideurs politiques par les scientifiques et l'expérience d'autres pays.

Le déni n'est inversé que lorsque la gravité de la situation devient évidente : la perspective de laisser des citoyens mourir à cause de l'encombrement des unités de soins intensifs n'est pas politiquement acceptable. Mais alors, la maladie se propage de manière exponentielle et il n'y a pas le temps de réfléchir aux options politiques.

Comme la convergence n'a pas eu lieu assez rapidement, la coordination semble préférable à la concurrence réglementaire. Malheureusement, les retards ont sapé l'incitation des pays à coopérer. Il se peut que les pays cherchent à atténuer ou à supprimer la contagion. Ces stratégies sont incompatibles et, pour l'instant, instables. L'atténuation sans essais massifs peut devoir se transformer en suppression lorsque la capacité des unités de soins intensifs approche de la saturation, comme cela s'est pro-

duit au Royaume-Uni. La suppression n'est pas durable, tant sur le plan psychologique qu'économique, aussi longtemps qu'il semble probable qu'il faille attendre qu'un vaccin soit trouvé³⁸. Les pays qui ont mis en place une suppression, comme l'Italie, devront la suspendre et la rétablir en fonction des apports des unités de soins intensifs.

Par conséquent, les pays confrontés au Covid-19 ont des intérêts différents à des moments différents, ce qui exacerbe les retombées et les conflits potentiels. Cependant, comme les politiques d'endiguement sont instables, chaque pays a besoin d'une stratégie de sortie. La coordination de la stratégie de sortie permettrait de remédier aux débordements et aux conflits tout en améliorant l'efficacité de la réponse au Covid-19. Dans la section suivante, nous soutenons que l'UE pourrait jouer un rôle décisif dans cette coordination.

V. Tirer le meilleur parti de l'Europe

L'UE offre des outils et des structures institutionnelles importants pour la coordination, l'apprentissage mutuel et la solidarité. Grâce à ces outils, à aucun autre moment de l'histoire, les États membres ne pourraient être mieux préparés, en principe, pour faire face à une pandémie mondiale telle que le Covid-19. Pourtant, ils ne l'ont pas été. Le succès de la lutte européenne contre le Covid-19 – et probablement la survie du projet européen en tant que tel – dépend de la capacité des États membres à tirer le meilleur parti de l'Europe dans les circonstances actuelles.

Examinons d'abord les outils que l'UE met à disposition. Tirant les leçons des précédentes épidémies, telles que le SRAS et la grippe aviaire (H1N1), l'UE a mis en place un cadre juridique pour les urgences de santé publique : la décision sur les menaces sanitaires transfrontalières³⁹. Une agence de l'UE, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (CEPCM), assure la coordination des avis scientifiques entre l'UE et les évaluateurs de risques nationaux. Il surveille l'apparition de la maladie, produit des évaluations continues des risques pour l'ensemble de la population de l'UE et fournit des orientations pour la gestion des risques. Il constitue également une source importante de données épidémiologiques comparables pour les États membres – un aspect crucial pour l'apprentissage mutuel sur ce qui peut ou ne peut pas fonctionner dans la lutte contre le virus⁴⁰.

En outre, la Commission a créé un nouveau groupe d'experts, le groupe consultatif de l'UE sur Covid-19⁴¹. Ce groupe conseille directement la présidente de la Commission, Ursula von der Leyen, sur les mesures à prendre au niveau de l'UE. Il aide également (en coordination avec le CEPCM) la Commission à élaborer des orientations à

34. W. Knight, "A Rush Back to 'Normal' Would be the Blunder of the Century", Interview de Larry Summers, *Wired*, 28 mars 2020.

35. v. la section II ci-dessus.

36. v., par ex., L. Zingales, "Captured Western Governments Are Failing the Coronavirus Test", *Pro-Market*, 13 mars 2020.

37. "The Swedish Exception: Why Swedes Are Not Yet Locked Down", *The Economist*, 4 avril 2020.

38. Un minimum de 18 mois semble nécessaire pour qu'un vaccin contre le Covid-19 soit prêt à être distribué ; v., par ex., "WHO Expert : Finding and Distributing Covid-19 Vaccine in 18 Months Would Be 'historic'", *Euractiv*, 20 mars 2020.

39. v. ci-dessus, point 17.

40. v. G. Pisano, R. Sadun et M. Zanini, "Lessons" ci-dessus, n° 13.

41. <<https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=39740&no=1>>.

l'intention des États membres afin de garantir une gestion nationale des risques cohérente, fondée sur des données scientifiques et coordonnée. Depuis que le groupe a commencé ses travaux le 17 mars 2020, la Commission a publié les premières recommandations à l'échelle de l'UE concernant les mesures, les stratégies d'essai et la résilience des systèmes de santé⁴².

En termes de gestion des risques, les États membres sont tenus de coordonner leurs mesures relatives au Covid-19 au sein du comité européen de sécurité sanitaire, composé des ministres nationaux de la santé et présidé par la Commission⁴³. Dans l'idéal, les avis scientifiques (du CEPCM et du groupe Covid-19) et la gestion nationale des risques devraient être liés ici aux ministères nationaux de la santé qui expliquent comment ils ont tenu compte des avis de l'UE ainsi que les raisons de leurs choix de politiques d'endiguement. Cela devrait également permettre un certain degré de responsabilité externe pour les retombées⁴⁴ : les États membres devraient être sensibilisés et prendre en compte les effets des politiques nationales sur les autres États membres. En outre, les États membres devraient utiliser le Comité de sécurité sanitaire comme site pour signaler les succès et les échecs des approches nationales relatives au Covid-19 et être disposés à adapter leurs politiques en conséquence.

C'est là que la diversité peut se transformer en une force. Le partage des expériences nationales en matière de lutte contre la pandémie au sein du Comité de sécurité sanitaire peut améliorer l'apprentissage mutuel⁴⁵, qui est essentiel dans la lutte contre le Covid-19.

Le comité est également essentiel pour informer la Commission sur les capacités et les besoins nationaux en matière de soins de santé, déclenchant ainsi des mécanismes de solidarité en matière de santé publique à l'échelle de l'UE. La décision de l'UE sur les menaces pour la santé prévoit de tels mécanismes par la possibilité de marchés publics volontaires de contre-mesures médicales et d'équipements médicaux. Il est essentiel de prévenir la concurrence néfaste entre les États membres de l'UE pour les vaccins et les équipements médicaux et de remédier aux retombées résultant de la perturbation de la libre circulation des biens et des chaînes d'approvisionnement⁴⁶. Il permet également la distribution de ces biens là où ils sont le plus nécessaires en Europe.

Actuellement, l'UE a lancé quatre marchés publics conjoints d'équipements de protection individuelle (par

exemple, masques, ventilateurs et kits de test)⁴⁷. Comme la législation européenne ne prévoit que des marchés publics volontaires, seuls 25 États membres participent à ces initiatives. La participation volontaire est un problème, car elle compromet la capacité de l'UE à agir rapidement et dans l'intérêt commun européen. Les appels en faveur d'un renforcement des pouvoirs de l'UE en matière d'achat, de stockage et d'attribution de médicaments et d'équipements pour lutter contre les maladies infectieuses sont donc justifiés⁴⁸.

Il existe d'autres moyens pour l'UE de faire face aux retombées de la gestion décentralisée des risques du Covid-19 tout en renforçant l'idée de l'Europe comme « communauté de destin ». La définition de critères communs pour les restrictions légitimes aux frontières est essentielle, comme l'a fait la Commission⁴⁹. Le système européen d'autorisation d'exportation de matériel médical a contribué à la levée des interdictions nationales d'exportation imposées initialement par certains États membres. La création de « voies vertes »⁵⁰ pour assurer la libre circulation des biens et du personnel essentiels contribue à la protection de la santé publique et aide à surmonter les problèmes d'approvisionnement dans l'UE. Cela montre que l'UE peut être très créative dans la manière dont elle utilise ses pouvoirs et qu'elle peut également protéger la santé publique en utilisant ses compétences dans d'autres domaines politiques, notamment le marché intérieur.

Les choses évoluent rapidement, et il est difficile d'évaluer dans quelle mesure la coordination au sein du Comité de sécurité sanitaire fonctionne réellement à l'heure actuelle⁵¹. A en juger par la cacophonie initiale des réponses « nous d'abord », jusqu'à la mi-mars environ⁵², il y avait peu de coordination. Les choses semblent toutefois s'être améliorées. Les mesures et approches nationales d'endiguement diffèrent toujours, mais elles convergent, la plupart des États membres ayant adopté une combinaison de me-

42. <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/public-health_en#a-european-team-of-covid-19-experts>.

43. art. 11 de la décision, voir ci-dessus, point 17.

44. Sur ce concept, v. M. Weimer, "Reconciling regulatory space with external accountability through WTO adjudication - trade, environment and development", *Leiden Journal of International Law* 30(4), 901-924, 2017.

45. v. G. Pisano, R. Sadun et M. Zanini, "Lessons" ci-dessus, n° 13.

46. v. la section III ci-dessus.

47. Elle a également utilisé un mécanisme de protection civile de l'UE, le rescEU, pour constituer un stock de matériel médical ; v. : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_476>.

48. A. de Ruijter et al, "Give the EU More Power to Fight Epidemics", *Politico*, 26 mars 2020.

49. v. les lignes directrices de la Commission concernant les mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, 16.3.2020 C(2020) 1753 final ; et la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil - Covid-19 : Restriction temporaire aux voyages non essentiels dans l'UE, 16.3.2020 COM 115 final, 2020.

50. Communication de la Commission sur la mise en œuvre des voies vertes dans le cadre des lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé et à assurer la disponibilité des biens et des services essentiels, 23.3.2020 C, 1897 final, 2020.

51. Des problèmes de coordination dans le cadre de la décision relative aux menaces pour la santé ont été signalés dès avant la crise ; v. Cour des comptes européenne, "Faire face aux menaces transfrontalières graves pour la santé dans l'UE" : Important Steps Taken but More Needs to Be Done", rapport spécial, 2015 ; PWC, "Third Independent External Evaluation of the ECDC in Accordance with its Founding Regulation", 2019.

52. Les exemples comprennent, entre autres, l'interdiction d'exporter des équipements médicaux, les restrictions aux frontières et une première absence de réponse aux appels à l'aide de l'Italie.

sures d'éloignement social, de fermetures d'écoles, d'interdictions d'événements publics et de fermetures (plus ou moins strictes)⁵³. Cela est dû en partie au calendrier : plus le virus se répand dans l'UE, plus les États membres adoptent des mesures strictes⁵⁴.

Cela est dû en partie au calendrier : plus le virus se propage dans l'UE, plus les États membres adoptent des mesures strictes. Mais cela indique également une amélioration de la coopération au niveau de l'UE. Le groupe consultatif du Covid-19 semble avoir donné plus de poids aux orientations scientifiques dans l'ensemble de l'UE. Les recommandations de la Commission rédigées avec sa contribution sont discutées au sein du comité de sécurité sanitaire, et les États membres sont invités à fournir un retour d'information et à rendre compte de la manière dont ils ont mis en œuvre les orientations. La Commission demande également aux États membres d'identifier les priorités pour les futurs travaux du groupe, orientant ainsi ses travaux scientifiques vers une plus grande réactivité aux besoins locaux, ce qui devrait améliorer l'adoption de ses conseils à l'avenir. Le comité coordonne également la redistribution des patients et des professionnels de la santé dans l'UE afin de répondre à des besoins plus aigus dans certaines régions/certains pays⁵⁵.

Dans l'avenir, tous les efforts devraient viser à concevoir et à mettre en œuvre une stratégie européenne de sortie sur la manière de lever les mesures de distanciation sociale en toute sécurité. D'une part, la création d'un espace de travail sûr, dans lequel les personnes sont immunisées ou non infectées (et éloignées de toute personne qui pourrait l'être), est essentielle pour relancer les économies une fois la contagion sous contrôle, sans risquer un second pic de l'épidémie. D'autre part, une approche européenne de la mobilité de la main-d'œuvre et de la production physique pourrait permettre de surmonter les restrictions actuelles et prévisibles à la libre circulation des personnes et des biens⁵⁶.

Par exemple, les travailleurs de différents États membres pourraient participer à des « zones vertes » de l'UE qui sont exemptes de contagion et produisent ainsi des biens rares⁵⁷. Des solutions de ce type complèteraient les approches nationales de la stratégie de sortie, mais favoriseraient également une plus grande solidarité entre les États membres. Bien que nous n'ayons pas abordé cette question, la solidarité économique entre les États membres de l'UE est en fait une condition préalable à la relance des économies européennes par le biais de la sor-

tie des mesures d'endiguement⁵⁸.

Après des erreurs initiales et une faible coopération dans la mise en place des mesures d'endiguement, il est maintenant grand temps, et non moins crucial, de convenir d'une approche européenne coordonnée de la stratégie de sortie. La Commission et le Comité de sécurité sanitaire devront jouer un rôle important à cet égard⁵⁹. L'UE doit aider les États membres à se procurer les équipements nécessaires à des tests approfondis (c'est-à-dire évaluer les besoins et la disponibilité des tests dans toute l'UE, organiser l'achat conjoint de kits de test, négocier avec l'industrie et financer l'acquisition). En outre, la validation des tests et les critères d'assouplissement des mesures de confinement doivent être coordonnés entre les États membres afin que les stratégies de sortie évitent, et même remédient, aux retombées négatives du passé.

Au moment de la mise sous presse de ce document, la Commission a publié une feuille de route pour une stratégie de sortie coordonnée de l'UE⁶⁰. Les États membres ont d'abord résisté à la publication de ce document⁶¹. Certains, comme l'Autriche et le Danemark, ont annoncé des plans unilatéraux d'assouplissement des verrouillages liés au Covid-19 qui différeraient des plans d'autres pays de l'UE⁶². L'insistance de la Commission répond à notre principale préoccupation : plus l'UE attendra, moins il y aura de place pour la coordination. Cela pourrait porter un préjudice durable à la libre circulation et à la solidarité de l'UE.

La protection de la santé publique est tout aussi menacée si les verrouillages nationaux sont assouplis trop rapidement et sont fondés sur l'opportunisme politique ou le lobbying économique plutôt que sur des critères scientifiques communément acceptés. Contrairement aux premiers, les seconds tiennent compte de l'incertitude scientifique encore omniprésente autour du virus⁶³. Il s'agit d'un premier pas louable vers la définition d'un cadre européen commun sur la manière de lever progressivement les mesures de confinement sur la base de principes communs d'avis scientifique, de coordination et de solidarité.

53. v. l'aperçu des mesures et du calendrier dans Flaxman et al, *supra*, note 30.

54. *Ibid.*

55. Rapports de synthèse du Comité de sécurité sanitaire des 25 et 30 mars 2020.

56. M. Dewatripont, M. Goldman, E. Muraille et J.-P. Platteau, "Rapidly Identifying Workers Who Are Immune to COVID-19 and Virus-Free Is a Priority for Restarting the Economy", *VoxEU.org*, 23 mars 2020.

57. J. Monras, "Some Thoughts on COVID-19 from a Labour Mobility Perspective" : From 'Red-Zoning' to 'Green-Zoning', *VoxEU.org*, 25 mars 2020.

58. v. R. Baldwin, et B. Weder di Mauro (eds), *Mitigating the COVID Economic Crisis : Act Fast and Do Whatever It Takes*, VoxEU.org, CEPR Press, 2020 ; v. ég. M. Draghi, "We Face a War against Coronavirus and Must Mobilise Accordingly", *Financial Times*, 25 mars 2020.

59. C'est là que l'attention se déplace actuellement, tant au sein du groupe consultatif COVID-19 qu'au sein du Comité de sécurité sanitaire ; voir les rapports de synthèse du Comité de sécurité sanitaire des 25 et 30 mars 2020, *supra*, note 56 ; et le rapport du groupe consultatif de la Commission européenne sur le Covid-19 du 25 mars 2020.

60. Commission européenne, "Une feuille de route européenne pour la levée des mesures de confinement des coronavirus" (communication du 15 avril 2020).

61. "Brussels Drops Lockdown Exit Plan after Anger from Capitals", *Politico*, 7 avril 2020.

62. "EU Calls for co-ordination of Lockdown Exit Strategy", *Financial Times*, 13 avril 2020.

63. v. "Imperial's Neil Ferguson : 'We Don't Have a Clear Exit Strategy'", *Financial Times*, 7 avril 2020.

Dans le même temps, cependant, la feuille de route laisse encore une grande marge de manœuvre aux États membres pour maintenir les restrictions à la libre circulation en présence de situations et de politiques asymétriques⁶⁴. Il semble que l'UE doive jouer un rôle plus important, notamment dans la conception et la reconnaissance mutuelle des politiques de dépistage et de traçage⁶⁵. En fin de compte, la balle est maintenant dans le camp des États membres. Ils doivent agir dans l'intérêt commun européen et suivre l'exemple de la Commission.

Conclusions

La lutte contre le Covid-19 est un marathon, pas un sprint. La survie de l'Europe dépendra de la manière dont elle gèrera la sortie de cette crise. Dans cet article, nous avons noté le défi que représentent les différentes politiques de santé dans l'UE. Si cette différence reflète les préférences nationales et la légitimité politique, elle a eu des retombées négatives entre les États membres. Nous proposons de transformer ce défi en une opportunité.

Nous souhaitons aujourd'hui que les institutions de l'UE indiquent – et non mandatent – une stratégie européenne de sortie des politiques de confinement asymétriques, bien que convergentes, pour faire face au Covid-19. En particulier, l'UE devrait aider les États membres à se procurer et à valider les tests d'infection et d'immunité. L'UE devrait également indiquer comment les tests pourraient être utilisés pour créer des espaces de travail sûrs, rétablissant ainsi la libre circulation des personnes et des biens.

Nous voyons un grand avantage dans ces orientations de l'UE : elles pourraient améliorer l'apprentissage mutuel entre les États membres qui ont été confrontés à des moments différents de l'épidémie et ont tiré des leçons différentes. Bien que, comme nous l'avons montré, l'économie politique locale ait jusqu'à présent retardé l'apprentissage et sapé la coopération, l'UE peut atténuer ces deux effets et indiquer la voie à suivre pour que l'Europe renaisse unie des cendres du Covid-19.

64. v. Commission européenne, *supra*, note 58 : « Au minimum, les États membres devraient se notifier mutuellement et notifier la Commission en temps utile par l'intermédiaire du Comité de sécurité sanitaire avant d'annoncer des mesures de levée et prendre en compte leur avis » (p 6). Toutefois, « les restrictions de voyage et les contrôles aux frontières actuellement appliqués devraient être levés dès que la situation épidémiologique des régions frontalières convergera suffisamment et que les règles de distanciation sociale seront largement appliquées de manière responsable » (p 12).

65. Bien que la Commission européenne (*supra*, note 58) souligne l'importance cruciale de l'extension des capacités de dépistage et de l'harmonisation des méthodes de dépistage par les États membres, elle agira comme un simple facilitateur à cet égard.



Andrea Renda • Professor of Digital Innovation, Collège d'Europe

Rosa Castro • Senior Scientific Policy Officer, Federation of European Academies of Medicine d'Europe

Vers une gouvernance européenne renforcée face aux menaces sanitaires après le Covid-19

48

En quelques mois, le Covid-19 – une maladie causée par un nouvelle souche de coronavirus connue sous le nom de SRAS-CoV-2 – est apparue en Chine et s'est rapidement répandue dans le reste du monde, y compris en Europe et aux États-Unis.

Avec plus de 1,2 million de cas confirmés, un nombre de décès approchant les 70.000¹ et des prévisions plus que dramatiques pour les prochains mois², de nombreux gouvernements sont maintenant confrontés à des choix cornéliens, comme l'imposition de règles strictes de confinement et de quarantaine, tandis que quelques-uns misent sur « l'immunité collective » en laissant le virus se propager largement (cette dernière stratégie a été initialement annoncée puis abandonnée par le Royaume-Uni³, tandis qu'elle est adoptée dans une certaine mesure aux Pays-Bas⁴ et en Suède⁵).

Les travailleurs de la santé ont été contraints de choisir les patients à sauver et ceux à laisser mourir⁶, et les régulateurs dans le domaine de la santé ont été incités à publier des directives pour ces choix difficiles⁷.

1. Chiffres communiqués par l'OMS : <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports>.
2. v. M.-D. Shear, M. Crowley Et J. Glanz, "Coronavirus May Kill 100,000 to 240,000 in U.S. Despite Actions, Officials Say", *New York Times*, 31 mars 2020.
3. Stratégie abandonnée depuis : https://www.theguardian.com/world/2020/mar/16/new-data-new-policy-why-uk-coronavirus-strategy-has-changed?CMP=Share_iOSApp.
4. <https://www.forbes.com/sites/joshuacohen/2020/03/27/caught-between-herd-immunity-and-national-lockdown-holland-hit-hard-by-covid-19/#673b738c3557>.
5. B. Pancevski, "Inside Sweden's Radically Different Approach to the Coronavirus", *Wall Street Journal*, 30 mars 2020.
6. J. Horowitz, "Italy's Health Care System Groans Under Coronavirus – A Warning to the World", *New York Times*, 12 mars 2020.
7. v. en ce sens, Académie suisse des sciences médicales, "COVID-19 Pandemic : Triage for Intensive-Care Treatment under Resource Scarcity", 150 *Swiss Medical Weekly* w20229 ; G. Meyfroidt et al., "Ethical Principles Concerning Proportionality of Critical Care during the 2020 COVID-19 Pandemic in Belgium : Advice by the Belgian Society of Intensive Care Medicine".

La plupart des États membres ont pris des mesures graduelles et sectorielles, peu nombreuses et incohérentes, telles que la fermeture des frontières intracommunautaires et la limitation de la libre circulation au seuls dispositifs médicaux et équipements de protection. Tout d'un coup, l'UE se retrouve au bord de l'effondrement ; la confiance entre les pays décline, tandis que la confiance entre les citoyens nationaux est étonnamment en hausse.

La peur de l'inconnu conduit les citoyens du monde entier à rechercher la solidarité de leurs nationaux et à se concentrer exclusivement sur le destin national. Les économistes et les historiens insistent ainsi sur le mouvement de « déglobalisation »⁸.

Dans le même temps, les indices boursiers se sont effondrés et les opérateurs économiques commencent d'ores et déjà à se préparer à la pire crise économique depuis la Seconde Guerre mondiale.

Dans cet article, nous soutiendrons que la pandémie était prévisible, et pourtant le niveau de préparation dont ont fait preuve les pays du monde entier, y compris la plupart des économies avancées, était largement insuffisant. En ce qui concerne l'UE, une action plus coordonnée aurait été souhaitable et a également été recherchée par la Commission européenne. Toutefois, ces tentatives sont intervenues trop tard et ont été entravées par une gouvernance fragmentée, ainsi que par l'absence d'un cadre de gestion des risques et des crises à l'échelle de l'UE.

I. L'épidémie de Covid-19 : chronique d'une pandémie annoncée ?

Alors que beaucoup se sont empressés de décrire l'épidémie comme un « cygne noir »⁹ – un événement imprévisible aux conséquences extrêmement graves comme la crise financière de 2008, la bulle internet ou le 11 septembre – D'autres ont fait valoir que la Covid-19 était non seulement prévisible de manière *ex post* (ses conséquences), mais qu'elle était amplement prévisible de manière *ex ante* (sa diffusion)¹⁰.

Contrairement à l'événement topique du « cygne noir », rien ne prouve que le virus du SRAS-CoV-2 est d'origine humaine¹¹. Plus important encore, la diffusion massive du virus était largement prédite à l'avance. La menace d'une telle pandémie était prévisible, mais elle a été ignorée, malgré les avertissements répétés des experts¹², de la presse¹³ et

8. v. H. James, "A Pandemic of Deglobalization", *Project Syndicate*, 28 fev. 2020.
9. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-05/sequoia-capital-warns-startups-of-coronavirus-black-swan-event>.
10. A. Renda et R.-J. Castro, "Chronicle of a Pandemic Foretold", *CEPS Policy Insights*, No 2020-05/, mars 2020.
11. K.-G. Andersen, A. Rambaut, W. Lipkin, E.-C. Holmes Et R.-F. Garry, "The Proximal Origin of SARS-CoV-2" *Nature Medicine*, 2020.
12. L. Garrett, "The next pandemic", 84 *Foreign Affairs* 3, 2005 : observait que « la grippe pandémique très virulente et hautement transmissible qui circule dans le monde de façon répétée depuis plus d'un an finirait par tuer plus de gens que toutes les armes de destruction massive connues « sauf, peut-être, un échange thermonucléaire ».
13. <https://time.com/4766624/next-global-security>; <https://hbr.org/2017/04/>

de groupes d'experts tels que le rapport de 2016 du « *Global Preparedness Monitoring Board* », qui insistait notamment sur la nécessité de combler les lacunes existantes et de « renforcer plus encore la capacité mondiale à détecter rapidement les crises sanitaires et à y répondre »¹⁴ ainsi que le Conseil de surveillance de la préparation mondiale 2019 (un organe indépendant de surveillance et de responsabilisation chargé de veiller à la préparation aux crises sanitaires mondiales, hébergé par l'Organisation mondiale de la santé (OMS)), qui a conclu que « le monde n'était pas préparé à une pandémie virulente d'agents pathogènes respiratoires à évolution rapide »¹⁵.

Un exercice de simulation réalisé aux États-Unis en octobre 2019 a confirmé que « les principales vulnérabilités mondiales demeurent et en sus les défis systémiques internationaux posés par les pandémies nécessiteront de nouvelles formes de solidarité et de coopération entre les secteurs public et privé »¹⁶, et dans cette même veine, le rapport intitulé : « indice de sécurité sanitaire mondiale » a réitéré cette mise en garde¹⁷.

Des enseignements très utiles pouvaient être tirés de plusieurs épidémies survenues au cours des dernières décennies (SRAS, H1N1 et Ebola). En effet, certains des pays les plus exposés, notamment en Asie du Sud-Est, ont fait preuve d'un niveau de préparation plus élevé que beaucoup d'autres. Toutefois, la pandémie a clairement mis en évidence le manque de préparation aux niveaux mondial, européen et national. Ces insuffisances menacent aujourd'hui la vie de nombreuses personnes, les systèmes de santé, l'économie mondiale et même l'avenir de l'UE.

II. Préparation et réponses mondiales aux pandémies

L'OMS a énormément travaillé sur la préparation aux pandémies, en adaptant sa stratégie aux leçons tirées des pandémies telles que le VIH, le virus Ebola, le virus H1N1 et le SRAS¹⁸. Le cadre mondial de préparation aux urgences sanitaires mondiales est basé sur le Règlement sanitaire international (RSI 2005) de l'OMS, qui est contraignant. Toutefois, là-encore d'importantes carences ont été constatées tant au niveau de la gouvernance de l'OMS (par exemple, le financement, le manque de coordination entre le siège et les bureaux régionaux et le manque de transparence et de responsabilité)¹⁹ qu'au niveau de la

mise en œuvre nationale du RSI²⁰.

Alors qu'il existe un cadre d'évaluation externe conjointe permettant aux pays d'évaluer leurs capacités nationales dans le cadre du RSI, seuls 17 pays de la région européenne élargie (qui comprend 53 pays) ont présenté leur rapport, tandis que cinq autres s'apprêtent à le faire. Par exemple, à ce jour, aucun rapport n'est disponible pour l'Italie, la France ou l'Espagne²¹.

La crise d'Ebola avait déjà mis en évidence des carences en matière de financement, de capacités des systèmes de santé et d'établissement de rapports. Elle a également révélé le recours inutile et non coordonné aux interdictions de voyage, aux restrictions commerciales et aux quarantaines. En outre, le directeur général de l'OMS a également été accusé d'avoir attendu trop longtemps avant de déclarer une urgence de santé publique de portée internationale (PHEIC), ce qui ne s'est produit que quatre mois environ après la propagation internationale de l'épidémie d'Ebola²².

D'autres problématiques sont apparues dans le cas d'Ebola, notamment l'absence d'incitations suffisantes pour coordonner les activités de recherches et de développement et également, d'importants manques dans le partage des informations et des données entre les institutions, en particulier pour la coordination et les interventions non pharmaceutiques (y compris les quarantaines, les restrictions en matière de rassemblement social ou le cordon sanitaire). Dans le cas du Covid-19, une course mondiale s'est engagée pour mettre au point de nouvelles thérapies, de nouveaux vaccins et de nouveaux tests, même si la disponibilité et l'accessibilité financière de ces technologies restent à déterminer²³. Toutefois, une limite au partage des données au niveau mondial et même européen a persisté et s'est manifestée à une acuité encore plus grande²⁴.

III. Les mécanismes de l'UE pour faire face aux pandémies : des attentes élevées mais des outils limités

Une particularité du Covid-19 est qu'elle ne touche pas seulement les pays aux systèmes de santé structurellement défaillants, mais aussi les États qui disposent normalement de systèmes performants et bien financés tels que la France, l'Italie et l'Espagne si on ne s'intéresse qu'à l'UE. Selon le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'UE dispose d'une compétence partagée avec les États membres en matière de santé publique pour les aspects définis par le traité. L'article 168 du TFUE appelle par exemple l'UE à agir sur les questions de santé

[the-world-needs-a-darpa-style-project-to-prevent-pandemics](#).

14. <<https://digitallibrary.un.org/record/822489?ln=en>>.

15. Global Preparedness Monitoring Board, "A World at Risk", *Annual report on global preparedness for health emergencies*, septembre 2019.

16. <<http://www.centerforhealthsecurity.org/event201/recommendations.html>>.

17. <<https://www.ghsindex.org/wp-content/uploads/2019/10/2019-GI-Health-Security-Index.pdf>>.

18. OMS, *Strengthening health security by implementing international health regulations: report of the review committee on the functioning of the international health regulations (2005) in relation to the pandemic (H1N1) 2009*, 2011.

19. L.-O. Gostin, "Global Health Security after Ebola: Four Global Commissions", *The Milbank Quarterly* 34, 2016.

20. A. Talisuna et al, "Joint External Evaluation of the International Health Regulation (2005) Capacities: Current Status and Lessons Learnt in the WHO African Region", *BMJ Global Health*, 2019.

21. <<https://extranet.who.int/sph/jee-dashboard#collapse-202>>.

22. *Ibid.*

23. D.-P. Mancini, "Big Drugmakers under Pressure to Share Patents against Coronavirus", *Financial Times*, 30 mars 2020.

24. A. Flahault, "COVID-19 Cacophony: Is There Any Orchestra Conductor?", *The Lancet* 1037, 2020, p 395.

mondiale en favorisant la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes ; toutefois, il établit également que la responsabilité de l'organisation de leurs systèmes de santé reste entre les mains des États membres.

La décision de l'UE relative « aux menaces transfrontalières graves pour la santé »²⁵ fournit le cadre de l'action de l'UE en matière de préparation et de réaction aux menaces épidémiques, y compris le système d'alerte précoce et de réaction (EWRS) et un comité de sécurité sanitaire (HSC), qui coordonne les réactions aux épidémies et aux pandémies, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'UE.

Une agence spécialisée – le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (CEPCM) – a été créée pour tenter de renforcer la capacité de réaction de l'Europe et de fournir un soutien technique aux États membres. Le CEPCM est chargé de la surveillance, de la détection et de l'évaluation des risques de menaces, de la surveillance épidémiologique et du fonctionnement de l'EWRS.

Le consensus sur la nécessité de créer une agence a émergé après l'épidémie de SRAS en 2003, et le CEPCM est devenu opérationnel dès 2005. Ses travaux ont été jugés pertinents et utiles dans une récente évaluation externe, qui a notamment salué la pertinence des activités du CEPCM lors des épidémies de Zika et d'Ebola²⁶. Toutefois, le même document a également fait état de faiblesses « dans la capacité du CEPCM à s'adapter aux changements dans les États membres, en particulier à la réduction des dépenses nationales de santé publique » ; et que le CEPCM n'a pas été en mesure de couvrir de manière adéquate ses frais de personnel et d'engager du personnel supplémentaire. Le plus inquiétant est le manque de coopération des États membres, en particulier dans le cadre du système d'information sur les épidémies (EPIS) et du système européen de surveillance (TESSy), une situation désormais aggravée par les effets de Brexit²⁷.

Malgré l'existence d'un instrument juridiquement contraignant (la décision de l'UE sur les menaces transfrontalières graves pour la santé) et d'une agence spécialisée (le CEPCM), le cadre de gouvernance de l'UE est en « *work in progress* ».

Il est essentiel afin de lutter de manière solidaire et collective d'harmoniser nos législations et de dessiner une action coordonnée dépassant les frontières nationales²⁸. Des lacunes importantes subsistent dans la mise en œuvre

de la décision de l'UE²⁹, et *de facto* le cadre légal de l'UE reste très limité par la nécessité de respecter les compétences des États membres de l'UE³⁰. La principale agence de coordination – le CEPCM – manque également de personnels et de budget. En outre, plusieurs aspects nécessiteront une attention accrue si l'UE souhaite améliorer sa préparation et sa réactivité face aux futures pandémies.

Tout d'abord, les stratégies d'alerte précoce et de prévention doivent être mieux intégrées aux solutions proposées. La collaboration entre les secteurs de la santé animale et de la santé humaine est essentielle, en particulier pour les zoonoses (maladies se transmettant des animaux aux humains). Étant donné que de nombreuses pandémies, y compris celle provoquée par le SRAS-CoV-2, sont des zoonoses, les stratégies de prévention doivent mettre l'accent sur les collaborations intersectorielles dans le cadre d'une approche intégrée « *one health* »³¹.

Bien que l'angle de l'action de l'UE coordonnée par le CEPCM s'inspire de cette approche intégrée « une sorte de santé unique », le manque de ressources et l'échange limité d'informations entravent les alertes précoces des maladies à l'intersection de la santé animale et de la santé humaine.

Deuxièmement, la limitation des compétences de l'UE en matière de santé publique est un véritable frein dans le cadre d'une réponse globale à une pandémie³². Au cours de l'épidémie actuelle, le CEPCM a publié des recommandations, notamment sur les critères de sortie des patients du Covid-19, la distanciation sociale³³ et la recherche des contacts³⁴. La Commission européenne a également publié des recommandations sur les stratégies de test³⁵.

Toutefois, ces recommandations ne sont pas contraignantes pour les États membres et les autorités nationales décident de manière unilatérale qui tester, s'il faut ou non rechercher les contacts et à quelle fréquence et quels types de mesures de distanciation sociale adopter. S'il est clair que l'adoption de mesures sévères telles que les quarantaines, les fermetures d'écoles et la suspension des activités économiques doit souvent être adaptée au niveau national, voire régional et local, il est également

25. Decision 1082/2013/EU on serious cross-border threats to health [2013] OJ L 293/1, repealing Decision 2119/98/ EC.

26. <<https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/third-independent-external-evaluation-of-ecdc-report.pdf>>.

27. M. Flear, A. De Ruijter et M. Mckee, "Coronavirus Shows How UK Must Act Quickly before Being Shut Out of Europe's Health Protection System", *BMJ* m400, 2020, p 368.

28. v. en sens, R. Martin et A. Conseil, "Public Health Policy and Law for Pandemic Influenza: A Case for European Harmonization?", *37 Journal of Health Politics, Policy and Law*, 2012, p 1091, une synthèses des éléments pro et anti Europe de la santé.

29. European Court of Auditors n°28, *Dealing with Serious Cross-Border Threats to Health in the EU: Important Steps Taken but More needs to be Done*, Publications Office of the European Union, 2016.

30. M. Anderson, M. Mckee et E. Mossialos, "Covid-19 Exposes Weaknesses in European Response to Outbreaks" *BMJ* m11075, 2020, p. 320.

31. CEPCM, "Towards One Health Preparedness", *Technical Report*, Consultation d'expert consultation, 11-12 décembre 2017, qui souligne que la coopération en matière de santé a été rendue plus difficile par la mauvaise communication des signaux d'alerte précoce et des résultats de la surveillance.

32. *Ibid.*

33. <<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/considerations-relating-social-distancing-measures-response-covid-19-second>>.

34. <<https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Public-health-management-persons-contact-novel-coronavirus-cases-2020-03-31.pdf>>.

35. <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/covid19_-_eu_recommendations_on_testing_strategies_v2.pdf>.

nécessaire de coordonner les mesures visant à contenir ou à atténuer la propagation des maladies transmissibles notamment dans le cadre d'une lutte transfrontalière.

Les effets souhaités et les externalités de ces mesures au sein d'un État membre peuvent avoir des conséquences importantes dans d'autres (en particulier au niveau des frontières). Par exemple, les annonces précoces de confinement dans certaines villes ou certains pays ont incité un grand nombre de personnes à fuir ces zones gravement touchées, ce qui a pu aggraver une situation déjà difficile dans d'autres zones³⁶. La fermeture de certaines activités dans un État membre tout en les laissant ouvertes dans d'autres a également eu des effets similaires³⁷.

Troisièmement, le partage des données est primordial pour comprendre l'évolution d'une épidémie et adapter les mesures en fonction des besoins. Si le CEPCM est compétent pour la collecte et le partage des données, une limitation importante est apparue lors de l'épidémie : le manque de cohérence entre les données. Si les États membres de l'UE partagent des données, dans de nombreuses circonstances, le niveau de qualité et de détail varie considérablement.

Par exemple, tous les pays ne partagent pas les données sur le nombre de cas par âge et par sexe. Et des informations clés telles que les critères adoptés pour les tests, qui ont un effet direct sur le nombre de cas confirmés et de décès signalés, n'ont pas été pleinement partagées, ce qui a également favorisé un manque de confiance entre les États membres³⁸.

Tous ces facteurs ont jusqu'à présent limités la capacité des institutions européennes à tirer des enseignements en temps réel des données au niveau de l'UE, limitant ainsi sa capacité à réagir à la pandémie³⁹.

IV. De la gouvernance de l'UE aux réponses nationales et aux investissements dans le domaine de la santé

Le RSI et la coordination de l'UE sont deux éléments qui contribuent à la mise en place d'un plan de réponse coordonné. Une approche efficace pour se préparer et répondre aux pandémies doit également s'appuyer sur des institutions nationales fortes. En 2017, une étude a révélé de nombreuses lacunes dans la législation des États membres et un manque flagrant d'informations disponibles et transparentes sur les cadres nationaux, en dépit des obligations de mise en commun des informations éta-

blies aux niveaux européen et mondial⁴⁰.

Dans ce contexte, les États membres de l'UE ont été réticents à investir dans des mesures visant à lutter contre les événements à faible risque et à forte conséquence. Dans un monde dominé par la recherche de l'efficacité économique, où les marchés financiers sont prêts à accorder une prime aux gouvernements, les États membres de l'UE ont été réticents à investir dans des mesures visant à faire face à des événements à faible risque et à forte incidence.

En réduisant les dépenses publiques ou les impôts, il y a peu de place pour une politique axée sur la résilience. Le paradoxe qui en résulte est que les événements qui effraient le plus les citoyens sont abordés par de nombreux politiciens avec un goût macabre pour le risque.

En Europe, la crise financière a conduit de nombreux États membres à imposer des réductions drastiques des dépenses de santé. Des preuves de réductions et d'une « baisse générale de la part des dépenses de santé consacrée à la santé publique » dans la période qui a suivi la crise financière ont été récemment rapportées⁴¹.

Par exemple, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a indiqué qu'à la suite de la crise économique, les investissements de santé par habitant en Italie ont diminué jusqu'en 2013 et n'ont commencé à augmenter que très lentement après cette date⁴². Afin de mesurer la capacité des systèmes de santé de l'UE à répondre à une crise, la Commission européenne et l'OCDE ont élaboré une série d'indicateurs reflétant la stabilité à long terme des ressources et en matière de gouvernance des systèmes de santé pour lutter de manière efficace et efficiente contre les pandémies, notamment pour planifier et prévoir les infrastructures et les effectifs de santé⁴³.

Étant donné la faible fongibilité des dépenses publiques de santé, les réductions finissent inévitablement par affecter la recherche, ainsi que les stratégies globales de préparation ; en conséquence, l'administration ordinaire est d'une certaine manière (à peine) garantie, mais les événements peu probables et à fortes conséquences tels que le Covid-19 sont souvent ignorés par les autorités publiques.

La Lombardie, pourtant considérée comme la région italienne la plus à la pointe dans son système de santé, a failli s'effondrer en raison du manque de lits en soins intensifs, laissant de nombreux patients sans surveillance et de nombreux décès se sont produits à domicile plutôt qu'à l'hôpital. En résumé, la gouvernance mondiale⁴⁴ et

36. <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/08/leaked-coronavirus-plan-to-quarantine-16m-sparks-chaos-in-italy>.

37. <https://www.vrt.be/vrtnws/en/2020/03/15/crowds-of-belgian-shoppers-in-dutch-border-towns>.

38. <https://www.nytimes.com/2020/03/20/world/europe/coronavirus-testing-world-countries-cities-states.html>.

39. P. Dąbrowska-Kłosińska, "Electronic Systems of Information Exchange as a Key Tool in EU Health Crisis and Disaster Management", 10 *European Journal of Risk Regulation*, 2019, p. 652.

40. E.-M. Speakman, S. Burris And R. Coker, "Pandemic Legislation in the European Union: Fit for Purpose? The Need for a Systematic Comparison of National Laws", 121 *Health Policy*, 2020, p. 1021.

41. B. Rechel, "Funding for Public Health in Europe in Decline?", 123 *Health Policy*, 2019, p. 21.

42. OCDE and the European Observatory on Health Systems, *State of Health in the EU, Italy: Country Health Profile*.

43. European Commission, *State of Health in the EU*, Companion Report, 2019.

44. L.-O. Gostin, M.-C. DeBartolo And E.-A. Friedman, "The International Health

celle de l'UE⁴⁵ en matière de pandémies apparaissent également fragmentée et insuffisamment coordonnée.

La plupart des pays sont très mal préparés, et les mécanismes de coordination existants semblent trop faibles pour empêcher efficacement la prolifération de problèmes d'action collective, ainsi que de réactions fragmentées et éparses. En Europe, le CEPCM est également insuffisamment doté pour coordonner efficacement les États membres en vue d'apporter une réponse efficace. Comme dans de nombreux contextes de gouvernance mondiale, la situation actuelle peut facilement conduire à des problèmes d'action collective, ainsi qu'à des comportements stratégiques et individuels.

V. Une UE renforcée après la pandémie

Une fois l'urgence actuelle passée, et peut-être dès à présent, les institutions européennes se devront de travailler dans le sens d'un renforcement de la gouvernance de l'UE de différentes manières.

Tout d'abord, il est nécessaire de renforcer la résilience et la durabilité des systèmes de santé. La santé s'est avérée être une préoccupation essentielle des citoyens européens et un domaine dans lequel l'UE a été invitée à étendre ses compétences et ses pouvoirs⁴⁶. Outre le fait qu'ils génèrent d'importants bénéfices pour la société dans son ensemble⁴⁷, les investissements dans les soins de santé devraient être encouragés afin d'accroître à la fois la résilience et la durabilité des économies des États membres en permettant une transition vers des mesures qui protègent, préparent et transforment l'économie et la société⁴⁸.

La résilience implique également des effets transfrontaliers et va au-delà de la préparation à une pandémie, tant dans le domaine de la santé qu'en dehors. Par exemple, le domaine de la résistance aux antimicrobiens a déjà été pointé du doigt par les Nations unies (ONU), l'OMS, l'UE et certaines institutions nationales comme représentant un risque massif pour la santé et la sécurité mondiales. Il est également essentiel de réduire la vulnérabilité et d'accroître la résilience pour répondre à d'autres menaces, telles que le changement climatique et la protection de la biodiversité.

Toutefois, l'accent mis sur la résilience a été contrecarré par une recherche généralisée de réduction des coûts et d'efficacité économique à court terme dans les politiques économiques, qui ont conduit à l'élimination de toute redondance et de toute capacité excédentaire

Regulations 10 Years On: The Governing Framework for Global Health Security", 386 *The Lancet*, 2019, p 2222.

45. Anderson et al, *op. cit.*

46. v. en ce sens, les différents baromètres relatifs à la confiance au sein de l'UE.

47. R. Masters, E. Anwar, B. Collins, R. Cookson et S. Capewell, "Return on Investment of Public Health Interventions: A Systematic Review", *BMJ Journal of Epidemiology and Community Health*, 2016 ; v. aussi, Commission européenne, *op. cit.*

48. A.R.R. Manca, P. Benczur et E. Giovannini, "Building a Scientific Narrative towards a More Resilient EU Society. Part 1: A Conceptual Framework", EUR 28548 EN, 2017.

dans les infrastructures essentielles, y compris les soins de santé. Il ne sera pas possible d'accroître la résilience si, à l'échelle mondiale, les institutions internationales continuent de mettre l'accent sur une discipline budgétaire inconditionnelle et si les marchés financiers restent liés à des *reporting* trimestriels sur les dépenses publiques.

Il en va de même pour le semestre européen : pour le réorienter vers le développement durable, comme la Commission von der Leyen semble vouloir le faire, il faudrait donner plus de visibilité aux indicateurs existants en matière de santé, d'inclusion sociale et de durabilité, et ajouter de nouveaux indicateurs et outils de suivi, notamment une planification minutieuse de la préparation aux risques sanitaires et autres (voir ci-dessous). Jusqu'à présent, malgré l'accent mis sur un « triple A » pour la politique sociale au sein de la Commission Juncker, le pacte de stabilité et de croissance a largement privilégié la discipline budgétaire par rapport aux investissements axés sur la résilience.

Le semestre européen se devra également soutenir l'investissement dans la santé⁴⁹ : toutefois, jusqu'à présent, il a clairement privilégié la discipline budgétaire par rapport à l'accès aux soins de santé et à la promotion de la santé, cela a accentué la pression sur des systèmes de santé déjà mis à rude épreuve⁵⁰. La récente évaluation de l'EPIS au sein du CEPCM a mis en évidence d'importantes lacunes, principalement du côté des États membres⁵¹. La nature volontaire de cette coopération à plusieurs niveaux ressemble beaucoup au manque de coordination totale constaté dans un domaine voisin, la cybersécurité⁵². En outre, la pénurie de dispositifs médicaux et de médicaments est un problème déjà existant dans l'UE.

Il est devenu plus apparent et plus critique dans l'urgence actuelle⁵³ : les problèmes d'approvisionnement en ventilateurs, en masques de protection et en médicaments ont dévoilé les carences existantes des possibilités pour l'Europe d'agir plus efficacement. Un stock stratégique de dispositifs médicaux (*rescEU*)⁵⁴ a maintenant été constitué pour faire face à l'urgence : cela ne s'est toutefois produit qu'après que les États membres ont tenté de mettre en œuvre des interdictions d'exportation de matériel médical essentiel, en ignorant toute forme de solidarité. Il aurait été souhaitable que l'UE joue un rôle plus important, notamment en ce qui concerne la pléthore de mesures politiques adoptées à tous les niveaux de gouvernement pour

49. N. Azzopardi-Muscat, T. Clemens, D. Stoner et H. Brand, "EU Country Specific Recommendations for Health Systems in the European Semester Process: Trends, Discourse and Predictors", 119 *Health Policy*, 2015, p 375.

50. EuroHealthNet, *The European Semester 2018 from a Health Equity Perspective*, novembre 2018.

51. <<https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/third-independent-external-evaluation-of-ecdc-report.pdf>>.

52. L. Pupillo, M.-K. Griffith, S. Blockmans et A. Renda, *Strengthening the EU's Cyber Defence Capabilities*, 26 novembre 2018.

53. <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-eu/europe-could-face-more-drug-shortages-as-corona-virus-squeezes-supplies-idUSKBN20S1R2>>.

54. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_476>.

contenir et retarder la propagation du virus.

La distanciation sociale, les interdictions de voyage et autres mesures similaires sont considérées comme inefficaces, voire dangereuses, si elles ne sont pas adoptées de manière concertée et coordonnée. L'UE a maintenant émis des recommandations *ad hoc* sur les stratégies de dépistage⁵⁵ et les mesures communautaires⁵⁶, mais cela a pris beaucoup trop de temps, mettant inutilement en danger les individus et les systèmes de santé.

L'UE devra renforcer sa préparation à un éventail plus large de risques à grande échelle, au-delà des pandémies, et même au-delà des soins de santé. L'enjeu est d'abord d'éviter la répétition d'un cycle « panique-négligence-panique » en cas de crise ou d'adopter une stratégie « maladie par maladie ». Comme l'a suggéré un groupe d'experts⁵⁷ qui a examiné en 2016 l'expérience de l'épidémie d'Ebola, les gouvernements devraient éviter la tentation de mettre l'accent sur des programmes « verticaux » axés sur des maladies spécifiques ou sur des considérations politiques trop étroites (par exemple, la préparation aux pandémies) et de donner la priorité à des programmes globaux et horizontaux, mobilisant les gouvernements pour renforcer tous les aspects de leurs systèmes de santé nationaux.

L'UE doit aussi éviter une stratégie de cloisonnement « menace par menace » : même si le Covid-19 n'a pas été créé par l'homme, l'ampleur des perturbations qu'il provoque attirera certainement l'attention des bioterroristes, et il est évident que le rôle croissant de la technologie numérique en complément des activités économiques pourrait rendre les attaques combinées (biologiques et numériques) létales pour l'économie mondiale.

Le caractère hybride des cyberattaques (militaires et civiles) fait l'objet d'une prise de conscience croissante qui devrait s'étendre à l'analyse de la probabilité d'attaques multi-vecteurs. Dans ce contexte, même si elle s'est déjà engagée dans une vaste cartographie des risques⁵⁸, l'UE ne dispose pas d'un centre dynamique et agile pour la prévention des risques catastrophiques. L'utilisation d'ordinateurs à haute performance, de grands ensembles de données et de techniques avancées d'analyse des risques peut favoriser la résilience en Europe sans nécessiter des investissements massifs dans de nouvelles installations et infrastructures pour chaque secteur.

Un tel centre de prévention des risques majeurs pourrait se coordonner avec les agences non exécutives existantes dans des secteurs spécifiques (par exemple, l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (AESRI), le CEPCM, l'Autorité européenne

55. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/covid19_-_eu_recommendations_on_testing_strategies_v2.pdf.

56. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/covid19_-_eu_recommendations_for_community_measures.pdf.

57. *op. cit.*

58. Commission européenne, *Overview of Natural and Man-Made Disaster Risks the European Union May Face*.

des marchés financiers (AEMF) et l'Autorité bancaire européenne (ABE) afin d'alerter les décideurs politiques sur les menaces en cours et les risques en évolution, y compris les menaces à plusieurs facteurs.

Avec un tel réseau de soutien, la Commission européenne pourrait créer une structure exécutive qui coordonnerait les réponses d'urgence en identifiant une division des mesures la plus efficace et permettrait une éventuelle redistribution des matériels et des ressources entre les États afin de garantir la résilience de l'ensemble de l'UE.

Il existe en outre de nombreux moyens de renforcer la résilience et la réactivité, mais ils ne sont pas tous compatibles avec la durabilité et les valeurs démocratiques. Le défi consiste à trouver un juste milieu entre une politique qui préserve les droits et libertés individuels, protège l'économie et renforce en même temps la préparation des gouvernements aux cas d'épidémies et de pandémies. La construction d'établissements de soins de santé au niveau national sur la base des besoins (actuels) lors d'une pandémie n'a guère de sens du point de vue politique ; l'augmentation des capacités devrait plutôt s'inscrire dans une stratégie de prévention plus globale qui comprend la capacité à réagir rapidement et à augmenter le nombre de lits, de ventilateurs ou d'autres établissements de soins de santé en cas d'urgence.

Le surstockage de médicaments au niveau national est moins efficace qu'au niveau européen. L'utilisation de la technologie pour suivre les déplacements des citoyens, comme cela se fait en Chine, est incompatible avec les libertés individuelles et les droits fondamentaux et peut donner lieu à une discrimination sociale généralisée au fil du temps⁵⁹. Dans l'urgence actuelle, l'UE a une chance de montrer que la gestion des risques et la gouvernance sont possibles sans sacrifier les droits fondamentaux individuels et sans mettre en péril la solidarité et l'engagement de l'UE en faveur du développement durable.

La présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, est confrontée à une bataille difficile car les États membres ne parviennent pas à résister à la tentation de fermer leurs frontières et de refuser de coopérer avec leurs voisins. L'urgence de la Covid-19 devient donc un défi existentiel pour la « Commission géopolitique », et pour le projet de l'UE dans son ensemble.

Une approche de pointe pour la détection, l'analyse et la gestion des risques, associée à des mesures de stimulation économique de grande envergure, à une utilisation responsable des technologies et à la volonté de partager ouvertement les solutions de recherche, peut préserver le rôle de l'UE en tant que guide en ces temps troublés.

Il s'agit bien entendu d'une liste non exhaustive de mesures possibles qui contribueraient à une meilleure gouvernance et à une meilleure préparation dans les années à venir. Il s'agit de mesures à adopter en des temps plus

59. A. Renda, "Will Privacy Be One of the Victims of COVID-19", CEPS in Brief, 23 mars 2020.

calmes : comme l'a dit John F. Kennedy, « le temps pour réparer le toit est celui où le soleil brille ».

Il est essentiel qu'une fois que le Covid-19 aura progressivement disparu que les leçons tirées de ces mois de confinement deviennent les fondements d'une nouvelle approche de la gouvernance des risques aux niveaux européen et mondial. Le *Global Preparedness Monitoring Board* a soulevé cette même question très clairement dans son

dernier rapport annuel : « pendant trop longtemps, nous avons laissé s'installer un cycle de panique et de négligence lorsqu'il s'agissait de pandémies : nous redoublons d'efforts lorsqu'une menace grave pèse sur nous, puis nous les oublions rapidement lorsque la menace s'estompe »⁶⁰. Cette fois-ci, nous espérons que les choses seront différentes : il apparaît essentiel de se remémorer les échecs en temps de crise pour éviter de répéter les mêmes erreurs à l'avenir.

60. *op. cit.*



Anne-Lise Sibony • Professeure de droit européen, UCLouvain

La réponse du Royaume-Uni au Covid-19 : un paradoxe comportemental ?

La diversité des réponses à l'épidémie de Covid-19 entre les pays – tant au niveau international qu'au sein de l'Union Européenne (UE) – est considérable et l'absence de réponse coordonnée au niveau de l'UE est critiquée¹. Dans le cadre de cette expérience impliquant différentes politiques nationales, la voie la plus singulière est celle choisie initialement par le Royaume-Uni et dans laquelle les Pays-Bas persistent. Au lieu d'essayer d'éviter autant que possible la contamination par des mesures drastiques telles que le confinement précoce, la stratégie a été, dans un premier temps, d'encourager l'immunité collective². Au Royaume-Uni, ce choix politique a été présenté comme étant fondé à la fois sur l'épidémiologie et les sciences comportementales³.

« Fatigue comportementale », une expression peu connue qu'on peut difficilement trouver, même dans le manuel le plus complet⁴, est soudainement devenue cé-

lèbre (probablement pour une courte durée)⁵. La proposition consistait à dire que les individus se fatigueraient de rester chez eux et que le confinement serait donc inefficace. Aux Pays-Bas, le Premier ministre a annoncé des principes souples de distanciation sociale, et bien qu'il n'ait pas explicitement fait de référence à un quelconque apport comportemental dans la prise de décision, c'est pourtant très probable qu'il y en ait eu un⁶. Les premières initiatives de ces deux gouvernements ont suscité le doute et nombreux sont ceux qui les ont trouvées choquantes.

L'association entre l'influence du comportement dans la décision politique et la décision de laisser le virus se propager en s'abstenant d'ordonner le confinement est malheureuse, mais elle est là. « Comment un gouvernement pourrait-il se contenter de simples incitations face à un grave danger ? », se sont demandés légitimement les observateurs⁷. Alors que seule la Suède en Europe s'est contentée d'encourager les gens (même les Pays-Bas ont ordonné la fermeture des écoles et des bars), cet épisode particulier de la saga mondiale de coronavirus donne à réfléchir aux analystes qui s'intéressent au comportement. C'est l'occasion de réfléchir à la place qu'il convient d'accorder à la connaissance des comportements dans les choix politiques difficiles.

I. Des choix difficiles

La tentative de lutter contre le virus à travers le confinement semble avoir dans l'ensemble fonctionné d'un point de vue sanitaire. Pour autant qu'on puisse en juger, il semble que cela ait fonctionné en Chine⁸. Le confinement présente toutefois l'inconvénient d'être extrêmement n'a pas toujours permis d'éviter un nombre de cas suffisamment important pour submerger même les systèmes de santé, même les mieux dotés financièrement⁹. Cela signifie

* Cette contribution s'appuie sur les données disponibles en mars 2020.

1. A. Alemanno, "Europe Doesn't Have to Be So Helpless in This Crisis", *The Guardian*, 26 mars 2020 ; v. eg la pétition appelant à une réponse coordonnée de l'UE.
 2. S'il est vrai que la déclaration de Boris Johnson du 10 mars sur le fait de « de faire avec le virus et le laisser se propager dans la population » a été prise hors de son contexte (le Premier ministre a déclaré qu'il s'agissait « d'une théorie » et a ensuite exposé sa préférence), il n'en reste pas moins vrai que le Royaume-Uni a pris des mesures de distanciation sociale plus limitées que d'autres pays. De même, aux Pays-Bas, le Premier ministre Rutte a annoncé la stratégie néerlandaise de renforcement de l'immunité collective le 16 mars 2020 dans un discours télévisé (le premier d'un Premier ministre depuis la Seconde Guerre mondiale). Le Premier ministre n'utilise pas l'expression « immunité collective », mais une distinction intéressante entre « contrôle maximum » (l'étiquette de la stratégie choisie de non confinement) et confinement.
 3. v. S. Boseley, "Herd Immunity: Will the UK's Coronavirus Strategy Work?" *The Guardian*, 13 mars 2020, citant David Halpern, head of the Behavioural Insights Team ; Institute for Government (UK) "Explainer" on the "Nudge Unit". Les conseillers du Groupe consultatif scientifique sur les urgences (SAGE) auprès du gouvernement comprennent « des épidémiologistes, des cliniciens, des virologistes, des modélisateurs mathématiques et statistiques, des biologistes moléculaires et des spécialistes des sciences sociales et comportementales ». C. Cooper and A. Furlong, "Going Viral: Boris Johnson Grapples to Control Coronavirus Message", *Politico*, 16 mars 2020.
 4. E. Zamir and D. Teichman, *Behavioural Law and Economics*, Oxford University Press, 2018.

5. N. Chater, "People Won't Get 'Tired' of Social Distancing – The Government Is Wrong to Suggest Otherwise", *The Guardian*, 16 mars 2020.
 6. Il ne s'agit pas seulement d'une présomption fondée sur le fait que le gouvernement néerlandais est parmi les plus conscients des comportements dans l'UE, mais plus précisément parce que l'Institut national néerlandais pour la santé publique et l'environnement, dont le rôle est de conseiller le gouvernement, bénéficie d'une expertise interne en matière de changement de comportement chez les cadres supérieurs et les employés.
 7. Le terme "nudge" a été popularisé par R.H. Thaler et C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, qui la définissent comme « tout aspect de l'architecture de choix qui modifie le comportement des personnes de manière prévisible sans interdire d'options ou modifier de manière significative leurs incitations économiques ». Pour des clarifications utiles et une définition précise, v. P.G. Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?", *7 European Journal of Risk Regulation* 155, 2016 ; et A. Tor, "The Critical and Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging" in K. Mathis and A. Tor (eds), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, 2016, pp 3-10; F. Esposito, "Conceptual Foundations of the Behavioural Analysis of Consumer Law in Europe" in H.-W. Micklitz, A.-L. Sibony and F. Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law*, Edward Elgar, 2018, pp 38-76.
 8. *Ibid.*
 9. *Ibid.*, citant le rapport de l'Imperial College, qui prévoyait que la demande de pointe en matière de soins intensifs au Royaume-Uni serait encore huit fois supérieure à la capacité de pointe du Service national de santé britannique : Équipe d'intervention COVID-19 de l'Imperial College, "Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand", 16 mars 2020.

non seulement que de nombreuses personnes meurent, y compris des professionnels de santé surmenés et fatigués, mais aussi que des choix moralement contestables doivent être faits. En outre, il sera peut être nécessaire de renouveler le confinement si une nouvelle vague de contamination arrive après que les mesures se soient assouplies, ce qui est tout à fait possible en l'absence d'immunité collective¹⁰.

La méthode de l'atténuation des risques, en revanche, vise à créer précisément une telle immunité collective. Elle consiste à limiter l'isolement aux groupes plus exposés au risque de développer des symptômes graves et à laisser le virus infecter de larges pans de la population restante. Cette stratégie permet de limiter les perturbations sociales et économiques, mais elle présente l'inconvénient que les personnes les plus à risque soient mal identifiées, ce qui entraînerait des décès qui auraient pu être évités par des mesures plus drastiques. Comme *The Economist* le résumait, « la vérité amère est que l'atténuation des risques coûte trop de vies et que le confinement peut être économiquement non viable »¹¹.

En effet, il a été estimé, lorsque le choix a été fait d'opter pour l'immunité collective, que 80% de la population britannique serait infectée, ce qui entraînerait, possible-ment un demi-million de décès¹². D'autre part, l'INSEE a calculé que la production a chuté de 35% en raison du confinement¹³, ce qui signifie que chaque mois de cette politique coûte trois points de PIB¹⁴.

Choisir la bonne politique dans ces circonstances est un défi pour de nombreuses raisons, en commençant par un problème de connaissance à multiples facettes : nous n'avons qu'une connaissance partielle du virus, de son mode de transmission exact et de la manière dont l'immunité se construit ou des médicaments qui pourraient aider. Il n'y a ni assez de données¹⁵ ni assez de temps pour mener des analyses coûts-avantages (en laissant de côté les préoccupations éthiques concernant la moralité utilitaire et la réticence à mettre un prix sur les vies)¹⁶. Même l'analyse des risques semble avoir été négligée. En plus de tout ce que nous ne savons pas, il y a des contraintes logistiques liées à la production d'équipement de protection, de solution hydroalcoolique ou de respirateurs artificiels. Il existe des valeurs contradictoires et certains compromis sont de plus en plus importants, comme l'équilibre entre la

santé et la vie privée¹⁷.

Enfin, l'épidémie n'arrête pas la politique : il suffit de se rappeler comment la France a organisé le premier tour des élections municipales pendant la première semaine de confinement après que le Président de la République ait cédé à l'opposition du Président du Sénat¹⁸, ou comment le Premier Ministre Orbán utilise le virus pour faire avancer son programme politique d'une emprise toujours plus forte sur les institutions hongroises¹⁹. Outre les incertitudes scientifiques, les compromis douloureux et les contraintes économiques et logistiques, les décideurs politiques doivent également tenir compte des facteurs comportementaux.

II. Des dimensions comportementales

Il est évident que le comportement des citoyens influe sur la manière dont le virus se propage. Faire en sorte que les gens se comportent d'une certaine manière peut littéralement sauver des vies. En d'autres termes, les enjeux n'ont jamais été si élevés lorsqu'il s'agit d'intégrer des connaissances comportementales dans la conception des politiques.

Pourtant, il est difficile de viser juste, car les changements de comportement nécessaires sont considérables, mais aussi parce que les gouvernements sont soumis à une pression intense pour prendre des décisions rapides, sous plusieurs voiles d'incertitude et dans un contexte caractérisé à la fois par une peur et un optimisme. Toutes ces circonstances offrent un terrain fertile pour les biais et les erreurs.

1. Promouvoir un comportement sûr : un terrain naturel pour la connaissance des comportements

En l'absence de traitement ou de vaccin, le seul moyen de ralentir la progression du virus est de changer de comportement. Un tel changement doit se faire en liaison avec des comportements conscients, comme sortir ou se laver les mains ; avec des comportements conscients mais habituels, comme saluer les gens ou se tenir près d'eux ; et avec surtout de nombreux comportements inconscients, comme le fait de se toucher le visage²⁰. Initier de tels changements à grande échelle n'est pas du ressort habituel des gouvernements, pas plus que la régulation de l'interaction micro-sociale, n'est en principe l'objet du droit.

Pourtant, en l'absence d'un vaccin et en présence de controverses sur l'efficacité des médicaments existants,

10. European Centre for Disease Prevention and Control, *Guide to Revision of National Pandemic Influenza Preparedness Plans - Lessons Learned from the 2009 A(H1N1) Pandemic*, ECDC, 2017, p 15.
 11. "Paying to Stop the Pandemic", *The Economist*, 19 mars 2020.
 12. Les chiffres sont publiés dans *The Guardian*, citant "a senior NHS official". D. Campbell, "UK Coronavirus Crisis 'to Last Until Spring 2021 and Could See 7.9m Hospitalised'", *The Guardian*, 15 mars 2020.
 13. INSEE, « Point de conjoncture », 26 mars 2020.
 14. G. de Calignon, « Coronavirus : un mois de confinement représente une perte de 3 points de PIB annuel, selon l'INSEE », *Les Echos*, 26 mars 2020.
 15. Sur les sombres statistiques, v. D. Bessis, "Coronavirus: The Key Numbers We Must Find Out", *Medium*, 26 mars 2020.
 16. Pour une discussion et une explication des raisons pour lesquelles, aux États-Unis, une vie est évaluée à 9 millions de dollars, v. C. Sunstein, *The Cost Benefit Revolution*, MIT Press 2019, p 39.

17. Les lois sur la protection de la vie privée devraient être « mises en pause » dans le cadre de la réduction des formalités administratives pour aider à lutter contre le coronavirus, écrivent les économistes du comportement S. Mullainathan et R. H. Thaler in "To Fight the Coronavirus, Cut the Red Tape", *The New York Times*, 24 mars 2020. A. Reenda, "Will Privacy Be One of the Victims of COVID-19", CEPS, 23 mars 2020.
 18. M. Mourgue, "Coronavirus: L'archer s'est opposé auprès de Macron à un report des municipales", *Le Figaro*, 12 mars 2020.
 19. J. Dempsey, "Orbán Exploits Coronavirus Pandemic to Destroy Hungary's Democracy", *Carnegie Europe*, 31 mars 2020.
 20. Ces comportements inconscients sont les plus difficiles à combattre : <https://www.bi.team/blogs/how-to-stop-touching-our-faces-in-the-wake-of-the-coronavirus>.

les « interventions non-pharmaceutiques » sont, au départ, les outils les plus importants à employer pour protéger la santé des populations (en laissant de côté les risques sanitaires indirects générés par la perte de revenus au fil du temps)²¹. Les choses évoluent rapidement : certains gouvernements ont autorisé l'utilisation de médicaments antiviraux existants dans les hôpitaux, un tribunal français a ordonné aux autorités sanitaires de faire des stocks de ces médicaments²² et un vaccin pourrait être en vue²³. Il n'en reste pas moins que les facteurs comportementaux sont cruciaux et il ne fait guère de doutes que cette dimension a sa place dans la conception des politiques.

D'une manière générale, le contexte est favorable à une telle approche, car les gouvernements de nombreuses régions du monde se sont de plus en plus tournés vers l'expertise comportementale au cours de la dernière décennie²⁴. Le prix Nobel de l'économie 2019 a été décerné à des chercheurs qui ont démontré la puissance d'interventions apparemment modestes pour améliorer la santé et le bien-être en utilisant des essais contrôlés randomisés, les mêmes essais expérimentaux que ceux qui sont préconiser pour tester les interventions comportementales²⁵.

En outre, et malgré les controverses entre universitaires sur le paternalisme libertaire, des données empiriques préliminaires suggèrent que les européens sont favorables à l'utilisation des nudges lorsqu'ils approuvent l'objectif politique sous-jacent et si les gouvernements adhèrent aux règles de base de la « bonne gouvernance du *Nudge*²⁶ »²⁷ (les données manquent encore pour savoir si ces conclusions s'appliquent également aux politiciens britanniques)²⁸. Dans ce contexte, pourquoi l'annonce ini-

tiale d'interventions inspirées par une approche comportementale s'est-elle heurtée à de vives critiques²⁹.

2. Objections à la réponse du Royaume-Uni : la science du comportement de pacotille

Pour clarifier, l'objection n'était pas dirigée contre l'adoption de mesures inspirées par une approche comportementale en tant que telle en tant que tel ; ce qui était critiqué était la non-adoption (à l'époque) de mesures strictes de distanciation sociale. La critique ne visait pas non plus les recommandations comportementales spécifiques qui ont été émises, telles que les conseils sur la manière d'arrêter de se toucher le visage³⁰ ou sur la meilleure façon de pousser les gens à se laver les mains efficacement³¹. De telles recommandations ont un coût peu élevé et peuvent aller dans la bonne direction ; personne ne s'y oppose.

Le reproche consistait à dire que les arguments comportementaux présentés comme soutenant la décision d'attendre plutôt que d'adopter des mesures drastiques était mal fondée. La crainte que la « fatigue comportementale » – comme l'a appelée le gouvernement britannique – pourrait s'installer et de miner l'efficacité d'un confinement car les gens commenceraient à violer la recommandation de rester à la maison peut être intuitivement plausible, mais les spécialistes du comportement disent que ce n'est pas un phénomène comportement documenté³². Ne pas adopter un confinement qui pourrait sauver des vies en se basant sur la simple intuition que les gens pourraient s'en lasser ne constitue pas une politique comportementale fondée sur des preuves.

3. Des phénomènes comportementaux multiples

Il est important de noter qu'on ne sait pas très bien pourquoi la fatigue comportementale a été mise en exergue alors que d'autres phénomènes comportementaux mieux documentés pourraient, avec une probabilité et une distribution tout aussi inconnues, être présents et soit alimenter ce phénomène soit le contrecarrer³³. Outre la fatigue comportementale, le non-respect des mesures de distanciation sociale pourrait être le résultat du biais d'optimisme, qui peut amener les gens à croire qu'ils sont peu susceptibles

21. Imperial College COVID-19 Response Team, "Impact of Non-Pharmaceutical Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand", *supra*, note 9.

22. T.A. Guadeloupe, 28 mars 2020, Syndicat UGTG, no. 2000295.

23. I. Efrati et C. Levinson, "Israeli Research Center to Announce It Developed Coronavirus Vaccine, Sources Say", *Haaretz*, 18 mars 2020.

24. Le Royaume-Uni a fait œuvre de pionnier en créant l'équipe *Behavioural Insights Team* en 2010. Depuis lors, de nombreux gouvernements du monde développé ont exploré le potentiel des interventions comportementales. Pour une enquête, voir OCDE "Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World", 2017, Soulignant les promesses de l'élaboration de politiques comportementales dans les pays en développement, v. World Bank, "World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior" : <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Au sein de la Commission européenne, l'expertise comportementale est dispensée par le Centre commun de recherche ainsi que par un nombre croissant de petites équipes au sein de la direction générale. Pour un aperçu de l'UE, voir J.S. Lourenço et al, "Behavioural Insights Applied to Policy : Rapport européen 2016".

25. Le prix Nobel de sciences économiques 2019 a été décerné conjointement à Abhijit Banerjee, Esther Duflo et Michael Kremer pour leur approche expérimentale de la réduction de la pauvreté dans le monde. Sur l'utilisation d'essais contrôlés aléatoires pour les interventions comportementales, v. Behavioural Insights Team avec B. Goldacre et D. Torgerson, "Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials", Cabinet Office The Behavioural Insights Team, 2013.

26. Les *nudges* sont des changements dans l'architecture de choix de nature à influencer les décisions.

27. L. Reisch, C. Sunstein et W. Gwozdz, "Viewpoint: Beyond Carrots and Sticks: Europeans Support Health Nudges", 69 *Food Policy* 1, 2017 ; L. Reisch et C. Sunstein, *Trusting Nudges: Toward a Bill of Rights for Nudging*, *Routledge*, 2019, ch 6.

28. Le secrétaire d'État à la santé, Jon Ashworth, aurait demandé à être rassuré sur le fait que l'approche du gouvernement n'était pas trop basée sur la science du com-

portement. H. Stewart et M. Busby, "Coronavirus: Science Chief Defends UK Plan from Criticism", *The Guardian*, 13 mars 2020.

29. T. Yates, "Why Is the Government Relying on Nudge Theory to Fight Coronavirus?", *The Guardian*, 13 mars 2020.

30. M. Hallsworth, "How to Stop Touching Our Faces in the Wake of the Coronavirus", *BIT Blog*, 5 mars 2020.

31. M. Hallsworth, "Handwashing Can Stop a Virus – So Why Don't We Do It?", *Behavioural Scientist*, 4 mars 2020 ; and M. Egan et al, "Bright Infographics & Minimal Text Make Handwashing Posters Most Effective – Result from an Online Experiment", *BIT Blog*, 23 mars 2020.

32. U. Hahn et al, "Why a Group of Behavioural Scientists Penned an Open Letter to the U.K. Government Questioning Its Coronavirus Response", *Behavioural Scientist*, 16 mars 2020.

33. À ce jour, les grandes lignes des phénomènes comportementaux pertinents sont les suivantes P.D. Lunn et al, "Using Behavioral Science to Help Fight the Coronavirus", 3 *Journal of Behavioral Public Administration*, 2020 et J.J. Van Bavel et al, "Using Social and Behavioural Science to Support COVID-19 Pandemic Response", 24 mars 2020 (ci-après "Van Bavel").

de contracter une maladie³⁴.

Une autre cause potentielle de non-respect des exhortations à rester chez soi est la réactance : c'est-à-dire un appétit à faire le contraire de ce qu'on nous dit lorsque nous avons le sentiment que notre liberté de choix est limitée. Il est clair que le niveau de base de la réactance dans une population est un trait culturel. Des preuves anecdotiques suggèrent, par exemple, qu'il est plus faible en Belgique qu'en France, où les Parisiens ont afflué en masse dans leurs maisons de vacances la veille du confinement, se frayant un chemin à coups de coude dans des gares bondées pour monter dans un TGV tout aussi bondé. L'augmentation ou la diminution de la réactance par rapport au niveau de référence est vraisemblablement influencée par le comportement des responsables politiques et autres personnalités publiques³⁵.

A cet égard, il est frappant de voir comment Boris Johnson, Donald Trump ou Emmanuel Macron ont sapé le message officiel de distanciation sociale en serrant des mains publiquement, en assistant à des réunions ou en visitant des usines, tandis qu'Angela Merkel et Sophie Wilmès, la Première ministre belge, ont donné l'exemple dès le début. La réactance peut aussi être atténuée en ciblant différents sous-groupes³⁶, comme les jeunes, ce que certains gouvernements ont fait par le biais de campagnes dans les médias sociaux soulignant que s'occuper des personnes âgées, c'est « cool ». La réactance peut également être atténuée en faisant participer les citoyens à l'élaboration des politiques³⁷.

Si cela peut sembler difficile à première vue dans une situation d'urgence, il est également vrai qu'une communication désastreuse provoque des décès, et que prendre un peu de temps pour aider les décideurs à saisir l'humeur de la population peut en fait être du temps bien utilisé.

D'autre part, la fatigue comportementale peut être compensée par la peur de la maladie. La peur est connue pour être un puissant facteur de motivation, bien que, là encore, nous manquions de données directement pertinentes dans le contexte actuel³⁸. Il est important de noter que les arguments comportementaux solides en faveur de l'application du confinement et de la distanciation sociale par le biais de la loi (plutôt que de simples recommandations) semblent avoir été trop peu pris en compte. Tout d'abord, nous avons tous des voix contradictoires dans notre esprit : la voix des décisions émotionnelles rapides

et intuitives veut que nous allions voir des amis et la voix de la décision raisonnée qui pèse le pour et le contre de manière rationnelle et argumentée et conclue que ce n'est pas raisonnable. Et nous savons lequel des deux gagne habituellement (c'est ce qu'on appelle la théorie du double système de pensée)³⁹.

C'est pourquoi il est bon de soulager les gens du fardeau de prendre eux-mêmes des décisions quant à savoir s'ils peuvent ou non voir des amis en dehors du cercle familial⁴⁰. Une fois que « rester à la maison » devient la loi plutôt qu'une recommandation, la conformité volontaire pourrait être le résultat de la reconnaissance par les citoyens par les citoyens de la fonction expressive de la loi⁴¹. Cela peut être un mécanisme plus fiable que le recours aux normes sociales lorsque la norme sociale n'est pas bien établie⁴².

En d'autres termes, il existe des phénomènes comportementaux qui vont dans des directions différentes et nous n'en savons tout simplement assez sur ces arbitrages comportementaux⁴³. Il est fort possible, que les différences individuelles soient importantes et que l'effet net de ces phénomènes dépende au moins en partie sur la démographie. A titre d'illustration, une enquête belge suggère que 25% de la population et pas moins de 44% des 18-21 ans n'observe pas les mesures de distanciation sociale⁴⁴. En vérité, les sciences comportementales et sociales aident à formuler de nombreuses hypothèses sur les leviers psychologiques et sociaux qui pourraient entraîner des risques mais aucune preuve concrète directement pertinente pour les politiques. Rendre la « fatigue comportementale » le seul élément saillant pour justifier d'une politique minimaliste semble tout simplement hasardeux. Pourquoi, alors, la « fatigue comportementale » a-t-elle eu l'honneur de figurer comme justification politique ?

4. Une explication comportementale ?

L'accent mis sur un phénomène comportemental obscur et non documenté (qui pourrait néanmoins bien exister) pourrait-il être un exemple de renforcement en groupe dans le processus décisionnel ? Le rapport 2018 de l'équipe *Behavioural Insights Team* (BIT) intitulé *Behavioural Government* (le manuel de la *UK Nudge Unit* pour la débiaiser des gouvernements) explique que cette forme de pensée de groupe se produit lorsque les gens s'autocensurent et se conforment à l'opinion de la majorité

34. E. Zamir and D. Teichman, *Behavioural Law and Economics*, supra, note 4, 61 ; Van Bavel, text at n. 8.

35. S. Bhanot, "Why Are People Ignoring Expert Warnings? – Psychological Reactance", *Behavioural Scientist*, 20 mars 2020. An anecdotal example is a clandestine café in Belgium: "Dour: un café clandestin installé dans une arrière-salle", *La Libre Belgique*, 29 mars 2020.

36. P. John, *How Far to Nudge?*, Edward Elgar, 2018, p 29.

37. *Ibid*, p 125.

38. D. DeSteno, "How Fear Distorts Our Thinking about the Coronavirus", *The New York Times*, 20 February 2020.

39. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

40. A. Buttenhein, "Tradeoffs", 12 mars 2020.

41. Le hashtag #COVIDIOTS sur Twitter illustre le *naming and shaming* pour faire respecter en privé les nouvelles normes sociales.

42. Sur les différentes normes sociales concernant le port d'un masque facial, v. "Coronavirus: Why Some Countries Wear Face Masks and Others Don't", *BBC*, 31 mars 2020.

43. Sur les compromis comportementaux, v. Y. Feldman et O. Lobel, "Behavioral Tradeoffs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology" in A. Alemanno and A.-L. Sibony, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, 2015, pp 301-24.

44. "Coronavirus: 44% des jeunes de 18 à 21 ans ne respecteraient pas les mesures de confinement", *RTBF*, 25 mars 2020.

du groupe⁴⁵. Est-ce que l'immunité collective est apparue comme la meilleure candidate pour un consensus entre experts médicaux ? Pourrait-elle avoir reçu un subtil coup de pouce (les britanniques "*keep calm and carry on*") ? La pression du temps était-elle si forte que tout ce qui pouvait sembler permettre d'accorder l'approche comportementale avec les autres disciplines représentées dans le groupe d'experts a été privilégié ?

Le fait qu'il n'y ait pas eu de réponse à la lettre ouverte de l'association des scientifiques suggère que ce n'est pas la meilleure approche comportementale que l'on puisse offrir à l'élaboration des politiques en général ou à la réponse au Covid-19 en particulier. La *UK Nudge Unit* se retrouve peut-être dans la position de l'arroseur arrosé, mais il faut reconnaître que l'élaboration de politiques fondées sur des données probantes est exceptionnellement difficile à mettre en œuvre lorsqu'il y a très peu de données et encore moins de temps pour rassembler les preuves. Une autre explication du choix initial de l'immunité collective plutôt que le confinement précoce est l'effet de cadrage⁴⁶.

Dans une expérience célèbre qui trouve une résonance toute particulière dans le contexte actuel, Kahneman et Tversky ont montré que les décisions relatives aux risques sont influencées par la façon dont ce choix est présenté. Dans cette expérience, les sujets sont informés qu'une communauté est confrontée à une maladie asiatique inhabituelle qui va tuer 600 personnes. Pour combattre la maladie, le premier groupe pouvait choisir entre deux options : l'option A consistait en un traitement qui permettrait de sauver 200 personnes et l'option B en un traitement qui avait 33% de chances de sauver 600 personnes mais 67% de chances de n'en sauver aucune. L'option A a été largement majoritaire (choisie par 72% des sujets).

Un deuxième groupe s'est vu présenter le même choix, mais présenté dans un cadre différent. Ce groupe devait choisir entre l'option C, qui n'entraînerait la mort que de 400 personnes, et l'option D, caractérisée par une probabilité de 33% que personne ne périsse et une probabilité de 67% que les 600 personnes meurent. Cette fois-ci 72% des personnes interrogées se sont prononcées en faveur de l'option D qui est équivalente à l'option B.

En d'autres termes, lorsque le même choix (entre un événement certain et une option probabiliste ayant une utilité attendue identique) était formulé différemment, les préférences des personnes en matière de risque étaient inversées. Dans le cadrage positif (nombre de vies sauvées dans les options A et B), les sujets préféraient la certitude mais dans le cadrage négatif (nombre de décès dans les options C et D), ils étaient prêts à prendre des risques.

Il a été démontré que les responsables politiques ne sont pas à l'abri des effets du cadrage : eux aussi sont prêts à prendre plus de risques pour éviter des décès que pour sauver des vies (même si les chiffres rendent les options équivalentes)⁴⁷.

Dans le contexte actuel, nous entendons et lisons constamment parler du nombre de décès dus au virus : le cadrage est clairement négatif. La théorie des perspectives prévoit que cela conduira à une prise de risque accrue. Hélas, les premières décisions visant à retarder une stricte distanciation sociale – qu'elle soit habillée ou non d'arguments comportementaux – peuvent illustrer cette prédiction. La prise de risque économique ressentie peut être aussi aussi de cette explication.

Nous vivons une expérience naturelle : les États-nations du monde entier et de toute l'Europe ont élaboré différentes réponses politiques à la pandémie de Covid-19, allant des français et des espagnols enfermés aux suédois vivant en liberté. Dans les mois à venir, des données montreront quelles stratégies ont été les plus efficaces, les plus rentables et les plus socialement acceptées. Mais c'est aussi un exemple de la manière dont les gouvernements peuvent abuser des arguments comportementaux et ternir la réputation d'élaborer des politiques fondées sur des preuves solides. Ceux qui, en Europe, ont appliqué le plus efficacement les connaissances en matière de comportement ne sont peut-être pas ceux qui s'en vantent.

45. M. Hallsworth et al, "Behavioural Government", *The Behavioural Insights Team*, 2018.

46. A. Tversky et D. Kahneman, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", 211 *Science*, 453, 1981.

47. *Behavioural Government*, p 8.



Alessandra Spadaro • Doctorante à l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement et assistante d'enseignement à l'Académie de droit international humanitaire et droits humains à Genève

Les droits humains à l'épreuve du Covid-19

60

« Nous sommes en guerre », avait déclaré le président français Emmanuel Macron, avant d'annoncer une série de mesures drastiques pour contenir la propagation de la pandémie de Covid-19¹. Le président américain Donald Trump et nombre d'autres politiques avaient également fait référence à « une guerre contre un ennemi invisible » ainsi qu'à un personnel soignant « en première ligne »² ; les dirigeants ont ainsi multiplié les métaphores bellicistes pour souligner le caractère exceptionnel de la situation³.

Conformément à cette rhétorique, il a même été un temps suggéré que l'épidémie soit considérée comme une attaque armée, aux fins de l'article 5 du Traité de l'OTAN⁴. Et en effet, les réponses à la pandémie avaient tout du dispositif guerrier tant les mesures prises ont limité drastiquement la jouissance des libertés personnelles, dans une proportion sans précédent pour des pays démocratiques en temps de paix.

Tout en prenant des formes différentes selon les pays, les mesures adoptées visent globalement à renforcer la distanciation sociale au sein de la population afin de minimiser la transmission inter-humaine du nouveau coronavirus responsable du Covid-19. En conséquence, des milliards de personnes dans le monde ont été mises sous une sorte de confinement⁵.

Des inquiétudes quant à l'impact de ces mesures sur les droits humains ont été soulevées par le Haut Commissaire

des Nations Unies aux droits de l'homme et d'autres experts des droits humains⁶. Ces inquiétudes ne sont pas infondées, car les mesures limitant la jouissance des droits humains et la rhétorique guerrière qui les accompagne peuvent ouvrir la voie à l'abus des réglementations d'urgence et à l'empiètement des pouvoirs exécutifs. Tant la pandémie que les réponses qui y sont apportées mettent à l'épreuve les droits humains, et pas seulement dans les pays autoritaires.

En abordant cette question, le présent article commence par expliquer pourquoi les mesures prises pour contenir la pandémie sont justifiées du point de vue des droits humains. Il montre que, dans le même temps, certaines mesures peuvent avoir un effet préjudiciable sur la jouissance d'un certain nombre de droits humains. En mettant l'accent sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et sur la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), l'article analyse ensuite les conditions dans lesquelles les États peuvent légitimement interférer avec certains droits humains par le biais de limitations ou de dérogations et met en évidence certains sujets de préoccupation à cet égard. Il conclut que si la restriction de certaines libertés peut être temporairement nécessaire pour faire face à l'épidémie de Covid-19, cette restriction doit être soigneusement limitée et constamment surveillée afin d'éviter les abus.

I. La pandémie de Covid-19 et les mesures de confinement à la lumière des droits humains

La pandémie de Covid-19 constitue en soi une menace pour les droits humains, à commencer par le droit à la vie et le droit à la santé. Elle met également en évidence la façon dont les droits humains sont interdépendants tout en reflétant leurs intérêts concurrents, parfois difficiles à concilier⁷.

Le droit à la vie est le plus manifestement affecté par l'épidémie de Covid-19, puisque celle-ci a d'ores et déjà fait des centaines de milliers de victimes à travers le monde. Les États sont tributaires d'une obligation de diligence raisonnable pour protéger les citoyens contre les atteintes à la vie causées par des personnes⁸. Cette obligation de diligence raisonnable pourrait être interprétée comme comprenant la protection des personnes contre la menace que représentent les porteurs de Covid-19. En effet, cette obligation des États de respecter et de garantir le droit à la vie englobe les menaces prévisibles ainsi que la lutte contre les maladies mortelles⁹. La prévention et le traitement des épidémies, et donc l'accès aux soins, constituent également des facettes du droit à la santé¹⁰.

1. « Adresse aux Français du Président de la République », 16 mars 2020.

2. "Remarks by President Trump in a Meeting with Supply Chain Distributors on COVID-19", 29 mars 2020.

3. "PM Says Greece At War with 'Invisible Enemy' Coronavirus", *Reuters*, 17 mars 2020 ; "Albania Announces New 'War' Measures against Coronavirus", *Balkan Insight*, 12 mars 2020.

4. F. Kempe, "Why Trump Should Trigger NATO's Article 5 vs. COVID-19", *Atlantic Council*, 14 mars 2020.

5. H. Davidson, "Around 20% of Global Population under Coronavirus Lockdown", *The Guardian*, 24 mars 2020.

6. "Coronavirus: Human Rights Need to Be Front and Centre in Response, Says Bachelet", *HCDH*, 6 mars 2020 ; « COVID-19 : les États ne doivent pas abuser des mesures d'urgence pour réprimer les droits de l'homme - Experts de l'ONU », *HCDH*, 16 mars 2020.

7. « Coronavirus : Les droits de l'homme doivent être au cœur de la réponse, déclare Bachelet », *HCDH*, 6 mars 2020.

8. Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « Observation générale no. 36 (2018) sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sur le droit à la vie », 30 octobre 2018, UN Doc CCPR/C/GC/36, paras 7, 21.

9. *Ibid*, paras 7, 21, 26.

10. Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, « Observation générale n° 14 du CESCR : Le droit au niveau de santé le plus éle-

Dans le même registre, ce droit à la santé comprend également l'accès à l'eau potable et à un assainissement adéquat, ainsi que l'accès à l'alimentation, à la nutrition et au logement¹¹. Autre déclinaison du droit à la santé¹², le respect du droit à un environnement de travail sain et sûr pose de sérieuses questions, en particulier concernant le personnel soignant impliqué dans les soins de patients infectés par le Covid-19.

Si effectivement le droit à la meilleure santé possible n'est satisfait que relativement aux ressources dont dispose un État¹³, la pandémie du Covid-19 met en lumière l'importance que revêt la promotion de ce droit pour la réalisation d'autres droits humains, y compris les droits civils et politiques. Le lien entre la protection du droit à la vie et la protection du droit à la santé est le plus évident. En fait, la propagation d'une maladie infectieuse qui paralyse le système de santé menace non seulement la vie de ceux qui contractent la maladie et nécessitent des soins médicaux, mais également le droit à la vie et l'accès aux soins de santé des personnes qui continuent d'avoir besoin d'un traitement pour d'autres raisons.

Si, d'une part, la pandémie souligne la nécessité de respecter les droits à la vie et à la santé afin que la vie normale d'une société démocratique soit préservée, d'autre part, elle révèle aussi la tension qu'il existe entre ces droits et d'autres droits. En effet, les ressources sont rares pour lutter contre la pandémie et la gérer, et il existe des intérêts individuels et collectifs concurrents.

En fait, les mesures de santé publique consistant à faire respecter les distanciations sociales, qui sont jugées efficaces pour réduire la propagation de certaines maladies de type grippal, notamment le Covid-19, entrent en conflit avec un certain nombre de droits individuels. Il convient ici d'en donner quelques exemples, basés sur les mesures les plus communément adoptées, sans prétendre en fournir un aperçu exhaustif¹⁴.

L'un des droits les plus clairement affectés par les mesures adoptées par de nombreux États en réponse à la pandémie de Covid-19 est la liberté de mouvement. En effet, les pays ont restreint les voyages internationaux, notamment en interdisant l'entrée aux non-ressortissants¹⁵. Beaucoup de pays ont également restreint les mouvements à l'intérieur de leurs frontières. Par exemple, l'Italie et la France ont exigé que les particuliers ne quittent leur domicile que dans des circonstances exceptionnelles de nécessité, comme l'achat

de nourriture ou l'obtention de soins médicaux, en justifiant leurs déplacements par une déclaration écrite¹⁶. Des ordres d'assignation ont de la même façon été émis par les États américains¹⁷. La Chine, elle, est allée jusqu'à imposer le confinement total de millions de personnes¹⁸.

L'exercice du droit à la liberté individuelle est affecté par l'injonction de mise en quarantaine des passagers en provenance de l'étranger et par l'imposition de l'isolement aux personnes soupçonnées ou testées positives au coronavirus¹⁹. Les interdictions de rassemblements publics ont un impact direct sur les libertés de réunion et d'association, tandis que des mesures de surveillance visant à pouvoir suivre les personnes infectées grâce aux données mobiles et à l'intelligence artificielle posent un défi de taille au libre exercice du droit à la vie privée²⁰. La dimension extérieure de la liberté de manifester sa croyance et sa religion se trouve également affectée par la fermeture des lieux de culte.

La fermeture des entreprises et des bureaux a également des conséquences sur l'exercice du droit au travail, en particulier pour les travailleurs de l'économie informelle²¹ et plus généralement pour tous ceux qui ne peuvent travailler à domicile, tandis que la fermeture des écoles et des universités affecte le droit à l'éducation.

II. Restrictions et dérogations

La question se pose naturellement de savoir si les mesures brièvement décrites ci-dessus sont légitimes. Certains droits humains (tels que l'abolition de la torture et de l'esclavage) sont absolus et ne souffrent aucune limitation, aucune pondération par d'autres droits ou dérogations. Cependant, la plupart des droits humains ne sont pas absolus et peuvent être restreints, dans une certaine mesure. Les traités relatifs aux droits humains prévoient spécifiquement deux outils permettant aux États de gérer la pandémie de Covid-19 : les restrictions et les dérogations.

Les restrictions permettent précisément d'équilibrer

vé possible (art. 12) » ; 11 Août 2000, Doc ONU E/C.12/2000/4, paras 12, 16.

11. *Ibid*, para 11.

12. *Ibid*, paras 4, 15.

13. *Ibid*, para 9; Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, « Observation générale n° 3 du CESCR : Nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1, du Pacte) », 14 décembre 1990, UN Doc E/1991/23, para 11.

14. Pour plus de détails sur les différentes réponses gouvernementales à la pandémie de Covid-19 affectant les droits humains, v. « COVID-19 Civic Freedom Tracker ».

15. Pour un aperçu des restrictions de voyage dans l'Union européenne, v. « Réponse au coronavirus: mesures de transport ».

16. v. par ex. Décret no 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, art. 3 ; Directive no. 14606 du 8 mars 2020 du ministère de l'intérieur italien.

17. v., par ex., décret ex. N-33-20, département exécutif, État de Californie, 19 mars 2020.

18. E. Graham-Harrison et L. Kuo, « China's Coronavirus Lockdown Strategy: Brutal but Effective », *The Guardian*, 19 mars 2020.

19. v., par ex., le Règlement de 2020 sur la protection de la santé n° 129, art. 4 à 9, faisant spécifiquement référence à « l'isolement et détention ». Il convient de noter que « la détention régulière de personnes en vue de prévenir la propagation de maladies infectieuses » est l'un des 6 motifs légaux de détention identifiés de manière exhaustive par l'art. 5 de la CEDH. La légalité de cette détention dépend de « si la propagation de la maladie infectieuse est dangereuse pour la santé ou la sécurité publiques, et si la détention de la personne infectée est le dernier recours pour empêcher la propagation de la maladie, après que des mesures moins graves aient été envisagées et jugées insuffisantes à protéger l'intérêt public », (Enhorn c. Suède App non. 56529/00 (deuxième section de la Cour EDH, 25 janvier 2005), paragraphe 44).

20. B. Trew, « Coronavirus: Controversial Israeli Spyware Firm NSO Builds Software Tracking Mobile Data to Map Covid-19 », *The Independent*, 18 mars 2020 ; S. Yuan, « How China Is Using AI and Big Data to Fight the Coronavirus » *Al Jazeera*, 1 mars 2020.

21. Par ex., à propos de l'impact du confinement sur les travailleurs de l'économie informelle en Inde, v. « India: COVID-19 Lockdown Puts Poor at Risk », *Human Rights Watch*, 27 mars 2020.

les intérêts individuels et collectifs et sont prévues par plusieurs dispositions du PIDCP et de la CEDH et de ses Protocoles. Des limitations aux droits non absolus sont autorisées lorsqu'elles sont prescrites par la loi, conformes à un objectif légitime et nécessaires dans une société démocratique et proportionnées au but légitime identifié, c'est-à-dire lorsqu'aucune alternative moins restrictive n'est disponible²².

Bien que formulés de manière légèrement différente, la CEDH et le PIDCP identifient plusieurs objectifs légitimes comme motifs de limitation de certains droits, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la CEDH), la liberté de manifester sa religion ou ses convictions (art. 9 de la CEDH et art. 18 de la PIDCP), la liberté d'expression (art. 10 CEDH et art. 19 PIDCP), la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH et art. 21 et 22 PIDCP) et la libre circulation (art. 2 Protocole no 4 à la CEDH et art. 12 du PIDCP).

La santé publique est l'un des objectifs légitimes identifiés qui « peut être invoqué comme motif pour restreindre l'exercice de certains droits afin de permettre à un État de prendre des mesures en cas de menace grave pour la santé de la population ou de certains de ses membres »²³. En cas d'urgence publique menaçant la vie d'une nation, la possibilité pour les États de déroger à certaines de leurs obligations au regard des droits humains est également envisagée. Les dérogations consistent en fait en la suspension temporaire de certains droits humains et ne sont donc autorisées que dans la mesure où elles sont strictement requises par les exigences de la situation, et ne sont pas incompatibles avec les autres obligations de l'État en vertu du droit international, y compris le principe de non-discrimination. Les dérogations doivent également se conformer aux procédures de notification décrites à l'art. 4 du PIDCP et à l'art. 15 de la CEDH, qui exigent respectivement que l'état d'urgence soit rendu public, proclamé et communiqué de manière appropriée.

En ce qui concerne le recours aux restrictions et dérogations, le Comité des droits de l'homme a précisé que :

« L'État partie qui entend invoquer le droit de déroger au Pacte, lors, par exemple, d'une catastrophe naturelle, d'une manifestation massive comportant des actes de violence ou d'un accident industriel majeur, doit pouvoir justifier que cette situation représente une menace pour l'existence de la nation mais aussi que toutes les mesures qu'il a prises et qui dérogent au Pacte sont strictement exigées par la situation. De l'avis du Comité, la possibilité de limiter l'exercice de certains droits garantis dans le Pacte, par exemple la liberté de mouvement (art. 12) ou la liberté de réunion (art. 21) suffit généralement dans ce genre de

situation et une dérogation aux dispositions en question ne serait pas justifiée par ce qu'exige la situation »²⁴.

Ces considérations semblent également applicables dans le cas d'une pandémie, même si ce n'est pas explicitement prévu par le Comité. De même, pour pouvoir déroger à la CEDH, il faut prouver l'existence d'une urgence publique réelle ou imminente, impliquant toute la nation, menaçant la vie organisée de la communauté et étant exceptionnelle, « en ce que les mesures ou restrictions normales autorisées par la Convention pour le maintien de la sécurité, de la santé et de l'ordre publics, sont manifestement insuffisants »²⁵.

Les restrictions et les dérogations peuvent être considérées comme un continuum. Dans cet esprit, les États ne devraient avoir recours à ces derniers qu'en ultime recours, lorsque les restrictions se sont avérées manifestement insuffisantes pour répondre à une urgence publique²⁶. Plus les restrictions durent, plus les dérogations peuvent s'avérer nécessaires, car les limitations « de longue durée sont susceptibles d'être disproportionnées par rapport au but légitime poursuivi »²⁷.

S'agissant de la réponse aux catastrophes naturelles, un universitaire suggérerait que les États utilisent parfois des dérogations, même lorsque des restrictions auraient suffi, en cas de doute sur la conformité aux droits humains des mesures prises²⁸. On pourrait aller encore plus loin et affirmer que, si de simples restrictions sur un fondement de santé publique étaient suffisants mais que des dérogations ont malgré tout été adoptées, cela pourrait s'apparenter à une tentative d'abuser des pouvoirs d'urgence en suspendant certains droits humains.

D'autre part, il convient de souligner que les dérogations sont une prérogative des États en cas d'urgence publique menaçant la vie de la nation, une pandémie pouvant certainement être considérée comme telle. Cette appréciation est renforcée par l'assimilation de la pandémie à une guerre, qui est l'exemple paradigmatique d'une urgence publique menaçant la vie d'une nation. Il ne faut pas non plus supposer qu'un État dérogeant à ses obligations viole automatiquement les droits humains des personnes relevant de son

22. General Comment no. 14, *supra*, note 9, paras 28, 29; UN Human Rights Committee, "General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant", 26 mai 2004, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, para 6.

23. Conseil économique et social des Nations Unies, « Les principes de Syracuse sur les dispositions en matière de limitation et de dérogation dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », 28 septembre 1984, UN Doc E/CN.4/1985/4, para 22.

24. Comité des droits de l'homme de l'ONU, "General Comment no. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency", 31 août 2001, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para 5 ; v. aussi Siracusa Principles, *supra*, note 22, para 39.

25. Le cas grec, applications no. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 (Commission européenne des droits de l'homme, rapport de la Sous-Commission, Volume I, Partie 1, 1969), par. 113. La CEDH semble disposée à accepter les ingérences dans les droits protégés par la Convention en cas « d'existence d'une crise exceptionnelle sans précédent », même en l'absence de dérogations : v. Koufaki et Adedy c. Grèce, Apps no. 57655/12 et 57657/12 (CEDH, première section, 7 mai 2013), paragraphe 37.

26. G. Giacca, *Economic, Social, and Cultural Rights in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014 pp 71, 107.

27. *Kuimov v Russia* App no. 32147/04, ECHR First Section, 8 janvier 2009, para 96.

28. E. Sommaro, "Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and Their Use in Disaster Settings" dans Zorzi Giustiniani F, Sommaro E, Casolari F and Bartolini G (eds), *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters* (Abingdon, Routledge; 2018) p 113.

autorité, tandis qu'un État qui limiterait simplement les droits humains pour des raisons de santé publique ne s'en rendrait pas coupable. On pourrait en effet faire valoir que les dérogations sont l'outil le plus approprié pour les situations d'urgence.

Dans un contexte différent, la rapporteuse spéciale sur la protection des droits humains dans la lutte antiterroriste soulignait que des dérogations sont « nécessaires pour la transparence et la responsabilité lorsque les États exercent des pouvoirs d'urgence »²⁹ et que le fait de ne pas recourir à la dérogation entraîne souvent des situations d'urgence *de facto* soustraites aux mécanismes de surveillance juridique nationale et internationale des pouvoirs d'urgence³⁰.

Au moment de la rédaction du présent article, et malgré l'utilisation généralisée de la rhétorique de guerre, seule une poignée d'États ont notifié leur intention de déroger à certaines de leurs obligations au titre du PIDCP et la CEDH en raison de l'urgence du Covid-19. Dans au moins quelques cas, l'absence de dérogation pourrait signifier que le gouvernement estime que la situation – bien qu'extraordinaire – peut être gérée en limitant simplement les droits humains sur un fondement de santé publique. Dans d'autres cas, cela pourrait indiquer une tentative de soustraire les mesures adoptées à la surveillance de la communauté internationale.

III. Limiter et surveiller les interférences avec les droits humains dans le contexte de la pandémie du Covid-19

Qu'elles prennent la forme de restrictions ou de dérogations, les interférences avec droits humains fondamentaux doivent être considérées avec vigilance, sinon suspicion, et devraient être strictement limitées, à la fois matériellement et temporellement, à ce qui est requis par la lutte contre la pandémie du Covid-19. À l'évidence, elles ne sauraient être utilisées pour promouvoir des prises de pouvoir, pour écraser une dissidence ou pour persécuter des minorités.

Afin d'éviter que la restriction des droits humains ne devienne la nouvelle norme, les États devraient s'efforcer d'adopter une stratégie de gestion des pandémies sur le long terme, qui ne reposerait pas sur la restriction ou la suspension continue des libertés. Ils devraient également se méfier des conséquences durables de certaines mesures. Par exemple, l'utilisation des données mobiles et de l'intelligence artificielle pour la recherche des personnes infectées soulève de graves enjeux quant au stockage et à l'utilisation des données collectées pendant et après la pandémie, car ces outils pourraient être utilisés à des fins politiques comme à des fins de surveillance de masse, bien au-delà de ce qui est requis par le suivi de la

propagation de la pandémie.

La publicité des mesures est également cruciale, qu'elles soient adoptées par restrictions ou dérogations. Si ces dernières nécessitent une proclamation officielle, les premières doivent être prévues par la loi, et celle-ci doit être claire et accessible à tous³¹. Cette exigence est essentielle pour prévenir toute interprétation et toute application abusive de la loi, et pour s'assurer que les individus sont précisément informés de ce qu'il est attendu d'eux.

À cet égard, il convient de noter que deux droits ne sauraient être ni limités ni suspendus dans le cadre des mesures de lutte contre la pandémie du Covid-19 : ce sont le droit à l'information et le droit à la liberté d'expression. En effet, le non-respect par la Chine de ces droits semble avoir retardé à la fois la réponse chinoise et la réponse mondiale à cette pandémie³². L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a souligné l'importance du droit à l'information pour venir à bout de la pandémie, car elle est utile pour sensibiliser les populations quant aux risques pour la santé et aux stratégies qui les atténuent³³. Dans ce contexte de pandémie, le droit à l'information devrait également être interprété comme comprenant la communication de données véridiques et complètes sur le nombre de cas et de décès dus au Covid-19. Mais au-delà, l'observation permanente du droit à l'information et à la liberté d'expression est la condition d'un contrôle constant de la légitimité, de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de confinement prises par le gouvernement quant à leur impact sur les droits humains.

Quel que soit l'outil choisi par les gouvernements pour interférer temporairement avec certains droits fondamentaux à la suite de l'épidémie de Covid-19, la vigilance publique et démocratique quant aux mesures prises, aux niveaux national et international, est essentielle pour garantir que l'utilisation des pouvoirs d'urgence n'est pas banalisée, et que les droits restreints peuvent retrouver leur étendue d'origine dès que possible. En ce sens, l'absence de toute clause d'extinction dans une loi récemment adoptée en Hongrie, qui confère au Premier ministre Viktor Orbán le pouvoir de gouverner indéfiniment par décret sans contrôle du Parlement, est particulièrement préoccupante³⁴.

Le rôle des tribunaux nationaux et internationaux comme des organes conventionnels concernés est également décisif pour garantir le respect des droits humains pendant la pandémie du Covid-19. En termes de contrôle judiciaire, les effets des limitations et des dérogations sont similaires mais pas pour autant identiques.

29. "Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism on the Human Rights Challenge of States of Emergency in the Context of Countering Terrorism", 1 mars 2018, UN Doc. A/HRC/37/52, para 22.

30. *Ibid*, para 27.

31. Principes de Syracuse, *supra*, note 22, para 17.

32. L. Yuan, "China Silences Critics over Deadly Virus Outbreak", *New York Times*, 22 janv 2020.

33. OMS, "Responding to Community Spread of COVID-19: Interim Guidance", 7 mars 2020.

34. I. Tharoor, "Coronavirus Kills Its First Democracy", *The Washington Post*, 31 mars 2020.

S'il s'agit d'une limitation aux droits humains, les demandes de fond présentées par les individus se plaignant des restrictions adoptées peuvent être jugées sur leur légalité, leur nécessité et leur proportionnalité à l'objectif poursuivi. S'il s'agit de dérogations, une juridiction nationale ou l'organe conventionnel concerné vérifie d'abord si les conditions d'une dérogation sont remplies et, dans le cas contraire, signale une violation des droits humains en question. Si la dérogation semble justifiée, la juridiction nationale ou l'organe conventionnel examine si les mesures sont conformes aux autres règles du droit international pertinentes, et si elles sont « strictement requises par les exigences de la situation ». Si tel n'était pas le cas, l'État aurait violé les droits affectés par la dérogation³⁵. Dans les deux cas, les tribunaux font normalement preuve d'une certaine déférence à l'égard de l'évaluation faite par l'État quant à la nécessité d'interférer avec les droits humains.

Si à l'avenir des critiques devaient s'élever contre les mesures prises pour lutter contre la pandémie du Covid-19, les tribunaux et les organes conventionnels pourraient avoir besoin de recourir à une expertise en santé publique pour évaluer si les mesures prises étaient en fait nécessaires. Par exemple, ils pourraient tenir compte du fait que l'OMS a conseillé aux États d'adopter une approche intégrée pour lutter contre la pandémie, qui comprend non seulement des mesures de santé publique tel que la distanciation sociale, qui s'est avéré efficace³⁶ mais aussi le diagnostic minutieux, le suivi et la notification des cas grâce à l'administration massive de tests, de même que la recherche des personnes infectées pour identifier la chaîne de transmission ou encore l'isolement des personnes malades dans des structures distinctes³⁷.

En effet, la Corée du Sud semble avoir adopté principalement ce dernier type de mesures au lieu de strictes mesures de distanciation par le confinement, et cela a été particulièrement efficace dans la réduction du nombre de décès dus au Covid-19³⁸. Par conséquent, s'il apparaît qu'un État, sur la base des ressources disponibles, aurait pu adopter une approche intégrée permettant une gestion de la pandémie tout aussi – sinon plus – efficace par des restrictions moins sévères à la jouissance des droits humains, alors l'évaluation de la nécessité des limitations ou dérogations devra être ajustée en conséquence.

Conclusion

Cet article a souhaité exposer les obligations qui s'imposent aux États, au regard des droits humains, pour lutter contre le Covid-19. Cependant, certaines des mesures

de confinement adoptées par différents pays impliquent également de graves interférences avec un certain nombre de droits humains, y compris – mais sans s'y limiter – la liberté de circulation, les libertés individuelles, la liberté de réunion et d'association, le droit à la vie privée, le droit de manifester sa croyance ou sa religion, le droit au travail et le droit à l'éducation.

Le régime juridique des droits humains permet de subordonner certains droits non absolus à la protection de la santé publique. Cet article a montré que les États peuvent en fait utiliser de telles restrictions pour lutter contre la pandémie.

Si les États jugent les restrictions insuffisantes en raison du caractère exceptionnel de la situation, ils peuvent également recourir à des dérogations. Cependant, en dépit de l'assimilation généralisée de la pandémie à une guerre, peu d'États ont jusqu'à présent dérogé à leurs obligations en vertu des traités pertinents relatifs aux droits humains.

Sous réserve que les conditions et les exigences pour avoir recours à des limitations ou à des dérogations soient respectées, les États peuvent légitimement recourir à l'un ou l'autre de ces outils. Cependant, quelles que soient les raisons pour lesquelles les États peuvent choisir des limitations ou dérogations, il est de la plus haute importance que les mesures prises soient limitées à ce qui est strictement nécessaire pour gérer la pandémie et ne conduise pas à une restriction des droits humains. En effet, un contrôle constant devrait être exercé par les tribunaux et les organes législatifs, par la communauté internationale et la société civile sur toutes les initiatives gouvernementales concernant cette crise sanitaire mondiale.

La pandémie du Covid-19 pourrait bien marquer la fin du monde tel que nous le connaissons, mais nous ne voudrions pas nous réveiller dans un nouveau monde où les droits humains auraient perdu toute signification.

Sous réserve que les conditions et les exigences pour avoir recours à des limitations ou à des dérogations soient respectées, les États peuvent légitimement recourir à l'un ou l'autre de ces outils. Cependant, quelles que soient les raisons pour lesquelles les États peuvent choisir des limitations ou dérogations, il est de la plus haute importance que les mesures prises soient limitées à ce qui est strictement nécessaire pour gérer la pandémie et ne conduise pas à une restriction des droits humains. En effet, un contrôle constant devrait être exercé par les tribunaux et les organes législatifs, par la communauté internationale et la société civile sur toutes les initiatives gouvernementales concernant cette crise sanitaire mondiale.

La pandémie du Covid-19 pourrait bien marquer la fin du monde tel que nous le connaissons, mais nous ne voudrions pas nous réveiller dans un nouveau monde où les droits humains auraient perdu toute signification.

Sous réserve que les conditions et les exigences pour avoir recours à des limitations ou à des dérogations soient

35. L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, p. 89.

36. v. de manière générale le rapport de la mission conjointe OMS - Chine sur les coronavirus 2019, février 2020, pp. 16-24 : <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>.

37. v. OMS, *supra*, note 32.

38. A. Dudden et A. Marks, "South Korea Took Rapid, Intrusive Measures against Covid-19 and They Worked", *The Guardian*, 20 mars 2020.

respectées, les États peuvent légitimement recourir à l'un ou l'autre de ces outils. Cependant, quelles que soient les raisons pour lesquelles les États peuvent choisir des limitations ou dérogations, il est de la plus haute importance que les mesures prises soient limitées à ce qui est strictement nécessaire pour gérer la pandémie et ne conduise pas à une restriction des droits humains. En effet, un contrôle constant devrait être exercé par les tribunaux et les or-

ganes législatifs, par la communauté internationale et la société civile sur toutes les initiatives gouvernementales concernant cette crise sanitaire mondiale.

La pandémie du Covid-19 pourrait bien marquer la fin du monde tel que nous le connaissons, mais nous ne voudrions pas nous réveiller dans un nouveau monde où les droits humains auraient perdu toute signification.



Marco Torsello • Professor, University of Verona

Matteo M. Winkler • Assistant Professor, HEC Paris

Les conséquences du Covid-19 sur les contrats internationaux : un diagnostic préliminaire

66

Depuis le début de l'année, les acteurs économiques internationaux sont de plus en plus préoccupés par les conséquences exceptionnelles¹ causées par les diverses restrictions gouvernementales en matière d'atténuation des pandémies (PMR²) adoptées en réponse au Covid-19³.

L'action gouvernementale a été jugée nécessaire en raison des caractéristiques épidémiologiques particulières du coronavirus. Premièrement, en se reproduisant en grande quantité pendant la période prodromique, le virus se propage par l'intermédiaire de porteurs silencieux et inconscients, qui restent asymptomatiques malgré l'infection⁴. Deuxièmement, le virus possède à la fois une capacité de transmission humaine extrêmement élevée et une longue période d'incubation asymptomatique (1-14 jours, contre 2-7 jours pour le SRAS), deux facteurs qui, combinés, rendent difficile la détection et la délimitation rapide de la population infectée dans une zone géographique limitée⁵. Troisièmement, une part importante des personnes infectées doit avoir un accès immédiat aux unités de soins intensifs, ce qui constitue une charge pour les systèmes nationaux de santé publique, qui sont mal équipés pour faire face à la vague d'hospitalisation qui en résulte⁶ d'où la nécessité immédiate d'« aplatiser la courbe » de la croissance de la pandémie⁷.

1. "Business and the Pandemic: Covid Carnage", *The Economist*, 21 mars 2020.

2. *Pandemic-Mitigation Restrictions*.

3. J. Cohen et K. Kupferschmidt, "Strategies Shift as Coronavirus Pandemic Looms", *Science*, 2020 ; A. Wilder-Smith et D.-O. Freedman, "Isolation, Quarantine, Social Distancing and Community Containment: Pivotal Role for Old-Style Public Health Measures in the Novel Coronavirus", *Journal of Travel Medicine*, 2020.

4. D. Heymann et N. Shindo, "COVID-19: What Is Next for Public Health?", *The Lancet*, 2020.

5. J. Chen, "Pathogenicity and Transmissibility of 2019-nCoV - A Quick Overview and Comparison with Other Emerging Viruses", *Microbes and Infection* 69, 70, 2020 ; R.-M. Anderson et al., "How Will Country-Based Mitigation Measures Influence the Course of the COVID-19 Epidemic?", 395 *The Lancet* 931, 2020.

6. C. Huang et al., "Clinical Features of Patients Infected with 2019 Novel Coronavirus in Wuhan, China" 395 *The Lancet* 497, 501, 2020.

7. Imperial College Covid-19 Response Team, "Impact of Non-Pharmaceutical

Dans plusieurs pays, ces restrictions ont pris la forme d'un confinement strict (interdiction de voyager, interdiction de se réunir et fermeture des établissements d'enseignement) et également la suspension de tous les commerces non essentiels (tout sauf les produits alimentaires, les médicaments, les services bancaires, financiers et d'assurance).

Compte tenu de leurs effets systémiques, ces mesures sont holistes car leur impact sur les droits de l'homme est préoccupant, bien que (présentées comme) temporaires, car elles n'ont vocation à rester en vigueur jusqu'à ce que la pandémie soit suffisamment atténuée⁸. Il est très probable que le respect de ces mesures entraînera par ricochet une crise de liquidité dramatique suivie d'une récession économique. Ces considérations économiques ont joué un rôle en incitant certains pays à adopter des mesures moins strictes qu'un confinement généralisé et l'arrêt de la plupart des activités commerciales et industrielles⁹.

En tout état de cause, dans toutes les juridictions, la question se pose de l'impact du Covid-19 sur la capacité des parties à s'acquitter dûment de leurs obligations contractuelles. Cette circonstance ne se limite pas aux contextes nationaux, mais s'étend aux transactions commerciales internationales, où les risques découlant à la fois des pandémies et des mesures pour y faire face sont généralement envisagés par des clauses de force majeure appropriées¹⁰. Toutefois, contrairement aux dispositions nationales correspondantes concernant la force majeure, qui tendent à exclure la responsabilité de la partie en cas de défaut d'exécution, les clauses susmentionnées réglementent les effets des événements de force majeure de plusieurs manières différentes en offrant aux parties des moyens de préserver leurs relations contractuelles¹¹.

Le présent article propose une triple analyse des clauses de force majeure à la lumière des PRM. Il propose tout d'abord un aperçu des clauses de force majeure et de leurs effets. Deuxièmement, il évalue l'utilisation possible de ces clauses dans le cadre des PMR. Enfin, il examine la portée extraterritoriale possible de ces PMR.

1. Comment le Covid-19 affecte les contrats internationaux ?

Bien que la pandémie soit encore en cours, il est déjà possible d'identifier certains obstacles majeurs à l'exécution des contrats dans les transactions commerciales internationales causés par le Covid-19.

Interventions (NPIs) to Reduce COVID-19 Mortality and Healthcare Demand (consulté le 2 avril 2020), pp. 14-16.

8. v. en ce sens, l'article de A. Sparado dans ce numéro spécial.

9. Les pays qui, en Europe, ont adopté l'approche plus souple décrite dans le texte comprennent, entre autres, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

10. M. Fontaine et F. de Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2008, p. 409.

11. G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014, pp. 109-116.

Dans certains cas, le Covid-19 peut avoir un effet direct sur l'exécution, par exemple si le contractant (ou ses employés) est infecté par le virus, si une pénurie de composants est la résultante d'une zone gravement touchée par la pandémie empêchant la production, si des transporteurs refusent de se rendre dans une certaine zone en raison de l'apparition d'un cluster épidémique ou si des clients potentiels perdent leur intérêt pour un événement (tel qu'un spectacle ou une manifestation sportive) où le risque d'infection est élevé en raison du rassemblement incontrôlé de personnes.

Contrairement aux cas de catastrophes naturelles, cependant, l'épidémie – même lorsqu'elle atteint la portée d'une pandémie – pourrait être considérée comme ne rendant pas l'exécution en soi absolument impossible. Par exemple, l'entrepreneur pourrait embaucher de nouveaux employés, le fabricant pourrait acheter des composants auprès d'autres sources de l'approvisionnement, la partie qui doit organiser le transport pourrait chercher un autre transporteur ou choisir un autre itinéraire et certainement un spectacle et un événement sportif sont possibles même à huis clos.

Si l'impossibilité matérielle de l'exécution causée par le Covid-19 peut être discutable, cette incertitude est commodément réduite lorsque les autorités publiques interviennent en interdisant certaines activités, offrant ainsi au débiteur la possibilité d'invoquer l'impossibilité d'exécution sur la base non pas de la pandémie elle-même, mais de l'acte de l'autorité (*factum principis*). Si le gouvernement impose une quarantaine aux employés, interdit les importations en provenance d'une certaine région, ferme les frontières ou interdit les spectacles et les événements sportifs, alors aucune question ne se pose quant à l'impossibilité légale de l'exécution de l'obligation contractuelle, qui dure jusqu'à ce que le gouvernement décide de lever l'interdiction ou l'interdiction.

L'impact du Covid-19 semble toutefois aller bien au-delà de l'effet direct décrit ci-dessus. La question se pose donc de savoir si un changement de circonstances généralisé, qui peut être considéré comme la conséquence indirecte à long terme du Covid-19 et produire des conséquences telles que des crises de liquidité, des fluctuations de prix et des difficultés d'approvisionnement généralisées en raison des risques accrus pour la santé, peut bénéficier d'une exemption d'exécution du contrat. Dans ces circonstances, les entreprises se demandent de plus en plus quelles sont leurs options face au Covid-19 ou à ses conséquences économiques indirectes à grande échelle.

La bonne réponse à cette question est probablement que, dans la plupart des cas, les clauses de force majeure contenues dans les contrats internationaux ne peuvent pas être étendues de manière à couvrir également lesdits changements de circonstances, bien qu'une exemption soit possible en vertu d'une clause différente dans le contrat, si elle existe, à savoir la clause de *hardship*, qui est cependant beaucoup moins fréquemment incluse dans les

contrats internationaux¹².

2. Résistance de la force obligatoire des contrats internationaux face à la pandémie du Covid-19

Les clauses de force majeure identifient des circonstances exceptionnelles lors de la survenance desquelles le débiteur est exonéré de la responsabilité pour défaut d'exécution. La question de savoir si un événement constitue un cas de force majeure dans le cadre d'un contrat implique une analyse casuistique des faits. Dans la plupart des cas, un événement de force majeure doit être imprévisible ; en outre, le débiteur ne doit pas être en mesure d'éviter ou de surmonter l'événement ou ses conséquences.

Dans certains contrats, les événements qui constituent des cas de force majeure sont spécifiquement énumérés et ces listes peuvent inclure des épidémies, des pandémies ou d'autres termes relatifs à des maladies graves et répandues, qui couvrent clairement le Covid-19. Si la liste est censée être exhaustive, l'absence de référence expresse prive la partie lésée de la protection liée à cette clause. Toutefois, plusieurs contrats ne contiennent qu'une phrase fourre-tout générale renvoyant aux exigences de la force majeure mentionnées ci-dessus (ou contiennent une liste purement illustrative), laissant ainsi ouverte la question de savoir si la pandémie du Covid-19 est qualifiée d'événement de force majeure au titre de ce contrat spécifique¹³.

Même si le Covid-19 relève de la notion contractuelle de force majeure, d'autres conditions doivent être remplies, à savoir un lien de causalité direct entre la pandémie et l'inexécution (qui doit être « due » à la pandémie)¹⁴ et le caractère inévitable des effets de le Covid-19 (ou des PMR ultérieures), et il faut également s'interroger sur le caractère imprévisible de l'épidémie¹⁵.

Si toutes ces conditions sont remplies et si la partie touchée par l'empêchement invoque la force majeure conformément à d'autres exigences contractuelles (forme, délai), la clause prévoit alors un régime de réparation qui, dans la plupart des cas, est basé sur la combinaison de la suspension de l'exécution, de l'exonération de responsabilité pour inexécution ou encore de la résiliation du contrat. Dans certaines des rares circonstances comparables (c'est-à-dire lors de la survenue d'autres épidémies), les tribunaux ont été extrêmement réticents à ne pas débouter le demandeur¹⁶.

En particulier, la partie qui invoque avec succès la force

12. M. Fontaine et F. de Ly, *op. cit.*

13. C. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer, 2009, pp. 383-389.

14. *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, AAA Final Award, 23 oct. 2007 : (dernier accès le 2 avril 2020).

15. Les tribunaux anglais considèrent que l'exigence de « prévisibilité » est inutile, alors que les tribunaux français et d'autres tribunaux d'Europe continentale la jugent nécessaire. Pour une vue en droit américain, v. *TEC Olmos, LLC c. ConocoPhillips Co.* (Texas App. 31 mai 2018), WL 2437449.

16. P. Guiomard, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *Dalloz Actualité*, 4 Mars 2020, (site consulté le 2 avril 2020) ; CPSC, *Kangwei Pharmaceutical v. Asia Pharmaceutical*.

majeure peut suspendre l'exécution pendant la durée de l'empêchement, à condition que l'autre partie puisse également réagir en suspendant sa contre-exécution. Toutefois, si la suspension de l'exécution ou sa prolongation dans le temps prive l'une ou l'autre partie de ce qu'elle était raisonnablement en droit d'attendre du contrat, l'une ou l'autre partie peut résilier le contrat¹⁷.

En tout état de cause, quel que soit le recours entre la suspension et la résiliation, la partie qui n'exécute pas le contrat est exonérée de toute responsabilité en matière de dommages-intérêts, y compris les dommages-intérêts forfaitaires pour retard dans l'exécution et autres pénalités contractuelles.

Dans un nombre plus restreint de cas, le dispositif de réparation contractuelle peut contenir des solutions alternatives – que l'on trouve plus souvent dans les clauses de *hardship* – visant à préserver le contrat, à savoir une obligation de renégocier les termes de l'opération (ce qui n'implique pas en soi une obligation de parvenir à un accord sur de nouvelles conditions) ou la dotation d'un tiers ou d'un tribunal du pouvoir d'adapter les termes du contrat à l'évolution des circonstances.

Non seulement ces recours alternatifs impliquent que la clause de force majeure en question couvre également les situations où l'exécution n'est pas impossible mais simplement plus lourde (car sinon la renégociation n'aurait aucun sens), mais ils semblent également se fonder sur l'hypothèse que la préservation de la relation contractuelle est souhaitable, sans doute sur la base de l'argument selon lequel la fin du contrat entraînerait la charge de nouveaux coûts.

Il s'agit toutefois d'une hypothèse discutable à mettre soigneusement en balance avec les avantages découlant de la résiliation du contrat, qui permet aux parties de revenir sur le marché dans un environnement concurrentiel et de rechercher à nouveau, dans les circonstances nouvellement modifiées, l'opération la plus rentable, soit avec l'ancienne, soit avec une nouvelle contrepartie contractuelle. En l'absence d'un recours contractuel, l'attention des acteurs économiques se tourne vers les options nationales offertes par les PMR.

3. L'énigme juridique des restrictions nationales en matière d'atténuation des pandémies

Les PMR ont pour caractéristique commune de se concentrer principalement sur les environnements nationaux. A de rares exceptions près, l'attention des législateurs semble être dirigée vers le soulagement de l'économie nationale, tandis que les transactions commerciales internationales restent hors de vue¹⁸. Bien que la situation reste

extrêmement claire pour le moment, les PMR contiennent généralement soit des dispositions spécifiques à un secteur d'activité qui affectent les inexécutions de contrats (par exemple dans les secteurs de la banque, du tourisme ou du logement), soit des dispositions générales qui s'appliquent à tous les contrats en cours¹⁹. Des dispositions de ce dernier type sont susceptibles d'être adoptées dans un nombre croissant de pays. Deux de ces dispositions sont remarquables pour leur impact sur le régime ordinaire de la force majeure²⁰.

Celle adoptée en Italie dispose que le respect des PMR doit « toujours » être pris en compte lors de l'évaluation de l'exclusion de la responsabilité du débiteur pour défaut d'exécution, en particulier en ce qui concerne les délais et les clauses pénales²¹. Il faut noter que le dispositif est assez mal rédigé et manque de clarté, mais semble néanmoins s'en remettre aux tribunaux pour déterminer si une PMR spécifique pourrait excuser un débiteur de la performance, notamment en ce qui concerne les obligations monétaires²².

Contrairement à l'Italie, le législateur français a suspendu toutes les clauses contractuelles sanctionnant un défaut d'exécution du 12 mars 2020 à un ou deux mois (selon le type de contrat) après la fin de l'État d'urgence sanitaire²³. Ces deux dispositions soulèvent une question importante quant à leur applicabilité générale aux transactions commerciales internationales, en particulier en présence de clauses de force majeure appropriées.

4. L'impact des mesures nationales sur les contrats internationaux

Les PMR nationales, très différentes, posent des questions de conflit de lois déroutantes, dans la mesure où elles semblent toutes susceptibles d'être caractérisées par les gouvernements nationaux comme des lois de police, ce qui implique une application extraterritoriale potentielle dans le cadre de transactions transfrontalières.

Prenons, par exemple, le confinement italien et la suspension française de toutes les clauses contractuelles sanctionnant le défaut d'exécution. D'une part, une entreprise italienne dont l'activité de fabricant de composants est rendue impossible par les PMR peut certainement invoquer la force majeure à l'encontre de ses clients italiens, mais la situation pourrait être moins claire vis-à-vis des

17. ICC, *Force Majeure and Hardship Clauses*, 25 mars 2020 : <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses> (site consulté le 2 avril 2020).

18. L'exception est en droit italien l'article 28(8) du *decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9 (Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)*.

19. Ou aucun des deux, comme c'est le cas des pays qui s'appuient sur la loi existante, comme la Chine. S. Yu et X. Liu, "China Issues Record Number of Force Majeure Certificates", *Financial Times* (28 février 2020).

20. Pour une vue italienne, v. A. Albanese, « *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione* », *Il Sole 24 Ore*, 2 avril 2020 ; pour la France, J. Heinich, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision » *Recueil Dalloz*, 2020 p. 612.

21. Art. 91 du *decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)*.

22. J. Heinich, *op. cit.*

23. art 4. de l'Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

clients étrangers. En outre, le client italien qui ne pourrait pas obtenir la fourniture de composants auprès du fabricant susmentionné pourrait se trouver dans une situation encore plus critique, susceptible d'être traité différemment selon que ses clients soient italiens ou étrangers. D'autre part, la suspension française de toutes les clauses contractuelles sanctionnant le défaut d'exécution peut être invoquée à l'encontre des contreparties françaises, mais peut s'avérer problématique vis-à-vis des parties étrangères.

Le fait que les PMR susmentionnées soient interprétées comme « cruciales » pour l'« organisation politique, sociale ou économique » d'un certain pays, comme le prescrit la législation pertinente de l'Union européenne (UE) dans la définition des dispositions impératives dérogatoires²⁴, est insuffisant pour garantir leur effet extraterritorial, car la possibilité d'invoquer ces dispositions est en fait limitée à l'état du for et, dans une mesure encore plus stricte, à l'état d'exécution²⁵. En dehors de l'UE, dans la plupart des cas, les tribunaux nationaux contrôleraient l'opération uniquement à la lumière de leur ordre public interne et de leurs lois impératives, mais ne tiendraient pas compte des dispositions impératives prépondérantes et lois de police (y compris les PMR) d'autres pays.

Par conséquent, dans les tribunaux autres que ceux de l'État qui a adopté les PMR, les mesures ne seraient pas, dans la plupart des cas, prises en considération en tant que dispositions impératives prépondérantes, mais ne pourraient fonctionner que comme une circonstance factuelle pertinente permettant de remplir les exigences fixées dans la clause de force majeure pertinente²⁶.

En conséquence, la partie dont l'activité commerciale est directement affectée par les PMR peut invoquer le *factum principis*, si la clause le permet, mais la partie qui n'a pas pu se procurer les composants en raison du confinement de son fournisseur sera très probablement tenue pour responsable d'une rupture de contrat au motif qu'elle aurait pu éviter la pénurie de composants en les stockant à l'avance ou en s'assurant une source alternative d'un pays où aucune PMR similaire ne s'applique.

Conclusion

Nous avons tenté d'évaluer la pertinence des clauses de force majeure existantes dans les opérations commerciales internationales par rapport aux PMR adoptées en réponse au Covid-19. Dans leur état actuel, les dispositions relatives aux PMR sont susceptibles de rendre plus complexe l'élaboration des clauses de force majeure dans un contexte déjà soumis à d'énormes pressions économiques. La principale source de ce problème est que les PMR sont adoptées au niveau national et de manière progressive à la suite de l'urgence croissante, sans aucune attention à la dimension internationale du Covid-19.

Comme, malheureusement, peu a été fait jusqu'à présent pour proposer des solutions juridiques harmonisées, les auteurs appellent à des efforts urgents et mieux coordonnés au niveau mondial pour s'attaquer à l'impact du Covid-19 sur les transactions commerciales internationales.

24. art. 9 du Règlement (CE) No 593/2008 Du parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

25. Affaire C135/15 Republik Griechenland v. Grigorios Nikiforidis (CJUE 18 Octobre 2016) [55].

26. *Ibid.*



Hubert de Vauplane • Avocat associé,
Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP,
Paris, Docteur en droit

Covid-19 : Que faire des dettes souveraines ?

70

Les plans de sauvetage de l'économie mis en place dans les différents pays en réaction à la crise sanitaire conduisent à une explosion sans précédent de la dette publique quasiment partout dans le monde. Alors que l'orthodoxie monétaire – imposée notamment en son temps à la Grèce – fixe des ratios précis sur le niveau d'endettement par rapport au PIB de manière à ce qu'au-delà d'un certain pourcentage il est considéré qu'une dette devienne « insoutenable », c'est-à-dire non remboursable par son débiteur, se pose la question toute simple : « que faire de cette montagne de dette ? »

Des voix se font entendre pour réclamer purement et simplement une annulation de la dette publique détenue par la BCE¹, ou plus exactement par les banques centrales nationales du système du SEBC². D'autres voix évoquent la possibilité d'émission de dettes perpétuelles³, voire même la conversion d'une partie du stock existant de la dette publique en dette perpétuelle⁴, notamment le stock détenu par les banques centrales nationales, afin techniquement d'éviter une annulation qui conduirait à des fonds propres négatifs des banques centrales procédant à l'annulation du stock de dette publique nationale qu'elles détiennent⁵.

Mais qu'est-ce qu'une dette souveraine ?⁶

1. A. Grandjean, « Nourrir le débat sur une annulation partielle (370 milliards) de la dette publique », *Chronique de l'Anthropocène*, 15 avril 2019.
2. L. Scialom et B. Bridonneau, « Des annulations de dettes publiques par la BCE : lançons le débat », *Terra Nova*, avril 2020 ; cf. aussi, G. Giraud, « Face à une crise économique inédite : le nécessaire engagement massif de l'État », *Revue Projet*, avril 2020.
3. G. Soros, « L'UE devrait émettre des obligations perpétuelles », *Project Syndicate*, 20 avril 2020 ; ou encore Alain Minc, « Pour une dette publique à perpétuité ! », *Les Echos*, 16 avril 2020.
4. Cf. J.-L. Mélenchon, « Pourquoi et comment annuler les dettes des États européens ? », *L'Ère du Peuple*, 19 avril 2020.
5. Cf. notre chronique, « Covid19 : Faut-il annuler les dettes abyssales à venir des États ? », *Le Grand Continent*, avril 2020.
6. La dette souveraine correspond à la dette de l'État. Si l'on y rajoute les dettes sociales, des collectivités locales (régions, départements, communes...) ainsi

Rappelons tout d'abord une évidence : une dette de somme d'argent est un contrat synallagmatique aux termes duquel le prêteur met à disposition une certaine somme d'argent contre rémunération, et l'emprunteur s'engage à rembourser le capital et les intérêts selon les modalités déterminées au contrat. Autrement dit, une dette engage son débiteur à rembourser. Et engage le prêteur à respecter les termes du contrat.

La dette souveraine est celle qui est émise par un État ; elle prend généralement soit la forme d'une dette négociable, sous forme d'émissions obligataires (en monnaie locale ou en devises) émise sur les marchés financiers internationaux, soit celle de contrats de financement (avec des institutions financières internationales ou des créanciers privés). Si dans les deux cas, il s'agit bien de contrat de dette, la forme obligataire ou contrat de prêt conduit à des différences dans le régime juridique de chacun de ces contrats, notamment dans les conditions de modification des termes du contrat originel.

Lorsque l'État rencontre des difficultés financières pour honorer sa dette, plusieurs techniques juridiques existent pour alléger le poids de la dette, que l'on peut classer en trois catégories : celles où le débiteur refuse d'honorer son engagement ; celle où le créancier consent par un acte oblatif un abandon de créance, et enfin, les différentes situations où la dette est négociée, de la suspension au moratoire en passant par la remise de dette ou la renégociation des conditions de la dette.

Examinons sous l'angle juridique deux grandes idées avancées pour faire face au poids de ces dettes publiques. La première est simple : il s'agit d'« annuler » tout ou partie de la dette. Mais que recouvre le terme « annulation », et de quelle dette publique parle-t-on (I) ? La seconde est tout aussi simple mais juridiquement à son opposée, alors que les effets économiques sont proches d'une « annulation » : il s'agit de transformer la dette souveraine en dette perpétuelle (II).

I. L'annulation des dettes publiques

L'annulation de la dette publique est un thème récurrent, tant dans le discours politique qu'économique. Plus rarement sous l'angle juridique. Pourtant, surtout dans le cadre du fonctionnement de l'Union européenne, l'aspect juridique de l'annulation de la dette souveraine doit être regardé au regard des traités de l'Union et de certains principes fixés dans ceux-ci, notamment celui de l'interdiction de financement des déficits par la BCE. Avant d'examiner cette question, un petit détour par la Bible et la comptabilité de la BCE est nécessaire.

Les annulations de dette sous forme de jubilé dans la Bible

Les crises de la dette peuvent conduire à des violences, des émeutes, voire même des révolutions. L'Antiquité occidentale a connu ces périodes de troubles liées au poids

que des divers opérateurs d'État (ODAC), on obtient la dette publique.

de la dette. A Babylone⁷, en Grèce⁸, mais aussi en Israël⁹ et à Rome. C'est ce qui a conduit au cours de l'Histoire à voir des dettes privées « effacées » ou annulée. On retrouve les traces de ces mouvements dans la Bible¹⁰. C'est la pratique du Jubilé¹¹ et le principe de la remise jubilatoire¹². L'objectif de cette remise obéissait cependant plus à la nécessité de redresser la situation sociale et économique du pays par l'application de mesures de justice distributive¹³ qu'à une logique religieuse.

Dans quelle mesure l'annulation d'une partie de la dette souveraine permettrait aussi de répondre à cette logique économique ? En fait, tout dépend de quel type de dette l'on parle. Alors que dans la Bible, ce sont les dettes privées qui sont annulées sur ordre du souverain, ici ce serait une partie de la dette publique qui serait annulée par décision du créancier. Mais pas toute la dette publique, uniquement celle détenue par une catégorie précise d'investisseurs, en l'espèce la BCE.

Qui détient la dette souveraine ?

La dette souveraine des pays de la zone euro, comme ceux de beaucoup d'autres pays dits « avancés », est détenue d'une part par des investisseurs privés, banques ou investisseurs institutionnels comme les assureurs et fonds de pension, et d'autre part pour une partie de plus en plus importante ces dernières années par la banque centrale européenne. Ou plus exactement via les banques centrales nationales du système européen des banques centrales (« SEBC »). Ainsi, s'agissant de la France, et bien qu'il n'existe pas de chiffres officiels, on estime qu'environ un peu moins de 20 % de la dette souveraine française est détenue par la banque de France¹⁴. Dans le cadre des achats de dettes souveraines, le programme d'achat mis en œuvre par la BCE a fait acheter la dette souveraine nationale par chaque banque centrale nationale, sans aucune mutualisation des risques. C'est dans ce cadre que la Banque de France a acquis des titres de l'État français.

Les annulations de dettes qui sont évoquées ne visent pas les créances détenues par les investisseurs privés,

mais uniquement les titres souverains détenus par le SEBC. En effet, pour les premiers, il s'agirait alors d'une atteinte à leur droit de propriété, lequel est protégé constitutionnellement mais aussi par la Convention européenne des droits de l'homme. Seuls les titres détenus par les banques centrales du SEBC seraient visés. Le « préjudice » de cette annulation serait supporté uniquement par l'actionnaire des banques centrales, lequel est l'État, même si bien sûr, une banque centrale est juridiquement une entité indépendante de l'État. Ainsi présentée, l'annulation d'une partie de la dette publique revient à effacer du bilan d'une institution détenue par l'État des créances que celle-ci détient sur ce même État. Jeu à somme nulle ? Pas tout à fait.

En quoi consiste juridiquement une annulation de dette ?

Juridiquement, une annulation de dette correspond soit à un abandon de créances, soit à une remise de dette, c'est-à-dire à une décision du créancier d'abandonner tout ou partie de sa créance. En cela, elle se distingue de l'effacement, qui est prononcée par le juge. Ici, c'est le créancier qui est à l'initiative de la mesure, même si le débiteur doit y consentir dans le cas de la remise de dette. Celle-ci est une technique juridique conduisant à l'« extinction d'une obligation »¹⁵. Elle se distingue de l'abandon de créances au sens juridique, lequel constitue une renonciation unilatérale à un droit, ce que l'on appelle en droit un acte abdicatif. Au sens moral, l'annulation de dette est parfois rapprochée de la rémission. En latin juridique, on parle de *remissio* et de *remissa* qui signifient « remise de peine » et « grâce ». L'emploi du mot rémission fait plutôt penser au sens religieux « remets nous nos dettes comme nous les avons remises à nos débiteurs » (Mt. 6,9-15). L'idée d'abandon est inhérente à la remise de dette. D'ailleurs le terme latin *remittere* signifie concéder, abandonner.

Dans notre cas, il reviendrait au SEBC, c'est-à-dire à la BCE et aux banques centrales nationales, de décider soit d'un abandon de créances, soit d'une telle remise de dette auprès des États, l'effet étant identique dans les deux cas, le principal et les intérêts restant à devoir sont annulés.

Les effets d'une annulation de dettes sur le bilan d'une banque centrale

Les banques centrales ne sont pas des banques commerciales. Elles ne recherchent pas à réaliser des bénéfices (même si elles en font, et généralement, en période de crise) et dès lors, elles ne sont pas soumises aux mêmes contraintes financières que les établissements privés. En pratique, cela signifie que la plupart des banques centrales (tout au moins celles dont la devise est « forte ») pourraient faire des pertes, au point de disposer de fonds propres négatifs tout en continuant à fonctionner. Ce qui a même conduit le FMI à considérer qu'une banque centrale n'a

7. Cf. l'édit du roi Babyloniens, Ammisaduqua (XVIIe siècle avant Jésus-Christ) selon lequel le roi remit les arriérés qui lui étaient dus. "Le collecteur ne peut pas poursuivre, à fins de paiement, les tributaires de la couronne". Ensuite "quiconque aura prêté de l'orge ou de l'argent à un Akkadien ou à un Amorite à intérêt (...) du fait que le roi a proclamé la redistribution, sa traite est annulée. Il ne peut pas réclamer l'orge ou l'argent". Enfin le roi renonça à percevoir certains impôts cette année-là.

8. Cf. la loi de Solon à Athènes qui libéra la terre en arrachant les bornes et qui édicta *seisachteia*, sorte d'abolition des dettes et qui interdit la contrainte par corps, l'esclavage pour dettes, libérant ceux qui en avaient été frappés et rappebant les exilés.

9. Néhémie 5 :11 ; Amos 8 :4-6.

10. 2 Rois 4 :1 ; Lévitique 19 :15 ; Deutéronome 25 :13-16.

11. Lévitique 25:8-34.

12. Deutéronome 15:1-5

13. Th. P. Osborne et J. Stricher, *L'année jubilaire et la remise des dettes*, Repères bibliques. Paris, Bayard / Centurion, 1999.

14. A. Grandjean, « Nourrir le débat sur une annulation partielle (370 milliards) de la dette publique », *op. cit.*

15. Cf. la thèse très complète bien qu'antérieure à la réforme du code civil de N. Picod, *La remise de dette en droit privé*, Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, n° 128, 2013 qui a inspiré les paragraphes qui suivent.

pas besoin de fonds propres pour fonctionner¹⁶!

Comme le note la BRI, « Idéalement, les banques centrales devraient être dotées des ressources et des mécanismes financiers dont elles ont besoin pour assurer, y compris en période de crise, leur fonction auprès de la société. Il faudrait donc, vraisemblablement, que ces ressources et mécanismes soient suffisants pour maintenir des fonds propres positifs face à des pertes résultant de mesures prises dans l'intérêt public. En bref, il importe que la banque centrale reste financièrement indépendante »¹⁷. Mais, comme le souligne le FMI, à défaut de fonds propres, le prix de l'indépendance d'une banque centrale se situe justement dans sa capacité à fonctionner seule¹⁸. Autrement dit, la solidité financière d'une banque centrale doit être à la hauteur des ressources exigées par les fonctions qu'elle assume de façon indépendante.

Le bilan de toute banque centrale est composé d'un actif et d'un passif¹⁹. A l'actif, on trouve principalement les titres détenus auprès des résidents, les prêts réalisés aux institutions de crédit ainsi que les avoirs en or et d'autres actifs. Ainsi, les actifs acquis par la BCE dans le cadre de ses opérations de politique monétaire se trouvent dans la catégorie « Titres de résidents de la zone euro en € ». De la même façon, les opérations de refinancement des institutions de crédit sont agrégées au sein de la catégorie « Prêts aux institutions de crédit de la zone euro en € ». Au passif, on trouve principalement les billets et pièces en circulation, ainsi que les comptes dits de « réévaluation » (changements de valeur dus aux variations de prix) et les passifs auprès des institutions de crédit de la zone euro (comptes courants des banques auprès de la BCE).

Depuis la crise de 2008/2009, les grandes banques centrales des pays avancés ont considérablement accru la taille de leur bilan, notamment à travers des programmes d'achats d'actifs. La taille du bilan de la BCE a ainsi considérablement augmenté ces dix dernières années²⁰ (en 2018, environ 40 % du PIB de la zone euro, 25 % aux États-Unis, près de 90 % au Japon et plus de 100 % en Suisse) s'explique par le recours aux achats d'actifs en zone euro avec la mise en œuvre de la politique monétaire non conventionnelle dite du *Quantitative easing* (« QE »). Le QE accroît mécaniquement le volume du bilan d'une banque centrale : à l'actif, des titres achetés et, au passif, de la monnaie émise pour les acquérir. C'est la raison pour laquelle on parle d'assouplissement « quantitatif ». L'objectif du QE est d'agir à la baisse sur la courbe des taux à moyen et long termes dans un environnement où les taux directeurs de la banque centrale sont proches de 0 % et

l'inflation faible ou négative : en substituant des titres par de la monnaie ("*portfolio rebalancing effect*"), l'objet est de réduire les taux réels afin de stimuler l'activité et de relancer les anticipations d'inflation²¹.

Dans le cadre d'un QE, les titres de dette souveraine achetés par une banque centrale sont destinés à être « stockés » temporairement dans le bilan à la banque centrale pour être ensuite revendus sur le marché lorsque la politique monétaire devra être resserrée. Par conséquent, sur le long terme, le montant de la dette publique détenue par le public n'est pas réduit par l'QE. L'endettement de l'État reste le même, même s'il verse les intérêts des coupons à la banque centrale qui détient une partie de cette dette ; et que cette même banque centrale reverse – après impôts – ses dividendes à son actionnaire unique, l'État.

En pratique, l'annulation des titres de dette souveraine des États membres de la zone par la BCE conduit à passer en charges l'abandon de créances ou la remise de dette, ce qui reviendrait à rendre les fonds propres de la BCE négatifs compte tenu du niveau des fonds propres de la BCE qui ne peut pas absorber ces pertes. Pour rappel, en 2019, la BCE dispose de 4.575 milliards d'euros de total de bilan pour 7,6 milliards d'euros de capital. Dans une banque commerciale – comme dans toute autre société commerciale – cette situation est impossible : cela revient à disposer de fonds propres négatifs.

Or, comme le souligne la BRI, « il est loin d'être clair pour tout le monde que les fonds propres comptables d'une banque centrale peuvent être négatifs sans qu'il y ait lieu de s'alarmer »²². Et de se poser la question, est-ce qu'une banque centrale peut faire faillite du fait de sa situation de fonds propres négatifs ? La question, toute théorique, a pourtant été posée par la très sérieuse Banque Nationale Suisse dans un papier qui à l'époque avait fait grand bruit²³. Auquel la BCE a répondu de façon claire et sans ambiguïté : « Les banques centrales sont protégées de l'insolvabilité en raison de leur capacité à créer de l'argent et peuvent donc fonctionner avec des fonds propres négatifs. Les banques centrales ne peuvent pas être à court d'argent car ce sont elles qui créent l'argent. Et vous ne pouvez pas manquer de quelque chose que vous pouvez créer vous-même »²⁴.

D'ailleurs, il n'existe pas de procédure de faillite pour une banque centrale, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'institution judiciaire ou autre qui jugera si les dettes d'une banque centrale dépassent son passif et l'oblige à se réorganiser ou à être liquidée. La banque centrale peut imprimer la monnaie pour régler ses dettes. Autrement dit, la question de la faillite d'une banque centrale est théorique.

16. FMI, "Do central banks need capital?", WP/97/83, July 1997.

17. BRI, *Les finances des banques centrales*, n° 71, avril 2013.

18. FMI, "Do central banks need capital?", *op. cit.*

19. Pour une explication détaillée du bilan d'une banque centrale, cf. Bank of England, "Understanding the central bank balance sheet", 2015.

20. Taille du bilan qui est toutefois passé de 1.154 milliards d'euros en janvier 2017 à 4.575 milliards d'euros en janvier 2019.

21. Cf. AFEP, *Le bilan d'une banque centrale à l'heure du Quantitative Easing*, Flash Eco, 2015.

22. BRI, *Les finances des banques centrales*, n°71, avril 2013.

23. W.H Buiters, "Can Central Banks Go Broke?" (May 1, 2014). *CEPR Policy Insight No. 24*, May 2008. .

24. ECB, "Profit distribution and loss coverage rules for central banks", occasional paper, n° 169, avril 2016.

Mais avec la crise libanaise, la théorie a semblé devenir réalité du fait des critiques portées par certains sur l'organisation d'un circuit semblable à un schéma Ponzi, seul cas où une banque centrale pourrait être en « faillite »²⁵.

Que prévoit le TFUE ?

Si donc, il ne semble pas impossible pour une banque centrale de se trouver en situation de fonds propres négatifs, dans quelle mesure cette opération de remise de dette est-elle juridiquement possible ? Il faut ici aller voir le Traité de fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »). On sait que les traités de l'Union interdisent toute assistance financière du SEBC à un État membre au titre du financement du déficit public. Cependant, ces mêmes traités n'excluent pas, de manière générale, la faculté, pour le SEBC, de racheter aux créanciers d'un tel État des titres préalablement émis par ce dernier. Autrement dit, la détention de la dette publique acquise sur le marché secondaire par le SEBC ne contrevient pas à l'interdiction de financement de déficits publics.

C'était là l'objet même du programme OMT²⁶ de la BCE. En 2012, la BCE a annoncé – par un simple communiqué de presse – avoir adopté certaines décisions concernant un programme autorisant le SEBC à acquérir sur les marchés secondaires des obligations souveraines d'États membres de la zone euro, dès lors que certaines conditions étaient réunies. Ce programme visait à remédier aux perturbations du mécanisme de transmission de la politique monétaire générée par la situation spécifique des obligations souveraines émises par certains États membres et à préserver l'unicité de la politique monétaire.

Ce programme – qui *in fine* n'a jamais été mis en œuvre du fait des incertitudes juridiques qui l'entouraient – a fait l'objet d'un recours par 37.000 citoyens allemands devant la Cour constitutionnelle allemande qui a considéré, le 14 février 2014, qu'il était incompatible avec le droit primaire de l'Union européenne. Selon les juges allemands, le dispositif dépasse le mandat de la BCE en la conduisant à mener sa propre politique économique alors que celle-ci relève principalement de la responsabilité des États membres. L'OMT violerait par ailleurs l'interdiction de financement monétaire de la dette publique rappelée à l'article 123 du TFUE.

La Cour constitutionnelle allemande a considéré que ce programme pourrait être acceptable si la réduction de la dette était clairement exclue et que les achats de titres n'étaient pas illimités. Devant la difficulté, cette Cour a procédé à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne pour qu'elle se prononce sur le dispositif. La CJUE a considéré le 16 juin 2015²⁷ que le programme OMT, eu égard à ses objectifs et aux moyens pré-

vus pour atteindre ceux-ci, relève de la politique monétaire et, dès lors, des attributions du SEBC. Elle a encadré cependant ce programme par la nécessité pour la BCE de mettre en place des garanties suffisantes pour concilier celle-ci avec l'interdiction du financement monétaire.

Pour éviter les critiques formelles du programme de l'OMT, la BCE a formellement adopté le 4 mars 2015 le programme APP (*Asset Purchase Program*) visant l'acquisition d'obligations souveraines sur les marchés secondaires. Ce programme a cependant lui aussi été contesté devant la Cour constitutionnelle allemande, qui a alors posé une nouvelle fois une question préjudicielle à la CJUE, laquelle a tout comme pour l'OMT confirmé la légitimité de l'APP pour les mêmes raisons que le programme OMT, mais aussi parce que la répartition des achats de titres respectait la répartition du capital²⁸. Mais la Cour de Karlsruhe ne l'entend pas de cette oreille et considère, dans une décision du 5 mai 2020, que la CJUE a dépassé ses pouvoirs d'interprétation²⁹.

Quoi qu'il advienne de ce débat, l'on voit que les règles juridiques posées en leur temps dans les traités européens ne sont plus adaptées au contexte économique actuel. Et plutôt que de laisser la CJUE tordre le droit en proposant des argumentations juridiquement contestables pour satisfaire les besoins monétaires du moment, il convient de modifier clairement la règle de droit et d'assouplir les restrictions posées par l'article 123 du TFUE.

II. Le retour des dettes perpétuelles

L'idée de transformer tout ou partie de la dette souveraine existante en « dette perpétuelle » avait été évoquée au moment de la crise de la dette grecque par le ministre des finances grec Yanis Varoufakis³⁰. Elle avait été considérée à cette époque comme au mieux incongrue, au pire déraisonnable. Cette idée revient aujourd'hui en force comme une des solutions à étudier pour réduire la charge de la dette publique.

Reste à savoir ce que l'on entend par « dette perpétuelle ».

Tout d'abord, on parle indifféremment d'emprunt ou de rente perpétuelle. La différence est essentiellement d'ordre historique dans la mesure où ce sont les rentes qui sont apparues les premières, alors que la technique du contrat obligataire est plus tardive (autour du milieu du 19^{ème} siècle) même si aujourd'hui cette forme d'endettement qui a supplanté la rente. Au-delà des mots et de l'histoire, c'est aussi une différence de nature juridique qui distingue les deux termes. Alors que la rente était généralement un droit réel qualifiée de bail à rente pour les rentes foncières ou un droit personnel sur une créance de prêt pour les rentes constituées, auxquelles était attachée

25. R. Reis, "Different types of central bank insolvency and the central role of seignorage", *Columbya University*, 2015.

26. *Outright monetary transaction*, programme finalement jamais mis en œuvre.

27. Communiqué de presse de la CJUE : <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-06/cp15007ofr.pdf>>.

28. Arrêt de la CJUE, affaire C-493/17, 11 décembre 2018.

29. Th. Rospars, « Karlsruhe versus UE : analyse juridique d'un arrêt géopolitique » : *Le Grand Continent*, mai 2020.

30. T. Barbar, "Greece finance minister reveals plan to end debt stand-off", *Financial Times*, 2 février 2015.

une garantie hypothécaire, l'emprunt obligataire est une créance collective négociable ; surtout, la technique de transfert de droits, et donc de propriété, est radicalement différente en ce que la rente suivait généralement un régime plus lourd et complexe que l'emprunt obligataire qui se caractérise par une négociabilité simplifiée du fait de son caractère commercial et non pas civil, jusqu'à l'assimilation au 19^{ème} siècle des rentes sur l'État à des valeurs mobilières³¹.

Que recouvre le terme rente perpétuelle ?

Selon une définition consensuelle³², une dette est perpétuelle ou à durée indéterminée (ce qui n'est juridiquement pas exactement la même chose³³), si le contrat d'émission ne prévoit aucune date d'échéance. Il ne comporte en conséquence aucun flux de remboursement. La présence de clauses optionnelles de remboursement anticipé, au gré de l'émetteur et/ou du porteur, ne modifie pas, en principe, le caractère « perpétuel » de l'emprunt. Relèvent par exemple de cette catégorie, selon le CNO³⁴, les rentes perpétuelles, les rentes viagères, dont le paiement des intérêts est conditionné par la survie du porteur ou les Titres Subordonnés perpétuels émis par des sociétés, ces derniers comportant souvent une clause optionnelle de remboursement au gré de l'émetteur.

Une « rente constituée » désigne sous l'Ancien Régime une créance *in personam* d'arrérages, correspondant à un capital en argent, non exigible mais toujours remboursable³⁵. C'est d'ailleurs cette définition qu'a repris le Code Napoléon à l'article 1909 : « *un intérêt moyennant un capital que le prêteur d'interdit d'exiger* ». La rente peut être alors perpétuelle ou en viager (art. 1910 du Code civil). Lorsqu'elle est perpétuelle, la Rente est alors rachetable (art. 1911 du Code civil) du fait de la prohibition des engagements (c'est-à-dire des droits personnels) perpétuels³⁶, codifié depuis 2016 à l'art. 1210 du Code civil. Le capital d'une rente perpétuelle devient exigible en cas « *de faillite ou de déconfiture du débiteur* » (art. 1913 du Code civil). Alors que sous l'Ancien Régime la rente était réputée immeuble dans la plupart des coutumes, le code civil la classe meuble par détermination de la loi ; de

même, alors que l'ancien droit y voyait plutôt une application du contrat de vente, elle constitue aujourd'hui une forme de prêt. Ce qui caractérise une rente perpétuelle, c'est l'option laissée au débiteur de racheter celle-ci. Sans faculté de rachat, une rente perpétuelle n'est pas licite.

Au-delà du Code civil, les rentes désignent différentes sortes de revenus réguliers ne provenant pas d'un travail, mais du rendement d'un capital auquel le créancier a droit. Elles existent dans tous les secteurs économiques ; d'abord liées à l'économie agricole et foncier, puis, de plus en plus souvent au secteur financier, elles relèvent ensuite du domaine social et de celui des assurances³⁷.

Le développement des rentes sous l'Ancien Régime était une des manières de contourner la prohibition de l'usure³⁸. En effet, prêter en fixant simultanément le taux d'intérêt et la durée du contrat était alors considéré comme usuraire³⁹ ; alors que dans le type d'emprunt qu'est l'obligation perpétuelle, l'intérêt n'était pas stipulé dans le contrat, ce dernier étant fixé par le denier légal. Autrement dit, l'intérêt versé aux prêteurs n'était pas une condition du contrat de prêt car le taux était fixé extérieurement aux parties du contrat. Bien que figurant dans le contrat de constitution de rente, l'intérêt constituait la contrepartie à l'impossibilité d'exiger le remboursement par le prêteur du capital prêté.

Autrement dit, les dispositions contractuelles des rentes imposent au prêteur une perte de contrôle du capital, le débiteur étant seul maître du moment du remboursement éventuel, que le créancier ne peut lui refuser. C'est en ce sens que la rente est dite « perpétuelle », car le contrat ne fixe pas de date de remboursement du capital, mais elle est toujours rachetable (ou remboursable) par l'emprunteur, qui est tenu de verser les intérêts ou arrérages jusqu'à cette restitution du capital. Mais du fait du caractère rachetable, il ne s'agit pas d'un engagement perpétuel au sens juridique du mot. Le seul moyen pour le rentier de récupérer le fonds qu'il a prêté est de céder la propriété de la rente à un tiers, qui lui rembourse ce capital et perçoit les intérêts à venir (« arrérages » ou « quartiers », versés par trimestre)⁴⁰.

La rente perpétuelle constituait un mode de crédit très courant sous l'Ancien Régime, y compris pour la dette d'État avec la création en 1522 des rentes sur l'Hôtel de

31. Toutefois, le droit révolutionnaire considéra que les rentes sur l'État étaient négociables selon des formes simplifiées (Loi du 28 Florale, An VII). Il en résulta que les rentes sur l'État furent négociables en bourse par l'entremise des agents de change, comme tous les effets sur l'État. Les rentes sur l'État pouvaient être nominatives ou au porteur.

32. CNO, *Volume A: Les Obligations et autres titres de créance en euro* (2010).

33. La notion de perpétuité entend que l'engagement est éternel, alors que la notion de durée indéterminée laisse considérer que les parties peuvent toujours mettre fin au contrat à tout moment. Parler de contrat à durée indéterminée, ce n'est pas évoquer un contrat sans terme, mais bien parler d'un contrat affecté d'un terme extinctif indéterminé. Alors que parler d'un contrat perpétuel (nonobstant l'interdiction des engagements perpétuels) conduit à s'engager sans fixer de terme au contrat.

34. Comité de Normalisation Obligataire.

35. Pour une étude complète, cf. Ch. Lefebvre, « Observations sur les rentes perpétuelles dans l'Ancien droit », *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, vol. 38 (1914), pp. 184-229.

36. F. Rizzo, « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.* 2000.

37. Cf. A.M. Dubler, « Rentes constituées », *Dictionnaire historique de la Suisse*, 2011.

38. Les papes Martin V, en 1423, et Calixte III, en 1455, avaient tranché par deux bulles, les *Regimini*, le débat sur les rapports de la rente avec le prêt à intérêt, autrement dit l'usure en déterminant les trois conditions de la licéité de la rente : la perte de contrôle du capital par l'acheteur de la rente, la création de celle-ci au taux d'intérêt réglé par le souverain et la faculté imprescriptible du débiteur de racheter le capital en temps voulu. cf. G. Sivéry, « La notion économique de l'usure selon Saint Thomas d'Aquin », *Revue du Nord*, 2004/3-4, p. 687 et suiv.

39. Dans son *Traité sur l'usure*, Pothier reprend l'exposé des raisons et des motifs à l'appui de cette prohibition religieuse (cf. § 55 à 68).

40. Cf. K. Béguin, « La circulation des rentes constituées dans la France du XVII^e siècle : Une approche de l'incertitude économique », *Annales ; Histoire, Sciences Sociales* 2005/6, p. 1229 à 1244.

ville qui composaient la majeure partie de sa dette publique institutionnalisée aux XVI^e et XVII^e siècles, à côté des rentes viagères et des tontines (avec un basculement sous Louis XV et Louis XVI vers le système – ruineux – des rentes viagères au détriment des rentes perpétuelles)⁴¹.

La fin des rentes perpétuelles

La rente perpétuelle, les fameuses rentes 3% ou 5%, fut l'outil privilégié d'endettement de l'État tout au long du XIX^e siècle et le placement favori des épargnants à la même période. L'inflation étant faible, voire inexistante⁴², le rendement servi était financièrement attractif pour les épargnants. Mais avec les conflits mondiaux du 20^{ème} siècle et l'apparition de l'inflation⁴³, ces rentes devinrent des catastrophes financières pour les épargnants. C'est aussi à partir de cette période que l'État modifie sa source de financement pour privilégier l'emprunt obligataire au détriment de la rente⁴⁴.

En 1949, l'État français s'endette pour la dernière fois en rente perpétuelle (rachetée dans les années 80). Le 7 avril 1987, le ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, Edouard Balladur, annonce que l'État va procéder au remboursement de sa « vieille dette » : sept rentes ou emprunts d'État émis avant 1950, dont l'encours est de 680 millions de francs, soit à l'époque 0,13 % de l'encours total des emprunts d'État. C'est la fin des rentes publiques dans le Grand Livre de la dette.

Vers des dettes perpétuelles ?

La question du retour des dettes perpétuelles par les États n'est pas nouvelle mais la crise du Covid-19 et de la montagne de dettes créées par celle-ci lui donne une nouvelle jeunesse. Sémantiquement, depuis plusieurs années, on préfère toutefois parler de titres à durée indéterminée ou de dettes perpétuelles, et moins de rentes perpétuelles, l'expression étant non seulement désuète mais teintée négativement compte tenu des effets de l'inflation sur les détenteurs de ces titres. Rente ou Dette perpétuelle, l'idée est la même : le capital n'est pas remboursé aux créanciers, sauf décision en ce sens du débiteur.

La « vague » des émissions de dettes dites « Mathusalem »⁴⁵ d'une durée de 100 ans dans les années 2010 est illustrative de ce mouvement vers « toujours plus dette mais toujours plus lointain le remboursement ». Car il y

a peu de différences en pratique entre une dette de maturité 100 ans et une dette perpétuelle avec clause de rachat qui – l'histoire le montre, sauf le cas de la Grande Bretagne, – est généralement activée au bout de quelques dizaines d'années. Le contexte économique et monétaire des années 2010 explique cette situation totalement incongrue. Compte tenu de la baisse des taux, puis des taux négatifs, des investisseurs (inconséquents !) n'ont pas hésité à souscrire à ces emprunts « mathusalem » afin de gagner quelques points de rendement ; de leurs côtés, les émetteurs y ont vu une « opportunité » de bloquer un endettement à des niveaux d'intérêts historiquement très bas. Ainsi, en Europe, la Belgique (2015), l'Irlande (2016) et l'Autriche (2017) ont déjà procédé à de telles émissions. Hors d'Europe, le Mexique (2015), Israël (2020), et même l'Argentine (2017) s'y sont risqués. Côté entreprise, pour ne parler que des françaises, GDF Suez (2011), EDF (2014) et SNCF Réseau (2015) ont aussi lancé un emprunt d'une durée de 100 ans.

C'est cette même idée qui est réapparue au moment du sauvetage de la Grèce comme on l'a vu plus haut⁴⁶.

Plusieurs scénarios sont proposés par les économistes pour alléger le poids de la dette de certains États de la zone euro. Selon une première idée, une dette perpétuelle permettrait de mettre fin à l'exposition des dettes par transformation de la dette souveraine négociable en une rente perpétuelle⁴⁷. Il s'agirait en quelque sorte de financer les amortissements annuels de la dette publique par émission de dette perpétuelle⁴⁸, ce qui conduirait en quelques années en une diminution du marché de la dette publique du fait de l'absence de nouvelles émissions, sauf bien sûr accroissement du déficit budgétaire. Dans ce schéma, la rente émise produirait des intérêts.

Le scénario le plus évoqué est toutefois celui de la transformation de la part de la dette des États détenue par la BCE « en une obligation perpétuelle portant un coupon nul »⁴⁹.

Où l'on voit que la notion de dette souveraine perpétuelle recouvre (au moins) deux acceptions différentes : avec paiement d'intérêt ou sans paiement d'intérêt. Mais dans les deux cas, sans obligation de remboursement du capital. Quant à l'option de remboursement au gré de l'émetteur qui caractérise le concept de rente, elle n'est pas évoquée dans les scénarii proposés.

Voilà pour la théorie. Mais revenons au fondement même d'une dette perpétuelle.

Une dette perpétuelle est un oxymore financier,

41. K. Béguin & P. Ch. Pradier, « Emprunts souverains et vulnérabilité financière de la monarchie d'ancien régime : tout s'est-il joué sous Louis XIV ? », *op. cit.*

42. Du XVI^e siècle à 1914, l'inflation est en moyenne inférieure à 0,5 % : D. Le Bris, « Quand la France s'endettait à perpétuité », *Le Monde*, 21 février 2014.

43. Entre 1914 et la création de l'euro, l'inflation moyenne en franc est de 9 % par an.

44. Avant 1914, les emprunts perpétuels et les titres de rente à très long terme étaient la norme. Ceux qui détenaient la dette publique la conservaient. C'était donc une affaire de confiance sur le très long terme. Mais au-delà de la forme de l'endettement, c'est la typologie des prêteurs qui change au cours du 20^{ème} siècle : alors que l'État empruntait principalement auprès des épargnants français jusqu'à l'entre deux guerres, et même au début des Trente Glorieuses, à partir de des années 80-90, la France va privilégier le financement via les marchés financiers, auprès d'investisseurs institutionnels.

45. Pourtant, selon la Bible, Mathusalem vécut 969 ans, et non 100 ans !

46. P. Spiegel, "Leaked: Greece's new debt restructuring plan", *FT*, 5 juin 2015.

47. M. Berrebi et J.H Lorenzi, *Un Monde de violence, L'Economie mondiale 2016-2030*, Eyrolles, 2015.

48. Aujourd'hui, outre les besoins nouveaux, l'État rembourse ses dettes anciennes par de la dette nouvelle.

49. France Stratégie, « Comment assurer la résorption des dettes publiques en zone euro ? », octobre 2017, n° 62. Proposition avancée aussi par le groupe LFI à l'Assemblée nationale dans une proposition de résolution (n° 2824).

puisqu'il est question d'une dette mais aussi d'éternité (du moins en théorie, car si les États ont une durée de vie plus longue que les humains, ils ne sont pas éternels non plus). Une dette perpétuelle serait-elle alors une dette sans fin, c'est-à-dire une dette qui reste due sans limite de temps, *ad vitam aeternam*, alors même que le droit prohibe les engagements perpétuels au motif de la préservation de la liberté contractuelle⁵⁰ ? Justement non. Une dette perpétuelle n'est pas une dette puisque le débiteur n'a pas l'obligation de rembourser le principal versé par les investisseurs. Elle n'est pas plus perpétuelle dans la mesure où le débiteur n'est pas engagé indéfiniment. Une dette perpétuelle n'a de dette que le nom et de perpétuel⁵¹ que la crédulité des investisseurs, du fait de l'existence d'une clause de remboursement à la main du débiteur, laquelle seule permet de considérer ce type d'engagement comme licite⁵².

Ni dette, ni perpétuelle, le concept d'une dette perpétuelle dans une économie où l'État est déjà surendetté est un artifice financier qui revient à considérer que le plus important pour l'État n'est pas tant son niveau d'endettement par rapport à sa richesse nationale présente et future, mais sa capacité à honorer le seul « service de la dette », c'est-à-dire à payer les intérêts. Encore faut-il que ce service de la dette soit soutenable⁵³.

En fait, dans une économie où l'endettement public a plus tendance, sur une durée longue, à augmenter qu'à diminuer, la parade à la limite (tant en valeur relative qu'absolue) de l'endettement est connue : le remboursement de la dette émise est moins lié aux économies budgétaires qu'à l'émission de nouvelles dettes servant à rembourser les dettes arrivant à échéance : peu importe le montant nominal de la dette, seul compte la capacité de payer les intérêts au fur et à mesure que le montant nominal de dette augmente. Et on « oublie » le remboursement du principal.

L'idée de convertir le stock de dette existant en titres perpétuels, ou que les nouvelles émissions de dette souveraine soit effectuées sous forme de dettes perpétuelles s'inscrit dans la logique décrite ci-dessus, mais poussée à son extrémité puisque le contrat d'émission prévoit dès le départ une absence de remboursement du capital.

Une dette non remboursable n'est pas une dette. Le principe même d'une dette repose sur le l'obligation de remboursement au créancier. Sauf à renier son engagement en tant que débiteur, ce qui est toujours possible mais dangereux, surtout pour un État qui emprunte sur les marchés financiers. Mais dans une dette perpétuelle, il n'y a pas de « répudiation » de la dette par l'État ; au contraire, les créanciers donnent leur accord pour ne pas être remboursés ! Le créancier, ici, c'est la BCE. Celle-ci convertirait les titres d'emprunts souverains qu'elle détient en dette perpétuelle, le cas échéant avec un coupon nul.

Ces titres seraient toujours comptabilisés au bilan de la BCE (contrairement à un abandon de créance) permettant ainsi d'éviter un impact négatif sur les capitaux propres. Mais qu'est-ce que cet instrument juridique qui ne donne lieu ni à un remboursement du capital, ni au versement d'un intérêt ? Qu'est-ce que ce titre représentatif d'un droit autre qu'une créance ? Une chimère juridique.

Ce que soulignent ces débats sur les dettes ou rentes perpétuelles, c'est le déni même du principe de la dette, c'est l'idée même de dette – au sens de « être en dette » comme « avoir des dettes » – qui est ici refusée. « Etre en dette », « avoir une dette » place le débiteur dans une situation de morale du devoir et d'obligation juridique. Ce que justement l'homme moderne refuse. Et l'État aussi.

50. Cf. l'excellente thèse de V. Frasson, *Les clauses de fin de contrat*, Lyon III, 2014.

51. Le concept de perpétuité pour les juristes est d'approche délicat. Selon une approche, subjective, la perpétuité est fonction de la durée probable de l'existence du débiteur : l'engagement prend un caractère perpétuel lorsque le contractant se trouve tenu à vie. Cependant, dans une autre approche, objective, la perpétuité se manifeste par une volonté active de ne pas conférer de fin au contrat ; elle vise l'engagement illimité en lui-même et non par rapport à la durée de vie de l'obligé.

52. C'est l'existence même de cette clause de rachat entre les mains du débiteur qui permet de considérer que les rentes perpétuelles ne tombent pas sous la prohibition des engagements perpétuels.

53. Une dette publique est économiquement soutenable lorsque le taux d'intérêt versé aux créanciers de l'État est inférieur au taux de croissance de l'économie nationale, et que reste positif le solde des dépenses et des recettes, hors paiement des intérêts. Tel n'est plus le cas en France depuis la fin des années 1970.

La transformation numérique de la justice et les avocats : Enquête IFOP

A l'heure du déconfinement, l'enquête réalisée par l'IFOP pour Doctrine, au cours de laquelle plus de 800 avocats ont été interrogés, apporte un nouvel éclairage sur leurs attentes et challenges. La crise sanitaire vient renforcer le besoin de droit et créer un consensus sur la nécessité d'accélérer la transformation numérique de la justice, plébiscitée par 3 avocats sur 4.

La crise sanitaire a accentué le besoin de continuité du droit

Si l'annonce d'un confinement généralisé a plongé une grande partie du pays dans l'inconnu, la profession d'avocats ne fait pas exception. Du jour au lendemain, ceux-ci se sont retrouvés en télétravail, sans toujours disposer des outils et processus nécessaires, en même temps qu'ils se sont vus devoir adresser des problématiques complètement nouvelles pour leurs clients. En parallèle, la plupart des juridictions ont fermé et on a assisté à une inflation législative sans précédent.

Pour 88% d'entre eux, le confinement a accru les difficultés liées à l'exercice de leur métier, même si le sentiment d'appartenance à une confrérie a beaucoup favorisé l'entraide entre professionnels. Ce qui a surtout fait la différence entre ceux qui évoquent de nouvelles complexités et ceux qui l'ont mieux vécu ? Pouvoir accéder facilement à l'information juridique et aux bons outils pour travailler à distance. Le volume d'informations a explosé pendant la crise et elles ont connu de nombreux et rapides revirements, comme en témoigne Manon Lamotte, avocate en droit social chez Eversheds Sutherland dans le podcast Droit Commun :

"On en vient à ne plus rater une annonce de Muriel Pénicaud. On partage toutes les informations en temps réel sur Whatsapp. Chaque matin on revient sur les derniers textes lors d'un appel d'équipe."

Mais l'accès à l'information est jugé encore insuffisant pour 56% des avocats, une appréciation qui s'est même légèrement détériorée depuis l'année dernière.

Face à ces enjeux, les professionnels du droit se tournent naturellement vers les nouvelles technologies, notamment pour accéder plus largement à de l'information juridique pertinente et à jour par rapport aux besoins de leurs clients. Nous avons répondu à ce besoin en créant un hub Covid-19 centralisant toute l'information juridique liée à la crise sanitaire : lois, ordonnances, décrets, arrêtés, commentaires et décisions pour en faciliter l'accès et la compréhension. Cette page a été consultée plusieurs dizaines de milliers de fois en l'espace de quelques semaines, révélant le besoin de continuité du droit.

Accélérer la transformation numérique de la justice et du métier d'avocat

Cette crise sanitaire a également mis en exergue l'urgence à accélérer la transformation numérique du système juridictionnel français, souhaité par 3 avocats sur 4.

Parmi les chantiers jugés prioritaires pour y arriver, la communication avec les juridictions, magistrats et greffiers arrive en première place pour 86% d'entre eux, suivie non loin par l'amélioration de la visibilité en ligne (71%), qui était déjà l'un des enjeux principaux des avocats interrogés l'année dernière. Vient ensuite la pertinence de la recherche juridique pour 69% des interrogés, pour laquelle les avocats souhaitent en priorité pouvoir accéder à des analyses plus poussées des différentes évolutions législatives et judiciaires (46%) et à une personnalisation plus importante des contenus (37%, contre 32% en 2019).

7 avocats sur 10 soulignent le besoin de nouveaux outils numériques pour gagner en temps et en efficacité au quotidien. 50% d'entre eux plébiscitent tout particulièrement les outils d'aide à la décision. Il s'agit notamment d'être plus pertinent dans sa recherche juridique, de trouver facilement les textes similaires aux décisions recherchées, et d'avoir accès en un clic à la chronologie des décisions.

La technologie au service de l'expertise métier

Doctrine a, depuis le début, fait le pari de la transformation numérique du monde du droit.

C'est pour cela que nous avons développé le Document Analyzer, une nouvelle brique technologique pour aider les professionnels du droit à accéder à l'information juridique dont ils ont besoin pour conseiller leurs clients. Co-construit avec des professionnels du droit et déjà utilisé plusieurs milliers de fois, le Document Analyzer permet d'économiser des heures de travail en accédant en un clic à l'ensemble des sources juridiques citées dans un jeu de conclusions. Comme l'explique Nicole Radius, avocate en droit du travail :

"Le Document Analyzer est mon réflexe n°1 dès que je travaille sur mes conclusions ou celles de la partie adverse. Je gagne en moyenne 40% de temps de recherche par jeu de conclusions. Je vérifie instantanément si la jurisprudence citée par mon adversaire est applicable ou non et je suis alertée de l'évolution des jurisprudences citées dans les conclusions adverses ou les miennes."

A l'heure où la justice se remet en marche après des mois au ralenti et où les besoins en outils digitaux deviennent prioritaires, le Document Analyzer contribue à accélérer le travail de recherche juridique et d'analyse de conclusions.

Guillaume Carrère
Directeur général de Doctrine

"Toutes mes conclusions passent par le Document Analyzer"

Nicole Radius est associée avocate du cabinet Lamey Avocats, structure à taille humaine maîtrisant le droit des affaires, le droit du travail et de la famille. Concentrée sur les problématiques de droit du travail et droit des successions, elle a prêté serment en 1992 et exerce au sein du cabinet depuis 2006.

Avec de nombreux contentieux à gérer en parallèle, qui impliquent des allers-retours constants avec la partie adverse, elle nous explique comment le Document Analyzer lui permet de gagner un temps considérable et de vérifier en un coup d'oeil l'interprétation faite par l'adversaire des sources citées dans des conclusions.

Un gain de temps inestimable

L'analyse des conclusions représente une part non négligeable du temps passé à préparer un contentieux. Il faut bien entendu rédiger ses propres écritures et être irréprochable dans la manière de citer les sources juridiques sur lesquelles l'argumentaire s'appuie. Mais il est aussi essentiel de vérifier en détail l'ensemble des sources citées par la partie adverse, pour mieux comprendre sa stratégie.

Pour les professionnels du droit, ce travail est encore souvent manuel. Il faut aller chercher une par une les décisions et législations citées et comprendre lesquelles analyser en priorité, en fonction du nombre de commentaires sur le sujet et de la récence de l'information : une tâche qui est donc extrêmement chronophage et fastidieuse. D'autant plus que "chaque mot, chaque virgule comptent et doivent être discutés" comme aime à le rappeler Maître Radius.

Elle poursuit : "si vous prenez des conclusions citant une trentaine de jurisprudences, cela représente normalement une matinée de travail. Avec le Document Analyzer, je gagne jusqu'à **40% de temps de recherche par jeu de conclusions.**"

L'assurance de ne pas passer à côté de l'information qui fera la différence

Pour répondre au mieux aux besoins de ses clients, Maître Radius examine minutieusement les fondements juridiques cités par son adversaire. Elle se doit de vérifier leur applicabilité et bien en comprendre l'interprétation pour pouvoir répliquer correctement et appuyer sur les points de droit les plus sujets à interprétation.

Cela nécessite de passer du temps à chercher et lire la jurisprudence associée, en naviguant dans des textes denses et longs, et dans le cadre de procédures qui s'étendent sur la durée. Elle ne peut

pas se permettre de manquer une information qui pourra changer le cours d'une affaire, qu'il s'agisse d'une décision très commentée qui lui aurait échappée, de revirements jurisprudentiels ou législatifs, voire de fausse jurisprudence citée par la partie adverse - "une jurisprudence introuvable n'a pas sa place dans le dossier !" insiste-t-elle. Il est également essentiel de comprendre si la jurisprudence est adaptée au cas d'espèce et si d'autres arrêts existent en ce sens.

Elle nous explique : "je fais davantage confiance à une intelligence artificielle pour vérifier des conclusions, même les miennes, afin de ne jamais passer à côté d'une information clé".

Rester au plus près de la jurisprudence

Alors que le travail des conclusions traditionnel impose une analyse figée, le travail de l'avocat exige de se tenir informé des nouvelles versions de décisions et lois et de savoir appréhender ces changements de manière proactive.

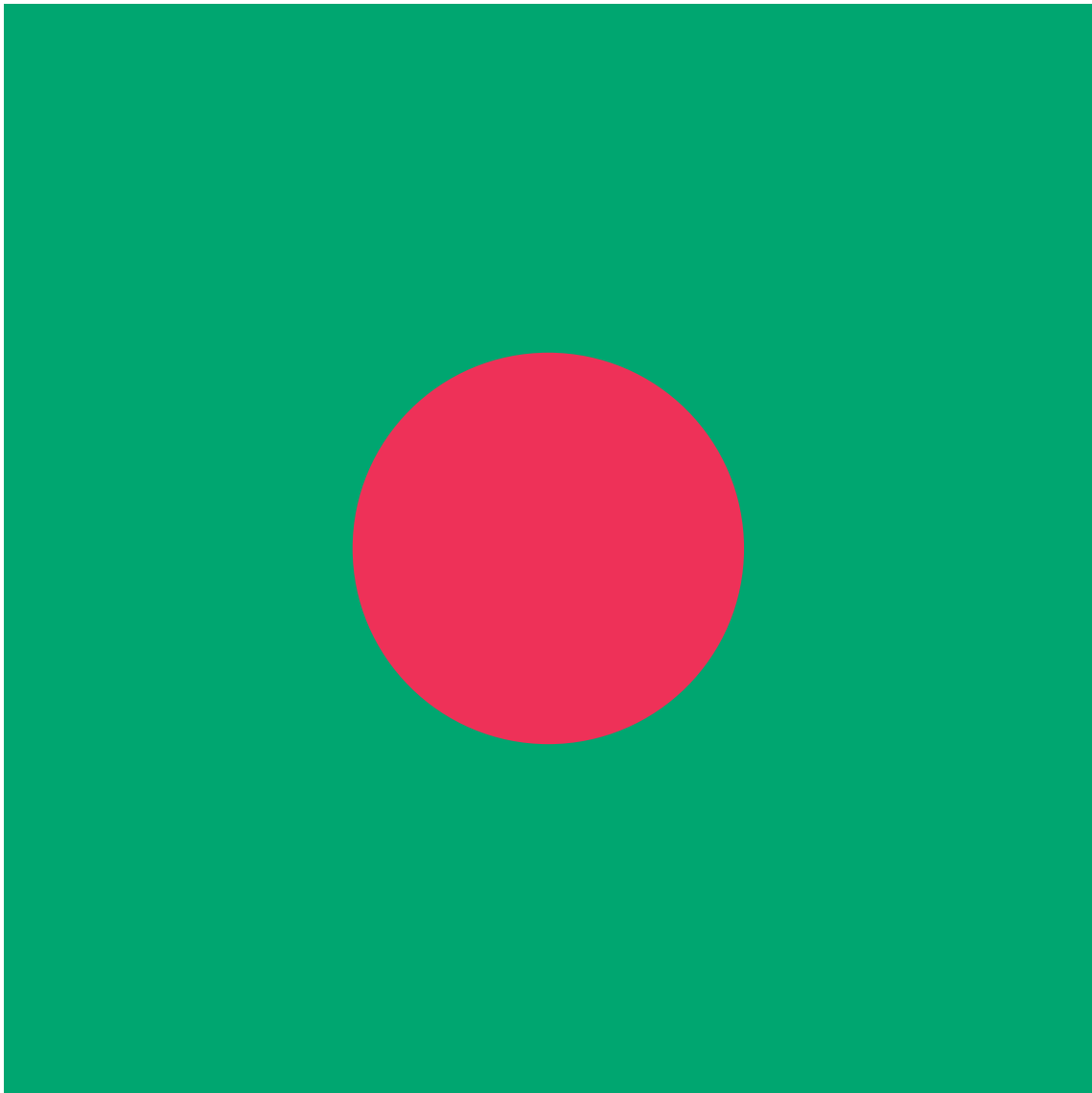
Le Document Analyzer permet de suivre l'évolution des jurisprudences et législations citées de façon dynamique, par l'intermédiaire des dossiers. C'est devenu une habitude pour Maître Radius : en effet, enregistrer des décisions dans un dossier sur Doctrine crée automatiquement une alerte liée aux contenus sauvegardés. Elle qui exploite déjà beaucoup la fonctionnalité d'alertes, notamment pour se tenir informée sur les actualités juridiques des entreprises qui l'intéressent, peut désormais être informée instantanément par mail en cas d'évolution jurisprudentielle ou législative sur les contentieux en cours. Cela lui est d'autant plus utile lorsqu'elle rencontre dans les conclusions de la partie adverse une jurisprudence qu'elle connaît mal ou qui s'avère opportuniste, comme c'est souvent le cas en droit du travail.

Enfin, la possibilité de télécharger en un clic l'ensemble des décisions citées dans un jeu de conclusions lui permet de classer facilement toutes les pièces du dossier sur son ordinateur et de le transmettre très rapidement au tribunal lorsqu'elle doit plaider.

Maître Radius conclut : "Le Document Analyzer est devenu mon réflexe n°1 dès que je travaille sur mes conclusions ou celles de la partie adverse."

Nicole Radius

Avocate en droit du travail, Strasbourg



La Revue Européenne du Droit

La Revue Européenne du Droit est une production du Groupe d'études géopolitiques, publiée par Le Grand continent en partenariat avec Doctrine.

 Doctrine.fr **GrandContinent**