



Etudes et observations des risques
2020-numéro spécial

LE RISQUE COVID-19

Edito

Cher lectorat,

Les années se suivent et ne se ressemblent pas ; c'est particulièrement vrai pour l'année 2020. À événement spécial, numéro spécial : la revue *Riséo* accueille dans ses colonnes les actes du colloque organisé à l'Université de Haute-Alsace par le Professeur Yann Leroy sur « Le risque Covid-19 » dans le cadre des désormais fameux *Rendez-vous du Risque*¹.

Rendez-vous bien nommé, puisqu'il comportait un risque, certes pas sanitaire, mais scientifique, puisqu'il s'agissait d'écrire et d'analyser « à chaud » les textes et la jurisprudence relatifs à la gestion de la pandémie, qui évoluaient alors au jour.

Rendez-vous également virtuel, puisque les chercheurs et chercheuses du Centre Européen de recherche sur le Risque et le Droit des Accidents Collectifs et des catastrophes (CERDACC), mais aussi d'autres Universités, se sont attelés, confinés, à la préparation d'interventions et de débats filmés, disponibles à l'adresse suivante : [<http://www.uha.fr/evenement/cerdacc-colloque-virtuel-les-rendez-vous-du-risque-edition-speciale-le-risque-covid-19/>].

Cela rend précieuses les contributions de ce numéro : elles sont le témoignage du regard d'un groupe de chercheurs en droit historiquement situé au cœur du cyclone qu'a représenté la Covid-19 dans les vies personnelles et professionnelles de chacun. Un numéro spécial, donc, qui je l'espère, nourrira vos réflexions d'aujourd'hui et de demain.

Julie Mattiussi
Maîtresse de conférences – Université de Haute-Alsace
CERDACC

¹ 1^{re} édition 25 mars 2019, « Le risque en entreprise », actes publiés dans *Riséo* 2020-1 [<http://www.riseo.cerdacc.uha.fr>] ; 2^{ème} édition 2 mars 2020, Risque et Internet, actes à paraître dans *Riséo* 2020-2.

Sommaire

Le risque Covid-19 : introduction.....	3
PARTIE I. COVID-19 : RISQUE POUR LES PERSONNES	5
Covid-19 : un risque accru pour les membres de la famille ?, I.CORPART.....	6
Covid-19 : un risque pour les droits des patients, J. MATTIUSI	19
Covid-19 : un risque pour l'emploi, Y. LEROY.....	26
PARTIE II. COVID-19 : RISQUE POUR LES CONTRATS ET LES FINANCES	31
Covid-19 : risque pour le contrat, D. PIATEK.....	32
Covid-19 et risque de défaillance des entreprises, J. L. VALLENS.....	43
Covid-19 : faire face au risque par le droit bancaire et financier, K. MAGNIER-MERRAN.....	50
Conséquences du Covid-19 sur les finances publiques : augmentation des dettes publiques étatiques ou création d'une dette européenne ? D. FALCO	71
PARTIE III. COVID-19 : RISQUE POUR LA DÉMOCRATIE	79
Covid-19, une tragédie des horizons ?, V. ERNÉ-HEINTZ.....	80
Le risque de la privation de liberté pendant le Covid-19, J.-B. THIERRY.....	94
La matérialisation du risque de catastrophe sanitaire : le Premier ministre prend la main, M. BAUBONNE.....	104
Covid-19 : un risque pour l'Europe ?, A. HARQUET.....	121
Risque, libertés, Covid ! Une nouvelle devise pour la République, K.FAVRO	129

Le risque Covid-19

Introduction

Yann LEROY

Agrégé des Facultés de droit

Professeur de droit privé à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Le CERDACC est le Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes. Il organise depuis deux ans¹ des *Rendez-vous du risque*. Comment, dans ces conditions, ne pas traiter, au sein de ce laboratoire, des risques engendrés par ce virus qui a bouleversé notre quotidien et emporté malheureusement tant de personnes ?

Confinement oblige, j'ai proposé d'organiser un colloque virtuel – une première pour le CERDACC – intitulé « Le risque Covid-19 ». Ce colloque a regroupé treize interventions auxquelles se sont ajoutés deux débats et a rencontré un beau succès avec près de six cents vues pour certaines vidéos !

Les interventions étaient réparties entre quatre thèmes. La première partie était consacrée au risque pour les personnes avec des communications en droit de la famille, en droit de la santé et en droit social. Un éclairage sur les risques causés par le coronavirus dans les hôpitaux a pu également être proposé avec l'intervention de médecins et d'infirmières² que je veux ici remercier infiniment pour leur disponibilité – alors même, évidemment, qu'ils étaient particulièrement occupés – mais aussi et surtout pour tout ce qu'ils ont fait pour sauver des vies. Une deuxième partie abordait les risques pour le contrat et, en particulier, pour les baux. Les risques financiers étaient ensuite traités sous l'angle des procédures collectives, du droit bancaire, mais aussi des finances publiques. Enfin, la dernière partie envisageait les risques pour la démocratie et proposait une présentation sur l'analyse du risque et des communications en droit pénal, en droit public et en droit de l'Union européenne.

Ce sont ces interventions³ que vous retrouvez dans ce numéro spécial de RISEO. Qu'il me soit permis de remercier, une nouvelle fois, très sincèrement

¹ A l'initiative de Julie Mattiussi et Dariusz Piatek.

² Grâce à l'intervention de Julie Mattiussi qui, en plus de sa qualité de maître de conférences, est membre du Comité d'éthique des hôpitaux de Saint-Maurice.

³ Certaines communications ne figurent pas dans ce numéro car elles ont déjà fait ou vont faire l'objet d'une publication dans d'autres revues : M. KEIM-BAGOT, « Le Covid-19, un nouveau risque professionnel ? », *Dr. Soc.* 2020, à paraître ; N. DAMAS, « État d'urgence sanitaire et baux d'habitation », *AJDI* 2020. 353 – « Comment

l'ensemble des personnes qui ont accepté de s'enregistrer puis de publier dans cette revue du CERDACC.

Excellente lecture en formant le vœu, malheureusement bien naïf, que l'essentiel du risque Covid-19 soit désormais derrière nous. Les mots de l'écrivaine et militante indienne Arundhati Roy doivent, en tout cas, nous habiter : « *rien ne serait pire qu'un retour à la normalité* », ajoutant que la pandémie actuelle « *est un portail entre le monde d'hier et le prochain. Nous pouvons choisir d'en franchir le seuil traînant derrière nous les dépouilles de nos préjugés et de notre haine, notre cupidité, nos banques de données et nos idées défuntes, nos rivières mortes et nos ciels enfumés. Ou nous pouvons l'enjamber d'un pas léger, avec un bagage minimal, prêts à imaginer un autre monde. Et prêts à nous battre pour lui* »⁴. Car, au fond, nous ne luttons pas seulement contre un virus, mais contre un modèle de société.

délivrer congé en période d'urgence sanitaire ? », *AJDI* 2020. 360 ; B. ROLLAND, « L'incidence de la crise sanitaire au regard des procédures collectives », *Procédures* 2020, comm. 98 – « Covid-19 et droit des entreprises en difficulté », *JAC* n° 195, mars 2020. Une publication y a été, en revanche, ajoutée.

⁴ Propos tenus dans une tribune qui fera l'objet d'une parution aux éditions Gallimard et publiée dans le journal *Le Monde* du 6 avril dernier.

PARTIE I :
COVID-19 : RISQUE POUR LES PERSONNES

Covid-19 : un risque accru pour les membres de la famille ?

Isabelle CORPART

Maître de conférences en droit privé

Université de Haute Alsace, CERDACC (UR 3992)

Malgré le confinement imposé pour lutter contre la propagation du coronavirus¹, tout n'est pas arrêté et les violences intrafamiliales n'ont pas cessé, bien au contraire, car elles se sont intensifiées depuis que les familles sont confinées².

Ces violences qui affectent les membres de la famille font depuis de nombreuses années l'objet d'études et sont au cœur de lois, décrets et circulaires qui ne cessent de se multiplier³.

Pour autant, il est difficile d'agir sur le terrain pour les endiguer car ces drames humains se déroulent dans le huis-clos des foyers, sans témoins extérieurs à la famille et sans personne qui puisse alerter les autorités ou venir au secours des victimes. Les textes existent mais toute la question est de savoir comment parvenir à les mettre en œuvre et à agir efficacement.

Il n'est sans doute pas nécessaire de les revoir ou de les compléter face à la situation présente liée au Covid-19 ; toutefois les ravages que fait le confinement dans les familles nécessite de faire le point sur les actes de violence que le resserrement sur la cellule familiale décuple, en pointant les difficultés particulières que rencontrent les victimes face à cette crise sanitaire.

En effet, depuis que les déplacements sont strictement encadrés, que les écoles sont fermées, que le télétravail est préconisé, les familles doivent rester confinées puisqu'un état d'urgence a été proclamé⁴ dans le but de faire face à l'épidémie de Covid-19 et qu'il impose à chacun de rester chez soi⁵.

¹ En latin, le terme virus désigne le suc, le jus, l'humeur, le venin ou le poison, mais aussi, la mauvaise odeur, la puanteur et l'infection. Ce virus étant des plus redoutables car il peut mettre en danger l'espèce humaine, il doit être combattu au plus vite et, faute pour le moment de vaccin, le confinement devait être imposé.

² I. CORPART, « Quand l'état d'urgence lié au covid-19 touche les familles », *JAC* n° 195, mars 2020 ; M. LAMARCHE, « Le droit de la famille à l'épreuve du confinement », *Dr. fam.* 2020, focus 40.

³ Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences faites en famille, *JORF* n° 0302, 29 décembre 2020 : I. CORPART, « Pour une famille, véritable havre de paix, de nouveaux renforcements de la lutte contre les violences conjugales », *Lexbase, éd. priv.*, n° 809, 2020 et circulaire JUSD2002214C du 28 janvier 2020, *BOMJ* compl. n° 2020-01.

⁴ A. LEVADE, « État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception », *JCP G* 2020. 613.

⁵ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF*, n° 0072, 24 mars 2020 et Décret n° 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, *JORF*, n° 0072, 24 mars 2020.

Ces violences au sein du couple n'ont rien à voir *a priori* avec les conflits conjugaux car il s'agit de rapports de force asymétriques, le dominant tentant de maintenir le dominé sous son emprise. Néanmoins au bout de plusieurs longues semaines, l'issue de ces conflits peut avoir amené les couples à se retrouver aux prises avec la violence.

De même, les violences éducatives qui sont désormais interdites⁶, sont tout autre chose que les maltraitances à enfant ; néanmoins, les pratiques éducatives de certains parents ont été mises à rude épreuve pendant ce temps d'isolement et quelques familles ont peut-être basculé dans une véritable maltraitance. Beaucoup d'enfants sont, en effet, pointés comme victimes du Covid-19 car ils sont aux prises de parents qui les mettent en danger ou sont confrontés aux violences conjugales.

Des cas de maltraitance à personnes âgées sont aussi à déplorer. Les circonstances ont obligé certaines familles à resserrer les liens pour se confiner sous un même toit lorsque les aînés ne pouvaient pas subvenir seuls à leurs besoins. Cette vie commune forcée peut aussi avoir dégénéré en violences psychologiques ou physiques.

C'est ce sombre constat qu'il faut malheureusement faire au terme de plusieurs semaines où les familles ont été quelque peu coupées du monde et livrées à elles-mêmes (I). Pour autant, cette situation était prévisible et les autorités ont tenté de venir au secours de toutes ces victimes du confinement (II).

I) Un tragique constat : le confinement décuple les agissements violents

Si le confinement au sein de nos maisons a pour but légitime d'assurer la protection sanitaire individuelle et collective, nous savons que dans le contexte des violences conjugales, le foyer n'est pas toujours un lieu sécurisé et peut être dangereux. En raison du confinement, les risques pour les membres de la famille sont accrus dans des proportions alarmantes, les victimes prolifèrent et les chiffres explosent. Ils sont aussi aggravés par les difficultés que rencontrent les victimes. En effet l'isolement qui est imposé rend plus difficile d'une part, le signalement des violences conjugales ou intrafamiliales par les victimes elles-mêmes, cloisonnées chez elles et, d'autre part, le repérage par les tiers, ce qui amplifie encore la portée des drames familiaux liés au Covid-19.

⁶ Loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019, JORF, 11 juillet 2020 ; I. CORPART, « Fin des violences éducatives et émergence du droit de l'enfant à une éducation sans violence », *Dr. famille* 2019, étude 13.

A) La recrudescence des violences due au Covid-19

La presse relaie tous les jours des drames humains, des violences au sein des couples, des maltraitances visant les enfants, sans oublier les personnes âgées. Certains agissements peuvent être ressentis comme des violences, sans être voulus... Ainsi, des enfants ont parfois laissé leurs parents âgés à l'abandon car le confinement les a empêchés de venir à leur secours. Il est vrai que sur les attestations de déplacement, l'assistance à une personne vulnérable fait partie des motifs familiaux impérieux, mais les distances ou la maladie ont pu nuire au maintien des liens. Le confinement peut aussi provoquer un grand sentiment de solitude pour les personnes déjà fragilisées. Des enfants ont pu aussi être privés de l'un de leurs parents ne pouvant pas exercer son droit de visite et d'hébergement parce qu'il est confiné trop loin, malade ou réquisitionné par son employeur⁷.

D'autres situations sont vraiment inquiétantes. On constate qu'un piège se referme sur les personnes violentées dans la mesure où, par la force des choses, elles sont cloîtrées dans leur foyer. Le confinement accentue le risque d'être victime d'injures, de coups et de viols⁸ car un huis clos, contraint et forcé entraîne forcément un regain de tensions, aussi les cycles de violences sont-ils appelés à s'accroître.

Selon Isabelle Rome, magistrat, Haut fonctionnaire à l'égalité femmes-hommes, depuis le confinement, « *les interventions des forces de l'ordre en raison de violences intrafamiliales ont augmenté d'un tiers environ* »⁹.

Il s'agit bien sûr des violences au sein des couples mais les mesures de confinement, indispensables à l'endiguement de l'épidémie de Covid-19, exposent aussi les mineurs aux violences intrafamiliales et conjugales de façon plus importante. Le temps passé en vase clos exacerbe les tensions familiales et les conflits, mettant les parents en difficulté quant à leurs pratiques éducatives. Il suffit de peu pour que ces relations explosent car la peur, la maladie, la fatigue, la précarité ou la privation de liberté exacerbent effectivement les tensions.

⁷ I. CORPART, « Le Covid-19 et les problèmes posés par le confinement pour les parents séparés », *RJPF* 2020-5/25 ; C. DENOIT-BENTEUX, « Les principes applicables à l'exercice de l'autorité parentale » in « Covid-19 : les éclairages du droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2020, étude 15.

⁸ L'IVG reste possible pendant la période de confinement Covid. La plupart des centres d'IVG sont ouverts et proposent des téléconsultations (appeler le 0800081111 ou consulter <https://www.ivglesadresses.org/>) pour avoir un contact rapide avec un centre). Par ailleurs, la Haute autorité de santé autorise l'accès à l'IVG médicamenteuse à domicile jusqu'à neuf semaines.

⁹ F. CREUX-THOMAS, « Les interventions des forces de l'ordre en raison des violences intra-familiales ont augmenté d'un tiers environ » ; 3 questions à I. ROME, *JCP G* 2020.727.

Là encore, ce confinement peut se révéler comme étant un piège « mortel »¹⁰. Depuis le 17 mars 2020, premier jour du cloisonnement, s'ils sont enfermés avec leurs parents violents¹¹, les enfants victimes de violences physiques, sexuelles ou psychologiques et de maltraitances sont exposés à de réels dangers, ce dont attestent une augmentation massive des appels auprès du 119, numéro national ou auprès des associations et, malheureusement, le décès d'un enfant de six ans sous les coups de son père le 27 mars 2020¹².

Même si chacun a conscience des risques encourus par des personnes vulnérables au sein des foyers, la crise sanitaire complique véritablement le travail des équipes sur le terrain.

B) Les difficultés rencontrées par les victimes en raison du confinement lié au Covid-19

Il est plus difficile en ce moment de venir en aide aux victimes.

D'abord, les tribunaux sont moins accessibles. En effet, les palais de justice ont été fermés à compter du 16 mars 2020 et des plans de continuation d'activité ont été élaborés pour chacun des services¹³. À partir du déconfinement, les choses ne seront pas forcément plus aisées en raison du nombre de procédures en attente. Il faut espérer que les juridictions disposeront des moyens nécessaires pour mener à bien leurs missions.

Ensuite, la promiscuité complique considérablement les choses car comment faire alors des signalements. Les victimes confinées - des femmes pour l'essentiel - ont moins de possibilités que d'habitude de sortir de chez elles, d'échanger avec des proches et de donner l'alerte, aussi les dangers sont-ils démultipliés.

Ne quittant guère la maison, les victimes ne peuvent pas rencontrer non plus leur médecin et, durant la pandémie, nombreuses sont celles qui ont cessé de se faire connaître pour ne pas déranger leur praticien. C'est regrettable car le médecin est souvent leur premier interlocuteur et il joue un rôle primordial dans la chaîne de lutte contre les violences (dépistage, constat des lésions, rédaction du certificat médical). Il est là aussi en temps normal pour leur donner des conseils et les orienter, toutefois mobilisé par les malades du Covid-19, sa disponibilité est en ce moment plus réduite qu'à l'accoutumée.

De plus, confinement peut rimer avec abus de faiblesse et tentation de captation d'héritage quand des personnes vulnérables et fragiles car âgées, en fin de vie ou gravement atteintes du Covid-19, se retrouvent aux prises avec des proches

¹⁰ En ce sens, question posée au secrétaire d'État auprès du ministre des Solidarités et de la Santé par C. CUKIERMAN, sénatrice, *JO Sénat*, 9 avril 2020.

¹¹ I. CORPART, « La délicate protection de l'enfance à l'heure du coronavirus », *RJPF* 2020-5/26.

¹² Seine-Saint-Denis : le garçon de 6 ans battu par son père est mort, *Le Figaro*, 30 mars 2020.

¹³ L. CADIET, « Un état d'exception pour la procédure civile à l'épreuve du coronavirus », *JCP G* 2020. 754.

malveillants. Ces derniers peuvent notamment tenter de leur faire rédiger de force un testament¹⁴.

Enfin, la fermeture des écoles est un autre facteur de difficulté : comment continuer de prévenir et de repérer les violences infantiles alors même que l'école, premier échelon d'informations et de signalements, a fermé ses portes¹⁵? Elle a aussi contribué à amplifier les problèmes car, privés de vie scolaire et d'activités extrascolaires, les jeunes victimes ne peuvent ni s'extraire du milieu familial dangereux, ni se confier à des tiers. On mesure à quel point l'école peut être pour les mineurs un refuge, un moment de répit et surtout un lieu où leur parole peut être entendue et recueillie¹⁶. En ce moment, on ne peut dès lors compter que sur les voisins, sauf si les enfants sont assez courageux pour se saisir du téléphone familial.

Assurément, avec le confinement, le repérage de toutes les victimes est bien délicat. Pour autant, selon les forces de l'ordre, les signalements de police et de gendarmerie ont augmenté (hausse de plus de 30 %). Cependant, dans le même temps, il y a six fois moins d'appels au numéro d'urgence 3919. On peut en déduire qu'il y a plus de violences intrafamiliales mais qu'elles sont plus difficiles à signaler¹⁷.

En effet, pour les violences conjugales, plusieurs associations signalent avec inquiétude une baisse du rythme quotidien des appels, qui pourrait s'expliquer par l'impossibilité dans laquelle se trouvent les victimes, sous surveillance constante, de demander de l'aide : « *Pour l'instant, on a peu de contacts, certaines femmes nous téléphonent quand monsieur sort, va promener son chien, mais, sinon, c'est compliqué pour elles de parvenir à nous joindre... De notre côté on n'ose pas appeler celles qu'on suit habituellement, de peur de prendre le risque de les exposer davantage* ». ¹⁸

Le confinement perturbe aussi le suivi des enfants victimes. L'intervention préventive des travailleurs sociaux ou des éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) est habituellement possible par l'intermédiaire de l'école et des services sociaux. Une fois les enfants repérés, leur prise en charge passe par un accompagnement éducatif en milieu ouvert ou par des mesures d'aide sociale

¹⁴ G. DROUOT, « De quelques règles successorales ayant trait à la maladie », *RJPF* 2020-5/32.

¹⁵ J.-P. ROSENCZVEIG, « L'école participe de la protection de l'enfance maltraitée », *ASH*, 22 avril 2020.

¹⁶ En matière de maltraitances d'enfants, le personnel enseignant fait partie des principaux fournisseurs des cellules de recueil des informations préoccupantes (CRIP).

¹⁷ Entretien avec N. BELLOUBET, ministre de la Justice, et M. SCHIAPPA, Secrétaire d'État à l'Égalité entre les hommes et les femmes, *Ouest-France*, 1^{er} avril 2020.

¹⁸ « Confinement et recrudescence des violences », *Le Monde*, 25 mars 2020.

à l'enfance (ASE) mais le confinement met en danger de nombreux enfants dont le suivi n'est plus effectué correctement.

En effet, si des professionnels continuent de se rendre sur place avec des masques et en prenant les précautions-barrières nécessaires, les déplacements étant limités, l'essentiel du travail s'effectue par contact téléphonique. Cette forme d'accompagnement restreint considérablement la possibilité d'entrer en contact de façon personnalisée avec les intéressés. N'intervenant pas sur le terrain, les éducateurs ont moins de chances de repérer les dysfonctionnements et les situations à risque¹⁹.

De nombreux mineurs sont accompagnés en milieu ouvert. Confinés à la maison, ils ne sont pas tous en danger au sein de leurs familles, cependant, la communication est entravée. La relation téléphonique peut certes révéler l'ambiance qui règne à la maison, faire entendre des cris et des propos inquiétants, mais elle instaure une distanciation entre l'auteur des faits et son interlocuteur qui devrait être en mesure d'apprécier la situation. En temps normal, il est déjà souvent facile pour les parents maltraitants de camoufler la réalité lors des visites du travailleur social, alors par téléphone, voire *Skype*, le travailleur social n'est pas en mesure de suivre efficacement le mineur. Il y a vraiment de quoi être inquiet de l'effectivité et de la qualité des mesures de soutien en cours à la mi-mars.

Pour les mineurs retirés à leurs familles et placés, la situation est encore plus délicate dans la mesure où des foyers ont été fermés, car ils ne permettaient pas de protéger la santé des enfants et du personnel. Certains d'entre eux sont retournés au domicile familial (avec les risques que l'on peut craindre), d'autres ont été réorientés vers des foyers encore ouverts. Pour ceux maintenus en foyer, c'est la suspension des droits de visite et d'hébergement qui peut aussi poser problème et la fermeture des espaces de rencontre pour les visites médiatisées, tout cela risquant de faire réapparaître d'inquiétants troubles du comportement chez les enfants.

Ces mesures d'action éducative en milieu ouvert (AEMO) ou ces retraits ont toutefois été pris en compte par l'ordonnance du 25 mars²⁰ prévoyant de les maintenir, même si la durée pour laquelle elles étaient prévues est écoulée, tant qu'il sera impossible de revoir le dispositif²¹, le magistrat pouvant même prolonger une mesure éducative sans entendre les parties.

¹⁹ C. SULLI, « Covid-19 : Les mineurs doivent être entendus », *LPA* 2020, n° 153q1, p. 3.

²⁰ 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, *JORF*, n° 0076, 26 mars 2020.

²¹ Jusqu'à un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire : Circulaire du 26 mars 2020, NOR : JUSC2 2008609C, *BOMJ compl.* 27 mars 2020.

Cette situation est alarmante et il faut y remédier mais le système de protection a des failles, encore plus visibles, alors qu'il est essentiel de lutter aussi contre une épidémie déferlante.

II) Une réponse attendue de toute urgence : améliorer la prise en charge des victimes du confinement

La situation de confinement que nous avons vécue appelle à la mise en œuvre de dispositifs et de pratiques professionnelles inédites, en vue d'assurer, durant la pandémie, la protection des personnes les plus fragiles. Le dispositif de lutte s'attache d'abord aux mesures qui permettent de prévenir les violences ou d'éviter des dénouements tragiques et il est primordial de rappeler aux victimes quelles sont les ressources dont elles disposent. Il faut ensuite multiplier les moyens qui permettent de les accompagner, en favorisant ceux qui cadrent le mieux avec le confinement imposé par l'état d'urgence.

A) Renforcement de la communication autour des numéros d'urgence durant le confinement

En période d'urgence, il faut privilégier les dispositifs les plus faciles à utiliser et, à ce titre, le Gouvernement diffuse régulièrement des campagnes de sensibilisation aux violences en vue de promouvoir les numéros d'urgence qui, malgré la crise, continuent d'être joignables 24h/24 et 7j/7.

Il est ainsi rappelé que les victimes de violences conjugales peuvent contacter le 3919 (numéro gratuit ouvert 7j/7 - 24h/24) pour une information ou une orientation, sachant que ce numéro répond aussi aux questions et aux interrogations des témoins.

Cependant, pour tout cas de danger grave et immédiat, avec nécessité d'une intervention sur place, il convient de contacter les services de première urgence : les services de police ou de gendarmerie (17 ou 112), les pompiers (18 ou 112) ou le Samu (15). Ces services restent mobilisés pour ces situations d'urgence. Encore faut-il que l'accueil des victimes dans les commissariats et les gendarmeries soit adapté aux problèmes particuliers dus au confinement²².

D'autres voies sont encore offertes, notamment donner l'alerte sur la plateforme arretonslesviolences.gouv.fr. Mise en place par le gouvernement (active

²² Depuis le Grenelle des violences conjugales, un appréciable travail a été fait pour mettre les femmes à l'abri et, en complément, la formation des forces de l'ordre a été accrue (120 heures contre les violences sexistes et sexuelles).

7j/7 – 24h/24), elle permet de dialoguer avec des forces de l'ordre formées aux violences sexistes et sexuelles de manière anonyme et sécurisée et ce canal est à privilégier²³.

Une application mobile *App'elles*, gratuite et disponible sur *GooglePlay* et *AppleStore* a aussi fait ses preuves car elle permet de lancer des alertes en toute discrétion, de joindre les services d'urgence et elle délivre d'utiles informations. Il est ainsi possible de déclencher discrètement un appel vers les téléphones de trois proches de confiance préenregistrés ou vers le 112 et le 114. Elle permet aussi de géo-localiser l'interlocuteur et de diffuser les conversations, les bruits ou les cris si la victime est dans l'incapacité de communiquer.

Les victimes de violences intrafamiliales peuvent aussi donner l'alerte *via* un SMS adressé au 114 (numéro d'appel d'urgence pour les sourds et malentendants)

Quant au 115, autre numéro gratuit, il oriente les victimes vers des centres d'hébergements d'urgence.

En outre, un accueil téléphonique des victimes a été mis en place par toutes les associations d'aide aux victimes, partenaires du ministère de la Justice, *via* le 116 006 et les centres d'information sur les droits des femmes et des familles (CIDFF) continuent d'assurer leurs missions de prise en charge et de conseil. Certes les rendez-vous psychologiques et juridiques sont annulés en présentiel, mais, d'une part, les centres restent joignables par mail et/ou par téléphone et, d'autre part, leurs lieux d'accueil d'urgence restent accessibles, sachant que les centres s'efforcent de maintenir au mieux les liens avec les victimes, notamment si elles ne peuvent pas téléphoner²⁴.

De même, pour briser l'isolement des enfants, il faut les encourager à utiliser les numéros d'alerte. Toutefois, pour les informer, il faut en ce moment multiplier les canaux d'information car l'affichage habituel dans tous les lieux recevant du public n'est pas un moyen efficace en période de confinement.

Plus que jamais il faut joindre le numéro *Allo enfance en danger*, à savoir le 119, numéro dédié à la prévention et à la protection des enfants en danger ou en risque de l'être (ouvert 7j/7 - 24h/24). L'appel est gratuit depuis tous les téléphones et il n'apparaît sur aucun relevé téléphonique²⁵. Les victimes sont appelées à le composer mais aussi et surtout, les témoins, même auditifs et même en cas de doute, car cela sera peut-être la seule chance de venir au

²³ Des associations sont aussi très actives. Ainsi, l'association *En Avant Toute(s)* tient un tchat anonyme et sécurisé sur son site *commentonsaime.fr*, animé par des professionnelles.

²⁴ Dans le Gard, les horaires de la ligne téléphonique du CIDFF ont été élargis, et une adresse mail a été créée et relayée sur la page Facebook du CIDFF, pour proposer aux femmes d'écrire : *Le Monde*, préc.

²⁵ On peut aussi contacter nombre d'associations de protection de l'enfance, notamment La Voix De l'Enfant (01 56 96 03 00), L'enfant Bleu – Enfants maltraités (01 56 56 62 62), Colosse aux pieds d'argile (07 50 85 47 10), Stop maltraitance / Enfance et Partage (0 800 05 1234).

secours des enfants. Chacun est invité à redoubler de vigilance pendant cette période.

Il faut encourager les victimes à se faire connaître et les témoins à faire appel aux autorités car cela permet de mettre en œuvre le dispositif de protection.

On notera que, malgré les retombées du confinement sur les services judiciaires, les acteurs de la justice et de l'aide aux victimes restent mobilisés pour traiter prioritairement ces violences et protéger les victimes. En effet, des décisions continuent d'être rendues pour faire juger les crimes pour violence, obtenir des ordonnances de protection, prononcer des retraits d'enfants, etc.

Les actes urgents ont vocation à être maintenus, malgré la crise ; or sont considérés comme urgents en matière judiciaire, le traitement au pénal des infractions commises dans la sphère familiale (essentiellement des violences) et au civil, les décisions assurant la protection des victimes de violences intrafamiliales. Le traitement judiciaire de ces violences est jugé prioritaire et il entre dans les contentieux essentiels, traités par les juridictions dans le cadre des plans de continuation d'activité qu'elles ont mis en œuvre en raison de la crise sanitaire²⁶.

En tout état de cause, l'accueil des victimes est maintenu. Les ordonnances de protection doivent notamment être traitées au plus vite pour mettre en place l'interdiction pour l'auteur des faits d'entrer en contact avec sa victime et l'éviction du domicile familial afin de faire cesser la cohabitation devenue particulièrement dangereuse avec le confinement.

B) Recherche de nouveaux modes de protection durant le confinement

Le confinement est un terreau fertile pour les violences conjugales. Le gouvernement doit adapter ses réponses pour lutter contre ces violences, mais il n'y a pas de solution miracle. L'emprise sur les victimes est telle qu'elle annihile toute possibilité de réaction.

La période de confinement a vu les violences intrafamiliales exploser de plus de 30 %²⁷, toutefois, faute de plaintes déposées par les victimes, il n'y a pas eu de hausse significative des procédures de violences intrafamiliales. Comment aider les victimes à se faire connaître et protéger ?

S'il faut venir rapidement au secours des victimes, il faut également veiller à ne pas mettre en péril la santé du personnel judiciaire aussi, grâce aux règles

²⁶ F. CREUX-THOMAS, 3 questions à I. ROME, préc.

²⁷ N. LEVRAY, « Stop aux féminicides : pendant le confinement, la lutte continue », *Gazette santé social*, 30 avril 2020.

procédurales, prises sur la base de la loi du 23 mars 2020, les audiences d'ordonnances de protection peuvent se tenir en visio-conférence ou par communication téléphonique. Ensuite, le dispositif des décisions peut aussi être communiqué par tout moyen, y compris par téléphone lorsque le justiciable n'a pas d'avocat.

Une fois le signalement fait, il est impérieux, plus que jamais, de garantir après-coup la sécurité des victimes. Elles peuvent encore moins qu'à l'accoutumée s'isoler pour faire connaître leur situation aux autorités et elles risquent de subir immédiatement les retombées de leur appel téléphonique.

Ainsi, dans les hypothèses où l'éviction du conjoint violent est prononcée, les téléphones, grave danger, sont fort appréciables car ils permettent de rassurer et de sécuriser la victime (voir aussi l'utilité des bracelets anti-rapprochements) et, en ces temps de confinement imposé, ils ne cessent d'être distribués.

De plus, pour venir assurer la protection des victimes sur le long terme, les textes pris dans ce contexte de crise sanitaire autorisent la prolongation des ordonnances de protection prises précédemment²⁸ et qui étaient arrivées à leur terme (six mois en principe : C. civ., art. 515-12).

Ensuite, pour tenter d'endiguer les violences conjugales, des efforts sont faits pour accompagner les auteurs de violences. Lançant l'opération « *Ne frappez pas* », la délégation aux droits des femmes a ainsi appelé les médias à relayer massivement le numéro d'écoute destiné à éviter le passage à l'acte des auteurs de violences²⁹. Le confinement, qui vient percuter l'histoire de tous les couples, a mis en évidence l'intérêt de l'accompagnement des auteurs de violences comme outil de prévention car, écouter les hommes qui se sentent au bord du passage à l'acte, peut prévenir ou éviter les violences.

La mobilisation a aussi été renforcée en ces temps particuliers. À circonstances exceptionnelles, mobilisation exceptionnelle, aussi les Ministères de la Justice et de l'Intérieur ont renouvelé certaines mesures pour mieux les adapter au confinement³⁰.

Les pharmaciens sont ainsi devenus un nouveau relais de proximité pour que les victimes soient mises à l'abri rapidement et pour favoriser la révélation des faits de violences conjugales ou intrafamiliales. Grâce à ce dispositif de signalement lancé par le ministère de l'Intérieur auprès des pharmacies, il suffit de prononcer

²⁸ Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, *JORF* n° 0074, 26 mars 2020.

²⁹ Communiqué du 21 avril 2020. Un numéro d'urgence a aussi été mis en place le 6 avril 2020 par la Fédération nationale d'accompagnement des auteurs de violences (FNACAV), afin de proposer aux conjoints violents une écoute adaptée en vue de prévenir les violences au sein du couple (08 019 019 11, ligne ouverte du lundi au dimanche, de 9 h à 19 h).

³⁰ 3 questions à I. ROME, préc. ; *adde* E. FILS, « Si nous voulons l'égalité et la fin des violences, il faut que le droit passe », 3 questions à V. BORGIA, *JCP G* 2020. 284.

le code « *Masque 19* » au pharmacien pour que celui-ci appelle les forces de l'ordre.

Des points d'accueil éphémères d'accompagnement, d'écoute et d'orientation ont aussi été mis en place à l'entrée de certains supermarchés et d'hypermarchés³¹. En allant faire leurs courses dans les centres commerciaux ou dans les pharmacies, les victimes trouveront une oreille attentive et un accès à leurs droits.

En outre, aucune mise en sécurité des victimes n'étant possible sans organiser la décohabitation entre l'agresseur et la victime, le Gouvernement a également annoncé financer 20 000 nuitées d'hôtel supplémentaires pour augmenter les offres d'hébergement et permettre aux victimes de partir de chez elles ou d'ordonner l'éviction des auteurs. Parallèlement, pour que les auteurs de ces agissements répréhensibles quittent le foyer, une plateforme de logements pour l'éviction des violences conjugales a été mise en place³² et elle est à la disposition des procureurs pendant la période du confinement pour leur permettre de trouver des solutions immédiates.

L'ensemble des mesures prises pour le repérage et le signalement des femmes victimes de violences (114, points de signalement dans les pharmacies et dans les centres commerciaux) et pour leur protection (maintien des audiences pour les ordonnances de protection) sont à encourager. Toutefois il faut que les associations aient les moyens de répondre à la hausse des signalements et d'accompagner les victimes, alors qu'elles étaient déjà en saturation. Les associations ont et auront besoin de moyens pour continuer leurs missions (ainsi la Fondation des femmes a lancé une collecte d'urgence sur son site *fondationdesfemmes.org*). Toutes les bonnes volontés sont bienvenues et on peut saluer l'action menée par la Fédération nationale solidarité femmes (dispositif *#ToutesSolidaires*)³³. Grâce à un appel à la générosité publique et aux dons, des fonds sont réunis pour héberger temporairement des femmes victimes de violences et leurs enfants, leur apporter des biens de première nécessité et de quoi se meubler selon leurs besoins (par exemple des lits bébés, ordinateurs, téléphone) et de se nourrir.

Dans le même ordre d'idées, il apparaît que dans cette période fortement anxiogène, l'isolement des familles a supprimé des exutoires et des soupapes de

³¹ Annonce de la secrétaire d'État, Marlène SCHIAPPA, *Le Parisien*, 28 mars 2020.

³² *Ouest-France*, 1^e avril 2020.

³³ E. FILS, « Plusieurs solutions existent, mais le plus difficile est de franchir les murs des femmes victimes », 3 questions à A.-C. MAILFERT, *JCP G* 2020. 474.

décompression, alors que dans le même temps devoir faire l'école à la maison peut exacerber les tensions familiales.

Ces parents ont besoin d'aide, d'accompagnement, d'écoute et de conseils³⁴. De nombreuses plateformes de soutien à la parentalité et des lignes d'écoute ont été mises en place ; parallèlement des fonds ont été mobilisés par Adrien Taquet, secrétaire d'État en charge de la protection de l'enfance, pour assurer leur financement ainsi que celui des supports de communication requis en vue de les faire connaître et de développer des programmes de guidance parentale (démonstrations vidéo de comportements et d'activité).

Les services de médiation familiale peuvent encore utilement être recommandés aux familles. Certes, l'utilisation de la visioconférence n'est pas idéale, mais faute de mieux, elle permet de faire baisser les tensions en offrant un espace de parole.

Dans le cadre du suivi des mineurs, l'état d'urgence a aussi conduit le gouvernement à prendre de nouvelles mesures dans l'ordonnance du 25 mars 2020³⁵. Il est ainsi prévu que, si une mesure d'assistance éducative expire pendant la période d'état d'urgence sanitaire, le juge peut mettre fin à l'assistance éducative par une décision motivée, sur simple rapport du service éducatif, sans audition des parties. Pourtant, en matière d'assistance éducative, le fait que l'enfant soit entendu constitue un principe fondamental et cette disposition est discutable, d'autant que l'on aurait pu exploiter la visioconférence³⁶. À l'inverse, des mesures d'assistance éducative, de placement ou de suivis en milieu ouvert venant à échéance peuvent être prorogées (9 mois pour un placement, 12 mois pour un suivi en milieu ouvert). Les juges des enfants pourront renouveler les mesures éducatives sans convoquer la famille, pourvu que cette reconduction soit proposée par le service et validée par l'accord écrit d'un parent au moins, en l'absence d'opposition écrite de l'autre parent. Il faudra toutefois contacter les parents, ce qui pose problème tant que les professionnels sont invités à limiter leurs déplacements.

Le cas particulier des mineurs non accompagnés a aussi été évoqué. Dans une lettre du 21 mars, le secrétaire d'État en charge de la Protection de l'enfance a estimé que « *priorité doit être donné à la mise à l'abri quand bien même les*

³⁴ Développement de lignes d'écoute : Les Pâtes au Beurre (écoute et dialogue pour les parents), Enfant Présent (bien-être de l'enfant), SOS Parentalité (réassurance contre les inquiétudes), Enfance et Covid (grossesse, naissance, école à la maison), Apprentis d'Auteuil (décrochage et mal-être chez les ados), Enfance et Partage (soutien aux parents de bébés), Psychologues Sans Frontières (entretiens psychologiques en français et en anglais) et E-Enfance (protection de l'enfance contre le cyber harcèlement).

³⁵ Ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, *JORF* n° 0074, 26 mars 2020.

³⁶ Certes, la circulaire JUSC2008608C du 26 mars 2020 précise que l'enfant sera entendu, mais sans dire comment, ni dans quelles circonstances.

conditions d'évaluation de la minorité sont perturbées »³⁷. L'intention est louable car le confinement complique toutes les procédures, seulement tous les départements n'adoptent pas la même position et ces préconisations ne sont pas toujours suivies d'effet.

Pour en revenir à la sphère familiale, le confinement cristallise les conflits, voire accentue les violences domestiques et on peut penser que de nombreuses demandes en divorce seront introduites. Sans doute des retraits d'enfants de leur famille auront aussi dû être prononcés, sachant que cela peut être la seule solution pour certains de les sauvegarder.

Pour les victimes de violences conjugales et les enfants maltraités, le déconfinement est un soulagement et il faudrait pouvoir repérer rapidement quels enfants ont besoin de l'école aussi comme service social.

Ce temps de confinement doit à présent porter ses fruits. Personne n'avait à ce jour suivi de stage de gestion de crise intrafamiliale avant le confinement et les familles ont dû inventer elles-mêmes un *modus vivendi*.

Pour aller plus loin et tirer les enseignements de cette crise, Marlène Schiappa, secrétaire d'État à l'égalité femmes-hommes a confié une mission à Élisabeth Moiron-Braud, magistrat, secrétaire général de la mission interministérielle de protection des femmes (Miprof) pour mieux quantifier ces violences³⁸. Il serait pertinent, en effet, de préparer un plan à mettre rapidement en place si la France devait être confrontée à une nouvelle pandémie ou à d'autres circonstances obligeant les familles à se confiner.

³⁷ L'Observatoire de l'état d'urgence sanitaire et du confinement, mis en place par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) recommande « *la mise à l'abri et l'octroi d'un hébergement pendant le confinement* », CNCDH, lettre de l'observatoire n° 2, 15 avril 2020.

³⁸ *Ouest-France*, 1^{er} avril 2020.

Covid-19 : un risque pour les droits des patients

Julie MATTIUSI

Maîtresse de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

La Covid est une menace planétaire pour la santé des êtres humains, mais elle représente aussi un risque pour leurs droits. Urgence et nombre anormalement élevé de malades dans un temps restreint entraînent une nécessité de réaménager les sociétés à tous les niveaux en sacrifiant au passage une poignée de droits et libertés sur l'autel de la sécurité. En particulier en tant que patients et patientes, les malades de la Covid sont pris en charge dans un contexte particulier où les soignants et soignantes doivent, bien sûr, soigner, mais aussi se faire juristes, éthiciens, philosophes, *managers* et même politiciens lorsqu'émergent des désaccords entre les professionnels sur les protocoles à mettre en place. Ce grand bouleversement, auquel personne n'a échappé, mais que les patients, patientes et soignants, soignantes ont vécu de plein fouet, nous proposons de l'étudier à travers la question emblématique de l'égal accès aux soins pour les patients Covid+ dans un contexte de saturation des établissements de santé et en particulier des services chargés de patients positifs au SARS-CoV-2.

L'égal accès au soin est un objectif constitutionnel qui découle de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹. On retrouve cette objectif d'égalité de chacun et chacune dans l'accès aux soins au frontispice du Code de la santé publique², mais également dans divers textes internationaux et notamment dans la Convention d'Oviedo sur les droits de l'Homme et la biomédecine de 1997, qui dispose que les États membres « *prennent, compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles, les mesures appropriées en vue d'assurer, dans leur sphère de juridiction, un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée* »³.

Cet équilibre fragile entre égal accès aux soins et ressources sanitaires est au cœur de la crise Covid-19. Dans le contexte d'une pandémie comme celle que nous connaissons aujourd'hui, un réaménagement des services et matériels a été nécessaire au sein de chaque établissement de santé pour faire face à

¹ Cons. const., 16 janv. 1991, n° 90-287 DC.

² C. sant. publ., art. L1110-1.

³ V. aussi art. 14, Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 2005.

l'urgence et à l'arrivée massive de patients et patientes dans les hôpitaux. S'agissant des patients et patientes positifs au Covid-19, les questions cruciales sont les suivantes : qui intégrera les unités spécialisées Covid ? Qui seront les patients et patientes orientés dans les services de réanimation les plus proches ? Lesquels seront transférés dans des services hospitaliers plus lointains ?

En la matière, les questions sont médicales et éthiques plutôt que juridiques. Les juristes peuvent toutefois fournir quelques points de repères quant à la légalité des choix réalisés. Pour cela, il faut distinguer l'indication médicale, qui est légale et inhérente à la pratique médicale (I), de l'adaptation exceptionnelle des services à la pandémie, qui suppose de tolérer des dégradations du traitement des malades pour garantir à tous le meilleur accès au soin (II) et surtout de la discrimination, qui est bien sûre illégale (III).

I) L'indication médicale : une exigence inhérente au soin

En vertu de l'article L1110-5 du Code de la santé publique, les médecins sont tenus de veiller à ce que les actes de prévention, d'investigation ou de traitements qu'ils prescrivent ne constituent pas pour les patients un risque supérieur au bénéfice escompté⁴. C'est l'expression du rapport entre le bénéfice et les risques pour la santé des patients et patientes qui guide les soignants et soignantes en charge de prendre une décision médicale.

Le rapport bénéfice-risque permet de choisir le traitement adapté, mais aussi de laisser de côté le traitement qui comporterait des inconvénients supérieurs aux bénéfices escomptés pour les patients. C'est ainsi que les soins de réanimations, qui sont des soins très invasifs pouvant être difficiles à supporter, sont parfois proscrits pour des patients dont l'état de santé est très précaire, notamment pour les plus âgés⁵. Le caractère néfaste de ces soins, et plus généralement de l'hospitalisation, pour les plus anciens, n'est toutefois pas systématiquement avéré. Une fiche destinée aux agences régionales de santé rappelle d'ailleurs que « *les personnes âgées suspectes d'infection Covid-19 mettant en jeu leur pronostic vital mais pour lesquelles l'hospitalisation représente un bénéfice réel* » doivent être hospitalisées⁶.

⁴ V. aussi C. sant. publ., art. R4127-40.

⁵ Société de Réanimation de Langue Française (SRLF), « Critères d'admission et modalités de prise en charge en réanimation en contexte pandémique », 9 avril 2020 [<https://www.srlf.org/wp-content/uploads/2020/04/20200410-Reco-Ethique-SRLF.pdf>], § 5.

⁶ Fiche ARS « Stratégie de prise en charge des personnes âgées en établissement et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de Covid-19 », 30 mars 2020, p. 5.

L'indication médicale relève donc d'une démarche conforme à la déontologie médicale et à la loi. Elle ne remet pas en cause l'accès au meilleur soin ; bien au contraire, elle y participe. Il faut toutefois bien admettre qu'à l'heure actuelle elle s'exerce de façon dégradée.

II) L'adaptation médicale : une réalité inévitable en temps de crise

La pandémie est une situation exceptionnelle à laquelle il est impératif de réagir rapidement pour réorganiser et adapter les services de soins. C'est tout l'objet des plans blancs⁷ et ORSAN⁸, plans d'actions visant, respectivement pour les établissements de santé et pour l'État, à anticiper l'organisation du système de santé en cas d'afflux massif de patients.

Dans le cadre de la pandémie de Covid-19, ces plans ont permis de mettre en place en un temps record des services d'urgences spécifiques ainsi que des unités spécialisées pour la prise en charge des patients et patientes infectés. L'objectif était de maintenir un niveau élevé de qualité dans la prise en charge. Il est toutefois possible de schématiser en distinguant trois modes de fonctionnement plus ou moins dégradés selon le niveau de saturation dans ce type de situation.

Au premier niveau, la situation quant à l'état de santé des patients, leur nombre et la circulation du virus dans une zone donnée permet d'accueillir tous les patients et patientes infectés et de leur proposer les mêmes soins que ceux qui leur auraient été proposés hors pandémie. L'accès au soin reste donc guidé selon la seule indication médicale pour ces patients.

Au deuxième niveau, la situation sanitaire oblige les services à libérer des lits plus vite qu'ils ne l'auraient fait en temps normal. Cela consiste soit à faire sortir les patients et patientes un peu plus tôt et à privilégier l'ambulatoire, soit à les transférer dans une autre région, voire dans un autre pays. Il faut alors choisir qui prend le risque du transfert ou d'une sortie prématurée du service⁹.

⁷ C. sant. publ, art. L3131-7, anc. C. sant. publ. L3110-7, issu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004, p. 14277 ; v. le guide méthodologique à disposition des établissements pour les aider dans l'élaboration de leur plan blanc « Plan blanc et gestion de crise – Guide d'aide à l'élaboration des plans blancs élargis et des plans blancs des établissements de santé », 2006, annexe à la circulaire n° DHOS/CGR/2006/401 du 14 sept. 2006.

⁸ Instruction n° DGS/DUS/SGMAS/2014/153 du 15 mai 2014 relative à la préparation du système de santé à la gestion des situations sanitaires exceptionnelles ; plan mentionné à l'article L3131-11 du Code de la santé publique.

⁹ ARS-IDF, « Recommandations régionales Covid 19 – organisation des services des urgences », v. 2, 22 mars 2020.

Enfin, au troisième niveau, la situation sanitaire rend impossible une libération de lits. Il faut alors décider qui, parmi les patients qui auraient eu accès aux soins en temps normal, n'y aura pas accès¹⁰.

Les deuxième et troisième niveau de dégradation de l'accueil impliquent donc un inévitable choix à faire parmi des malades qui tous auraient eu un rapport bénéfice-risque favorable à recevoir un traitement donné, mais pour lesquels il n'y a pas assez de traitements, de matériels ou de lits disponibles¹¹. L'exemple topique est celui des services de réanimation : en cas de saturation, il faut choisir parmi des patients et patientes qui, tous et toutes, en temps normal, se seraient vu indiquer une réanimation.

Y a-t-il une atteinte à l'égal accès aux soins de la part des établissements publics, et donc de l'État, pour ne pas avoir fourni les moyens nécessaires à la protection de la santé des citoyens ? La question devra être posée, mais la caractérisation d'une atteinte est très incertaine dès lors que le Conseil constitutionnel concilie classiquement l'objectif d'égal accès aux soins avec celui d'une politique de maîtrise des dépenses de santé¹².

Pourrait-il y avoir atteinte à l'égal accès aux soins de la part des médecins ? Le fait d'avoir dû faire un choix contraint par le manque de moyens n'est bien sûr pas une faute détachable du service de nature à engager la responsabilité personnelle des soignants. Mais la façon dont le choix est effectué, celui-ci peut ou non être constitutif d'une discrimination prohibée.

¹⁰ E. MARI et F. MÉRÉO, « Coronavirus : "il va falloir choisir" entre les malades, admettent les soignants », *Le Parisien*, 17 mars 2020.

¹¹ Le flou entre cette situation dégradée imposant de priver de soins une population qui y aurait eu accès en temps normal et l'indication médicale, qui consiste à ne pas imposer à un individu un traitement qui lui serait défavorable, est entretenu par certains documents à destination des professionnels comme les recommandations professionnelles multidisciplinaires intitulées « Aspects éthiques et stratégiques de l'accès aux soins de réanimation et autres soins critiques (SC) en contexte de pandémie Covid-19 » du 24 mars 2020, qui dispose p. 7 que « La nécessité d'adapter les choix à ces situations exceptionnelles conduit à privilégier de manière temporaire le principe éthique de justice distributive. Celui-ci consiste à préserver les ressources rares (comme les lits de réanimation) au profit du plus grand nombre et pour prendre en charge les patients atteints ou non de COVID-19 pour lesquels une admission en soins critiques serait bénéfique, afin d'éviter des décès, faute de place » et de préciser que « Cela implique au nom du principe éthique de non-malfaisance des décisions de non-admission ou de réévaluation pour les cas graves d'emblée dont le pronostic serait défavorable, afin d'éviter d'initier, ou de poursuivre, une prise en charge invasive, sans bénéfice réel, compte-tenu du pronostic ». En réalité, le principe de non-malfaisance s'applique tout le temps et il doit être maintenu ici. Le problème est qu'il faudra malheureusement l'appréhender de façon collective dans le contexte sanitaire exceptionnel du Covid-19.

¹² Cons. const., 16 janv. 1991, n° 90-287 DC.

III) La discrimination : une pratique prohibée

L'article L1110-3 du Code de la santé publique dispose qu'un professionnel de santé ne peut refuser de soigner pour l'un des motifs visés par le Code pénal, parmi lesquels on trouve notamment l'état de santé et l'âge¹³. Dans ce cadre, comment distinguer, parmi tous les choix ayant été contraints par le manque de moyens, ceux qui relèvent de la discrimination et ceux qui n'en relèvent pas ? Un choix non-discriminatoire est un choix qui, semble-t-il, repose sur une pluralité de critères et qui est individualisé.

La pluralité de critères, d'abord, est une exigence qui a été dans le débat public, la presse¹⁴ s'étant faite l'écho de pratiques dans le Grand-Est consistant à exclure systématiquement les plus de soixante-quinze ans des services de réanimation. Dans le même ordre d'idée, l'association Coronavictimes a exercé un référé-liberté devant le Conseil d'État en arguant de refus d'hospitalisation systématiques pour les résidents d'Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD). De fait, de tels critères faisant directement et exclusivement référence à l'âge ou à l'état de santé sont à proscrire. Cela a notamment été affirmé par une recommandation professionnelle multidisciplinaire à l'intention des professionnels des soins de réanimations et autres soins critiques le 24 mars 2020¹⁵.

Il faut également prendre garde aux critères qui reviendraient à prendre en compte l'état de santé ou l'âge de façon indirecte¹⁶, comme les scores de fragilité, que l'on retrouve d'ailleurs, non sans ambiguïté, dans la recommandation du 24 mars 2020 citée à l'instant. On retrouve également des références indirectes à l'âge et à la santé dans les recommandations éthiques de la Société de Réanimation de Langue Française du 9 avril 2020¹⁷, qui évoque la prise en compte de « *l'autonomie antérieure* », des « *comorbidités* »¹⁸.

Dans son ordonnance du 15 avril 2020, en réponse au référé-liberté cité précédemment, le Conseil d'État semble toutefois estimer que la prise en

¹³ C. pén., art. 225-1 et s.

¹⁴ A. FISNÉ, « L'Allemagne alarmée par le triage des patients dans les hôpitaux alsaciens », *Courrier international*, 26 mars 2020.

¹⁵ P. 6.

¹⁶ Institut de recherche, d'étude et de formation sur le syndicalisme et les mouvements sociaux, « Les risques éthiques du discours sur le triage dans l'espace public », 8 avril 2020.

¹⁷ « Critères d'admission et modalités de prise en charge en réanimation en contexte pandémique » ; v. aussi Agence régionale de santé d'Île de France, « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 », 19 mars 2020, p. 3.

¹⁸ *Ibidem*, § 13.

compte de ces critères, dès lors qu'elle s'inscrit dans le recours à une pluralité de critères, ne constitue pas une discrimination¹⁹. Le recours a donc été rejeté. Mais la prise en compte d'une pluralité de critères n'est pas la seule exigence préconisée pour ne pas tomber dans la discrimination.

Il faut, ensuite, que celle-ci soit strictement circonstanciée et individualisée. Cela apparaît dans les recommandations de l'ARS Ile-de-France du 19 mars 2020²⁰. Les documents professionnels et recommandation de bonnes pratiques sont, certes, parfois ambiguës sur ce point. Ainsi les recommandations de la Société de réanimation de langue française du 9 avril 2020 évoquent la possible mise en œuvre « *d'algorithmes de priorisation* »²¹. De son côté, le Conseil scientifique, dans sa note du 30 mars 2020, préconise l'établissement de « *critères préalablement définis* » pour la décision d'hospitalisation des pensionnaires d'Ehpad en unité Covid²². L'ambiguïté est compréhensible : intuitivement, il est possible d'avoir le sentiment que l'égalité passe par l'élaboration de critères qui seront les mêmes pour tous²³. Mais en décidant ainsi à l'avance et de façon abstraite du sort de patients sur la base de critères préétablis, les préconisations s'éloignent d'une appréciation circonstanciée et se rapprochent inutilement de la discrimination indirecte.

Dès lors, le meilleur moyen d'assurer un égal accès au soin des patients, exempt de toute discrimination, est certainement de *ne pas* établir de critères préalables de façon anticipée et de prendre une décision médicale, au cas par cas, pour chaque patient en prenant en compte une pluralité de critères propres à la situation particulière²⁴ tels que le niveau de saturation, le délai de libération du prochain lit, la capacité physique des patients et patientes à être en attente de traitement... sans qu'apparaisse, ni directement, ni indirectement, un critère unique qui serait celui de la santé ou de l'âge.

¹⁹ Point 21 : « *dans ces conditions, et à défaut d'éléments circonstanciés produits par les requérants, il n'est pas établi, en l'état de l'instruction, que les décisions médicales d'admission en réanimation reposeraient de manière générale sur des critères qui auraient été rendus plus stricts du fait de l'anticipation d'une éventuelle saturation de l'offre de soins de réanimation en raison de l'épidémie de covid-19 ou qui, en isolant le critère de l'âge, discriminaient, au sein des patients atteints d'une infection due au covid-19, ceux qui sont les plus âgés* ».

²⁰ Agence régionale de santé d'île de France, « *Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19* », 19 mars 2020, p. 2.

²¹ *Ibid.*, § 14.

²² Note du Conseil scientifique 30 mars 2020, « *Les Ehpad, une réponse urgente, efficace et humaine* ».

²³ C'était le sens de l'action de l'association Coronavictimes, qui dénonçait l'opacité des critères d'accès à la réanimation, Stéphane Foucart, « *Coronavirus : une association saisit le Conseil d'État devant l'inégalité d'accès aux soins hospitaliers* », Le Monde, 5 avril 2020. Leur recours a été rejeté le 15 avril 2020 par le Conseil d'État (ord. préc.)

²⁴ Agence régionale de santé d'île de France, « *Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19* », 19 mars 2020, p. 2.

Risque d'opacité et d'arbitraire sont, il faut bien l'admettre, certainement les écueils de telles pratiques. Mais il est possible de les éviter, ou du moins de limiter le risque de les voir se réaliser, en collectivisant la réflexion sur chaque cas particulier. L'ARS-IDF²⁵ estime ainsi que la procédure collégiale légalement applicable pour l'arrêt des traitements en cas d'obstination déraisonnable trouve à s'appliquer ici²⁶. Juridiquement cela peut être contesté, dans la mesure où l'on parle précisément de personnes pour lesquelles les soins ne seraient pas constitutifs d'une obstination déraisonnable. Mais sur le fond, la recommandation d'une collégialité doit être approuvée, non seulement pour les décisions qui risquent d'abrèger la vie, mais aussi pour toutes celles consistant à choisir quels seront les patients et patientes qui ne recevront pas des soins dans d'aussi bonnes conditions qu'en situation normale (ceux qui souffriront d'un retard dans leur prise en charge, ceux qui ne pourront pas accéder aux unités Covid non-spécialisées dans les soins de réanimation, ceux qui subiront un transfert géographique, etc.). C'est le sens de l'avis du Comité consultatif national d'éthique, « Enjeux éthiques face à une pandémie » qui, le 13 mars 2020, préconisait le concours d'une cellule éthique dédiée pour tout ce qui concerne les situations d'accès au soin dans le cadre de la pandémie. Car c'est bien de cela qu'il est question : d'une question éthique plutôt que juridique.

Cette contribution est en ligne sur la chaîne Youtube du CERDACC et éclairée par l'interview de Mesdames Rosso, Houpin et Voge, soignantes aux Hôpitaux de Saint-Maurice et fortement impliquées dans la création de l'Unité Covid+ au sein de leur établissement, ainsi que par les débats menés par le Professeur Yann Leroy en compagnie du Professeur Morane Keim-Bagot et de Madame Isabelle Corpart.

²⁵ Agence régionale de santé d'île de France, « Décision d'admission des patients en unités de réanimation et unités de soins critiques dans un contexte d'épidémie à Covid-19 », 19 mars 2020, p. 3.

²⁶ C. sant. publ., art. L1110-5-1.

Covid-19 : un risque pour l'emploi

Yann LEROY

Agrégé des facultés de droit

Professeur de droit privé à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Plus de trente millions de chômeurs aux États-Unis depuis le début de la crise sanitaire. Plus 7 % de chômeurs en France au mois de mars... Le bilan est effrayant¹.

Le gouvernement français a cherché à limiter les conséquences de l'épidémie sur l'emploi ; son choix a été de sauver les emplois *via* le dispositif d'activité partielle. Le ministère du travail a ainsi déclaré, sur son site Internet, que « *le nouveau système d'activité partielle que nous avons mis en place protège donc puissamment les emplois et les salariés. Il y a aujourd'hui 10,8 millions de salariés protégés par l'activité partielle. Sans ce système protecteur que nous avons mis en place dès le début de la crise, une partie d'entre eux serait, aujourd'hui, au chômage, et le nombre de nouveaux chômeurs se compterait par millions, comme aux États-Unis par exemple* ». Le dispositif d'activité partielle a donc été élargi et surtout l'État a augmenté sa prise en charge, avec un seul objectif : éviter des licenciements de masse.

D'autres pays ont décidé d'interdire les licenciements durant cette période avec un risque d'effet *boomerang*, d'effet déstockage lorsque la période d'interdiction prendra fin... Mais le risque est finalement le même dans notre pays car l'activité partielle n'empêchera pas toutes les ruptures. Beaucoup d'entreprises connaissent déjà ou vont rencontrer des difficultés économiques et devront se résoudre à se séparer d'un certain nombre de leurs salariés.

Ces ruptures seront motivées, en premier lieu, par des raisons économiques, même s'il ne faut pas oublier qu'au-delà de celles-ci, les conditions de travail actuelles sont tellement singulières qu'elles peuvent être, elles aussi, à l'origine de rupture². Songeons, en effet, à ces salariés en télétravail qui ont dû accomplir leurs tâches tout en s'occupant de leurs enfants et, notamment, de leurs devoirs : la productivité a pu ne pas être au rendez-vous. Certains ont alors peut-être été licenciés pour faute, même s'il est probable que le juge tiendra compte, dans un tel cas, du contexte particulier dans lequel cette baisse de productivité

¹ Le style oral a été conservé.

² Pour des développements sur ces questions : Y. LEROY, « Rompre le contrat de travail en temps de Covid-19 », *JCP S* 2020. 2032.

s'est produite. Ceci étant dit, le télétravail pourrait bien constituer, à plus long terme, un risque plus profond en matière d'emploi. Cette forme d'organisation du travail pourrait en effet favoriser les tentations de délocaliser les emplois qualifiés, en recourant à des travailleurs qui opéreraient, à moindre coût, depuis leur pays.

Songez également et surtout à ces travailleurs en première ligne particulièrement exposés au virus et à tous ceux qui depuis le déconfinement sont retournés sur leur lieu habituel de travail et se trouvent donc, eux aussi, exposés. Par peur, certains de ces salariés peuvent refuser de travailler ou d'effectuer des tâches particulièrement risquées. Certes, si le salarié se trouve dans une situation de danger grave et imminent, par exemple parce que les mesures de protection – masques, gants, espacement des postes de travail, nettoyage des locaux... – n'ont pas été mises en place, il peut exercer son droit de retrait, lequel paralyse le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Le licenciement du salarié qui s'en suivrait serait alors nul³. En revanche, dès lors que sont mises en œuvre les recommandations du gouvernement, c'est-à-dire le plan de déconfinement en entreprise⁴, le salarié n'a pas *a priori* de raison d'exercer son droit de retrait et l'employeur pourrait le licencier pour abandon de poste ou refus d'accomplir les tâches pour lesquelles il a été recruté. Néanmoins, même dans cette hypothèse, le juge devrait, espérons-le, être, à nouveau, sensible au contexte très particulier que nous vivons actuellement. La faute grave devrait ainsi être écartée, mais le licenciement pourrait rester justifié.

Mais venons-en aux raisons économiques qui peuvent être avancées pour rompre le contrat de travail. Les travailleurs les plus exposés sont les salariés en CDD ou intérim. Leurs contrats ne sont pas renouvelés ou sont rompus avant terme. Chacun a entendu que la direction de *Disneyland Paris* avait initialement annoncé vouloir mettre fin aux contrats de ces catégories de travailleurs, avant de faire machine arrière et de trouver un accord avec les syndicats quant au sort de ceux-ci⁵. Mais d'autres n'ont pas eu cette « chance »...

³ V. not. : P.-Y. VERKINDT, « Du bon usage du droit de retrait », *SSL* n° 1901, 30 mars 2020.

⁴ V. le protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés, publié par le ministère du travail qui, même s'il n'a pas en soi de valeur juridique, constitue un guide précieux pour vérifier que l'employeur a respecté son obligation de sécurité.

⁵ Les intermittents et CDD saisonniers devant prendre leur poste au 15 mars et au-delà auront finalement droit au chômage partiel. Au total, 1300 personnes sont concernées.

Pour les salariés en CDI, le 1^{er} risque est que leur employeur procède à des licenciements pour motif économique (I), mais d'autres risques de perte d'emploi existent (II).

I) Le risque de licenciements pour motif économique

Deux causes économiques peuvent être tout particulièrement mobilisées.

D'abord, si l'activité de l'entreprise ne peut pas redémarrer, l'employeur pourra justifier le licenciement par la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise. Tous les salariés de l'entreprise perdront alors leur emploi.

Ensuite, l'employeur pourrait invoquer des difficultés économiques. Ce motif devrait permettre à nombre d'entreprises de justifier des licenciements car depuis la loi du 8 août 2016, le licenciement est justifié quand existent des difficultés économiques caractérisées, notamment, « *par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires* »⁶. Compte tenu des conséquences économiques de la crise sanitaire actuelle, il est évident que cette baisse des commandes ou du chiffre d'affaires sera très souvent constituée puisqu'il suffit, *a priori*, que la durée de cette baisse soit, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à une période allant d'un à quatre trimestres selon l'effectif de l'entreprise.

Autrement dit, si l'on cherchait, dans le droit du licenciement pour motif économique, quelques protections pour les salariés, on risque donc d'être particulièrement déçu... Bien au contraire, la loi Travail a contribué à réduire ces protections parce qu'elles étaient présentées comme des freins à l'efficacité économique, alors qu'elles constituaient peut-être davantage « *d'appréciables "amortisseurs" en période de crise* »⁷. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le gouvernement réfléchit, semble-t-il, à suspendre, pendant cette période d'urgence sanitaire mais donc aussi économique et sociale, les indicateurs économiques dont nous venons de parler afin précisément d'éviter de trop nombreux licenciements.

Il reste toutefois une possibilité, pour les salariés concernés, de combattre ce risque : retenir une autre interprétation, moins littérale, de l'article L1233-3 du Code du travail définissant les difficultés économiques. Plutôt que de considérer

⁶ C. trav., art. L1233-3.

⁷ A. FABRE, « Il faut sauver les contrats de travail ! », *RDT* 2020. 246.

que toute baisse des commandes ou du chiffre d'affaires sur une période déterminée est significative, le juge doit examiner l'ampleur de cette baisse. La baisse est alors significative au sens de ce qui est important, le licenciement étant justifié à la seule condition que cette baisse des commandes ou du chiffre d'affaires soit importante et donc constitue des difficultés économiques sérieuses. Ceci étant dit, même si le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse, le salarié a perdu son emploi et n'obtiendra que des dommages et intérêts limités en raison du plafonnement mis en place...

Au-delà du licenciement pour motif économique *stricto sensu*, d'autres risques de perte d'emploi existent.

II) Le risque de modes de rupture alternatifs

Plutôt que de licencier, certains employeurs entendent, en premier lieu, utiliser la force majeure pour justifier la résolution de plein droit du CDI mais aussi pour rompre à l'avance le CDD. Le risque pourrait bien ici se retourner contre eux tant on sait que la jurisprudence sociale s'est toujours montrée très peu encline à reconnaître des cas de force majeure. C'est le critère de l'irrésistibilité qui fait en général défaut. Le Code civil précise, en effet, que la force majeure nécessite un événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées »⁸. Or, les mesures de soutien aux entreprises mises en place par l'État, au premier rang desquelles la prise en charge, via le dispositif d'activité partielle, d'une partie significative des salaires, semblent s'opposer à la reconnaissance de la force majeure.

Il pourrait en aller autrement pour les entreprises ne pouvant plus avoir d'activité en raison d'une interdiction gouvernementale ou pour celles n'ayant plus la trésorerie suffisante pour procéder aux avances. Mais, même dans une telle hypothèse, la force majeure ne doit pas pouvoir se substituer au licenciement pour motif économique et, ainsi, permettre à l'employeur de se soustraire au régime de celui-ci, de sorte que les ruptures prononcées pour cette raison devraient être considérées comme sans cause réelle et sérieuse.

En second lieu, d'autres employeurs pourraient être tentés de conclure une rupture conventionnelle collective ou un accord de performance collective. Certes, il faudra, dans les deux cas, trouver des interlocuteurs acceptant de signer de tels accords, mais ces deux dispositifs pourraient bien être particulièrement ravageurs pour l'emploi.

⁸ C. civ., art. 1218.

On nous objectera sans doute que pour la rupture conventionnelle collective, le salarié doit être volontaire au départ et qu'il accepte donc de perdre son emploi. Certes, mais c'est un accord biaisé, quelque peu forcé ou, au moins, que l'employeur l'a largement incité à donner...

Quant à l'accord de performance collective, lequel rappelons-le peut permettre aux entreprises de réduire la rémunération des salariés, il a aussi ce second effet magique de pouvoir licencier sans difficulté, sans autre motif à donner, ceux qui refuseraient l'application de l'accord ! Résultat pour les salariés concernés : ils n'ont droit qu'à l'indemnité de licenciement bien maigre surtout s'ils ont peu d'ancienneté.

Un mot pour conclure sur l'après perte d'emploi. Afin de faire face aux conséquences de la pandémie, une ordonnance a prévu pour les demandeurs d'emploi qui ont épuisé leurs droits, à compter du 12 mars 2020 et jusqu'à la fin du confinement, le maintien des prestations versées. Par ailleurs, la dégressivité des allocations chômage des cadres est suspendue. De même, l'entrée en vigueur du second volet de la réforme de l'assurance chômage qui concernait le calcul des allocations chômage, initialement prévu le 1er avril 2020, est reportée au 1er septembre 2020.

Mais il faudrait peut-être aussi revoir la durée minimale d'affiliation exigée pour ouvrir des droits au chômage et revenir en arrière tant les conditions sont aujourd'hui plus difficiles à remplir. Il faut, en effet, désormais avoir travaillé six mois sur les vingt-quatre derniers mois précédant la fin du contrat de travail alors qu'auparavant quatre mois sur les vingt-huit derniers suffisaient. Car, au fond, nous l'avons vu, le risque de perte d'emploi en ces temps inédits est particulièrement accru.

PARTIE II
COVID-19 : RISQUE POUR LES CONTRATS ET LES FINANCES

Covid-19 : risque pour le contrat

Dariusz PIATEK

Maître de conférences en droit privé

Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

La crise sanitaire engendrée par l'épidémie de Covid-19 a profondément bouleversé notre quotidien. On s'interroge toujours quant à la gravité de son impact sur notre vie économique, politique et culturelle, et les pouvoirs publics recherchent encore les ajustements adéquats. De nombreuses composantes de notre droit subissent ainsi les conséquences de la propagation du virus, parmi lesquelles on retrouve le principal vecteur d'échange des biens et des services – le contrat.

Des exécutions compromises ou dépourvues d'intérêt¹, des salaires et des loyers non-payés, des marchandises non-livrées... Comment remédier aux multiples obstacles, d'ordre technique, juridique ou encore moral, affectant les situations contractuelles et les obligations qui en découlent ?

On retient deux déclarations solennelles du gouvernement proclamées en la matière. Selon la première, « *L'État considère le coronavirus comme un cas de force majeure* »². Dans la seconde : « *la crise du covid-19 a un impact considérable sur l'économie en rendant impossible l'exécution de nombreuses prestations et **annulant** de nombreux contrats* »³. Des déclarations similaires ont été prononcées par de nombreux gouvernements étrangers⁴.

Le chemin serait-il tout tracé ? La Covid-19, entraînera-t-elle une vague d'annulation des contrats pour cause de force majeure ?

Il est permis d'en douter. Intrinsèquement, la nullité n'inclut point les conséquences de la force majeure contractuelle. C'est une sanction qui frappe le contrat ne respectant pas toutes les conditions de sa validité, elle ne concerne donc que la formation de celui-ci. De plus, la force majeure, elle, intervient au

¹ PH. BRIAND, « Les relations commerciales dans la tourmente de l'épidémie », *JCP G*, n° 17, 27 Avril 2020, p. 513.

² S. PIGNON, « Coronavirus et force majeure en droit des contrats publics », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2020, alerte 11, A. DISCOURS, S. QU, J. BUHART, « L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats – Etude comparative droit chinois/droit français », *JCP G*, n° 12, 23 Mars 2020, p. 329.

³ L. COCHET, « Commande publique et pandémie : un premier aperçu de l'état d'urgence sanitaire », *JCP A*, n° 13, 30 Mars 2020, p. 2077, nous soulignons.

⁴ Sur ce point : R. ZIADE, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », *AJ contrat*, 2020, p. 176.

stade de l'exécution du contrat valablement formé, provoquant, en principe, sa résolution avec effet exonératoire pour le débiteur défaillant.

Gageons qu'il ne s'agit que d'une simple maladresse linguistique, largement pardonnable, nécessité faisant loi. Ces derniers temps, nous sommes en effet témoins de nombreuses mesures dérogatoires, prises par voie d'ordonnance et irriguant les multiples branches du droit. Cette véritable *lex epidemia*⁵, nécessairement fragmentaire, répond aux problèmes ponctuels des secteurs les plus touchés, tels que le droit du travail ou encore le droit du tourisme. Lors d'une crise, il est logique de rechercher les remèdes les plus universels du droit commun, et de se tourner vers les deux grands mécanismes affectant la tangibilité du contrat en cas de bouleversement des circonstances dû à des événements extérieurs – la force majeure et la théorie de l'imprévision.

Malheureusement, dans les faits, la crise sanitaire actuelle, du fait de son ampleur et de son caractère inédit, se concilie mal avec les raisonnements dogmatiques et les prises de position autoritaires. La prétention d'universalité affichée par le gouvernement se heurte ainsi à de nombreux obstacles conceptuels, qui ôtent à ces remèdes habituels une grande partie de leur efficacité face à l'épidémie de coronavirus (I). Ces mêmes obstacles appellent alors le droit positif à utiliser une palette de réactions plus nuancées face aux situations contractuelles altérées par la crise sanitaire (II).

I) Une recherche vaine d'universalité

Malgré leur champ d'application *a priori* universel, ni la force majeure (A) ni l'imprévision (B) ne peuvent appréhender de manière exhaustive les conséquences de l'épidémie de Covid-19 en matière contractuelle.

A) Les limites de la force majeure

La réalité à laquelle se heurtent les vertus de la force majeure vantée par le gouvernement a déjà été soulignée par de nombreux auteurs. En prélude, rappelons que ce concept se définit par ses critères, et non pas par ses éléments substantiels⁶. Ensuite, que leur application suppose toujours une appréciation *in casu*, les critères de la force majeure étant plus des standards juridiques⁷ que des règles rigides. Il en est ainsi parce qu'« *aucun événement n'est en lui-même*

⁵ Selon le vocabulaire de X. DELPECH, « *Lex epidemia* », *AJ contrat*, 2020, p. 157.

⁶ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2015, n° 1018.

⁷ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 11^e édition, Dalloz 2017, p. 682.

constitutif d'un cas de force majeure, en particulier en matière contractuelle »⁸. Impossible donc de « décréter »⁹ cette cause comme exonératoire de la défaillance contractuelle.

L'impasse à laquelle conduit nécessairement toute surutilisation de la force majeure révèle que la seule approche capable d'appréhender la véritable nature de celle-ci est une approche analytique. Et que même en l'adoptant, la réunion de toutes les conditions de la force majeure reste difficile dans le cas d'un contrat impacté par les conséquences de la pandémie.

Selon l'article 1218 du Code civil, la force majeure est assimilable à un « événement échappant au contrôle du débiteur, [ne pouvant] être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, [et qui] empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». La condition d'extériorité, désormais incarnée par la formule « échappant au contrôle du débiteur »¹⁰, semble pouvoir être facilement retenue. En effet, dans sa dimension collective, l'épidémie de Covid-19 peut être considérée comme un fait de la nature, largement incontrôlable, compte tenu de son ampleur¹¹. La même conclusion vaut également si l'on analyse la crise sanitaire du point de vue des conséquences du confinement, et des autres mesures restrictives des libertés prises par les autorités publiques. Celles-ci peuvent, en effet, être assimilées au « fait du prince »¹². Dans le même ordre d'idées, en changeant de perspective et en se focalisant sur l'aspect individuel d'une défaillance contractuelle, due par exemple à la maladie d'un débiteur, il s'agira bien d'un événement extérieur à ce dernier¹³. En revanche, la satisfaction des deux autres critères de la force majeure paraît beaucoup plus problématique.

⁸ J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020, p. 611. Dans le même sens, CH.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision, remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 4, Avril 2020, étude 5.

⁹ M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ contrat*, 2020, p. 164.

¹⁰ V., sur ce point : V. : F. GREAU, *Répertoire de droit civil*, « Force majeure, Les caractères de la force majeure », date de fraîcheur : Avril 2018, n° 27 et suiv.

¹¹ Dans ce sens, CH.-E. BUCHER, *loc. cit.*

¹² Dans ce sens, L. LEVENEUR, « Le Covid-19, la force majeure et le fait du prince », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, Mai 2020, repère 5.

¹³ CH.-E. BUCHER, *loc. cit.* V. également, pour une approche souple de la condition d'extériorité en cas de maladie du débiteur et avant la consécration de la formule « échappant au contrôle du débiteur », Cass. ass. plén. 14 Avril 2006, *Bull. AP*, n° 5.

S'agissant de l'imprévisibilité, on sait que son appréciation est abstraite et non spéciale au débiteur¹⁴. Toutefois, le nouvel article 1218 du Code civil consacre un courant jurisprudentiel qui s'était prononcé en faveur de l'imprévisibilité « raisonnable »¹⁵. On ne saurait donc l'écarter automatiquement dans le contexte de l'épidémie de coronavirus, si l'on invoque un truisme selon lequel toutes les calamités sont dans l'absolu prévisibles car imaginables¹⁶. Ainsi, selon la doctrine majoritaire, le juge doit se livrer à une analyse *in abstracto* circonstancielle, qui cherche à établir qu'« un débiteur normalement raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pu prévoir la survenance ou les conséquences de l'événement »¹⁷. Vu la gravité de la crise de Covid-19, et la soudaineté de son apparition, il n'est pas impossible d'y voir un événement aux conséquences imprévisibles. Toutefois, le fait que l'imprévisibilité doive être caractérisée au moment de la conclusion du contrat, et non au stade de son exécution¹⁸, commande inévitablement une scission du facteur temporel en deux. Il est donc nécessaire de distinguer avec précision les contrats conclus au moment où la crise sanitaire était encore « raisonnablement imprévisible » des autres. A cet égard, la multitude des points de repère suggérés par la doctrine¹⁹ ne fait que prouver qu'il s'agit d'un choix forcément arbitraire, ce qui réduit considérablement l'utilité de la force majeure en tant qu'outil « universel » de lutte contre les conséquences du coronavirus...

Ajoutons que même les défaillances contractuelles « avérées », ayant passé le test du « raisonnablement imprévisible », ne bénéficient pas encore de l'effet exonératoire propre au concept commenté. Fort probablement, une grande majorité de celles-ci se heurtera au critère d'irrésistibilité de l'événement l'ayant provoqué – qui est le dernier et le plus important des critères de la force majeure. L'article 1218 du Code civil prévoit l'empêchement de l'exécution de l'obligation uniquement par un débiteur normalement diligent. Pour apprécier ce critère d'irrésistibilité, le juge se livre, là encore, à un « *jugement de normalité*

¹⁴ J.-CH. SAINT-PAU, *J. Cl. Civil Code*, fasc. 11-30, « Exonération de la responsabilité contractuelle – Inexécution imputable à une cause étrangère », date de fraîcheur : Juin 2020, n° 16.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ V. : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e édition, Dalloz 2018, p. 810. Pour le rejet d'une telle approche dans le contexte de l'épidémie de Covid-19, CH.-E. BUCHER, *loc. cit.*

¹⁷ J.-CH. SAINT-PAU, *loc. cit.*

¹⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1021.

¹⁹ Ainsi, certains auteurs évoquent dans ce contexte la date l'entrée en vigueur des premières mesures administratives de lutte contre l'épidémie. Dans ce sens : CH.-E. BUCHER, *loc. cit.* D'autres s'interrogent sur la possibilité de retenir plusieurs dates telles que : l'apparition du Covid-19 en Chine, le début de sa propagation en Europe ou encore les déclarations de l'OMS relatives à cette maladie. P. GUIOMARD, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *Dalloz actualité*, 4 Mars 2020. D'autres retiennent l'imprévisibilité pour les contrats conclus à l'automne 2019, mais l'écartent pour ceux conclus « vers la mi-mars 2020 ». V. : L. LEVENEUR, *loc. cit.*

circonstanciel »²⁰. Il prend en compte les « *moyens que le débiteur aurait dû avoir à sa disposition, ou aurait dû mettre en œuvre conformément à l'attitude d'un bon père de famille* »²¹, afin d'éviter la défaillance contractuelle due à l'impossibilité objective d'exécution entendue de façon stricte, à savoir totale et en principe définitive²². Ces deux éléments de la définition de l'irrésistibilité semblent réduire drastiquement le nombre des défaillances contractuelles éligibles à l'effet exonératoire de la force majeure.

Le maintien partiel de l'activité économique indique que les autorités publiques incitent les débiteurs à appliquer des « *mesures appropriées* » pour assurer l'exécution en dépit des perturbations²³. Notons également que l'impossibilité objective d'exécution se distingue des situations dans lesquelles l'exécution devient trop onéreuse. Traditionnellement, les obligations de donner portant sur les choses de genre, et tout particulièrement les dettes pécuniaires, sont exclues d'emblée du champ de l'irrésistibilité constitutive d'un cas de force majeure²⁴. La fongibilité de l'objet de l'obligation chasse ici l'irrésistibilité. Cette règle possède bien évidemment des limites, par exemple lorsque l'événement en question n'est pas en lien avec la prétendue disparition de la chose de genre qui demeure impossible, mais qu'il affecte par exemple le moyen de paiement du fait des interdictions légales imprévisibles²⁵. Mais cette hypothèse, commandant la recherche de l'impossibilité d'exécution d'une obligation monétaire dans l'ordre du prince, paraît marginale dans le contexte de l'épidémie de coronavirus. En effet, pour suivre ce raisonnement, il aurait fallu que les modalités de paiement affectées par les interdictions soient exclusives de toute autre²⁶. Dans le meilleur des cas, il s'agirait, semble-t-il, d'un empêchement temporaire²⁷, ou bien tout simplement d'un contrat devenu déséquilibré.

Cette conclusion nous amène naturellement à analyser une notion ayant vocation à régir l'onérosité excessive de l'exécution d'une obligation contractuelle due au changement des circonstances – la révision pour

²⁰ J.-CH. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 10.

²¹ *Ibidem*.

²² V. : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 684.

²³ Dans ce sens, S. PELLET, « Prorogation des délais en raison de l'état d'urgence sanitaire : pourquoi faire simple ? », *L'Essentiel, Droit des contrats*, n° 5, 2020, p. 1, L. GRYNBAUM, « Force majeure et épidémie de Covid-19 : une première décision vient d'être rendue », disponible à l'adresse suivante : [<https://www.leclubdesjuristes.com/>].

²⁴ *Genus perire non potest*. La jurisprudence est unanime sur ce point. V., par exemple, : Cass. com., 16 Septembre 2014, *Bull. IV*, n° 118.

²⁵ Sur cette hypothèse, Y.-M. LAITHIER, « La force majeure n'est pas une cause d'exonération de l'inexécution des obligations monétaires : le principe et ses limites », *Revue des contrats*, n° 1, 2015, p. 21.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Dans ce sens, J. HEINICH, *loc. cit.*

imprévision. Cette dernière, est-elle en mesure de pallier les insuffisances de la force majeure et de devenir une alternative viable à la force majeure ?

Il est également permis d'en douter car malgré sa codification récente, le mécanisme de révision pour imprévision ne possède pas de champ d'application universel.

B) Les limites de l'imprévision

Nombreuses sont les situations dans lesquelles le jeu de la théorie de l'imprévision est exclu par les règles spéciales. Cette réalité englobe notamment les contrats portant sur les instruments financiers, qui sont par principe hautement aléatoires²⁸, et de ce fait expressément exclus du champ d'application de la révision pour imprévision²⁹. La même conclusion vaut *mutatis mutandis* pour la rupture ou la renégociation des contrats de travail, par exemple en cas de hausse imprévue des coûts subie par l'employeur, ou une baisse drastique de l'activité de l'entreprise. L'existence des règles spéciales régissant la rupture et la modification du contrat de travail excluent ici le recours aux mécanismes du droit commun³⁰.

Il existe également des cas où l'application de la théorie de l'imprévision, tout en restant théoriquement possible, s'avère difficile, voire impossible, compte tenu de certaines caractéristiques des conventions concernées. La logique de *rebus sic stantibus* est d'abord incompatible avec les contrats dont la nature est spéculative, ou autrement dit, avec ceux qui internalisent l'aléa couvrant exactement l'hypothèse de l'imprévision de l'article 1195 du Code civil³¹. Une autre situation, plus répandue dans ce contexte de Covid-19, met en lumière les difficultés liées à l'application de la théorie de l'imprévision à certaines catégories de contrats, qui bien que commutatifs, se concilient mal avec la notion d'onérosité excessive. On songe ici notamment à toute la famille des contrats unilatéraux, dans lesquels le déséquilibre contractuel, pour être caractérisé, doit surmonter l'obstacle de l'absence de contrepartie attendue par le débiteur. On songe également aux contrats à exécution instantanée, le changement de circonstances étant plutôt l'apanage des contrats de longue

²⁸ M. MEKKI, *loc. cit.*

²⁹ C. mon. fin., art. Article L211-40-1.

³⁰J.-CH. RODA, « Réflexions "pratiques" sur l'imprévision », in M. LATINA, *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz 2017, pp. 69-89, spéc. pp. 70-71.

³¹ Notons toutefois que dans le silence de l'article 1195 la révision pour imprévision reste potentiellement applicable aux contrats aléatoires lorsque le changement de circonstances dépasse l'aléa contractuel. La doctrine évoque ici un contrat fondé sur un aléa « circonscrit » ou « modéré ». A. EL MEJRI, « La théorie de l'imprévision et les contrats aléatoires », *RLDC*, n° 149, 1^{er} Juin 2017.

durée³², et aux contrats à exécution successive, conclus pour une durée indéterminée, dans lesquels l'ultime remède aux dérèglements causés par le changement des circonstances reste la résiliation unilatérale.

Déjà à ce stade de l'analyse, on se rend compte que bon nombre de contrats, dont l'exécution a été affectée par l'épidémie de Covid-19, risquent de ne pas être éligibles à la révision pour imprévision, et cela avant même que l'on se penche sur le caractère « imprévisible » du changement de circonstances. S'agissant de ce dernier critère, il semble que les difficultés signalées quant à l'appréciation du caractère imprévisible de l'événement constitutif d'un cas de force majeure valent également pour le domaine de la révision pour imprévision.

Si l'on ajoute à cela le fait que les articles 1218 et 1195 du Code civil soient supplétifs de volonté, donc pouvant être écartés par voie conventionnelle, on se rend compte que tous deux ne sont en réalité que des remèdes potentiels, ponctuels, et soumis à l'appréciation au cas par cas. Face à cette impasse, il convient d'adopter une approche plus nuancée de cette problématique, en recherchant des solutions au-delà du sacro-saint diptyque : force majeure et imprévision.

II) Une multiplicité retrouvée

Le droit positif contient des outils alternatifs, qui même dépossédés d'une vocation universelle comparable à celle de la force majeure et de l'imprévision, sont probablement en mesure de les compléter dans le contexte de l'épidémie de Covid-19. Certaines d'entre elles interviennent automatiquement en cas de réunion des conditions objectives (A), d'autres nécessitent l'intervention du juge (B).

A) Les mesures alternatives ne nécessitant pas le recours au juge

Dans la continuité de la réflexion sur les limites de la force majeure et de la théorie de l'imprévision, il convient de noter que certaines situations contractuelles impactées par la pandémie pourraient certainement être appréhendées sous l'angle de la caducité³³. Selon l'article 1186 du Code civil, cette sanction frappe un contrat valablement formé si l'un de ses éléments disparaît. Non assimilable à la nullité, car évoquant un défaut postérieur à la formation du contrat, la caducité est « *une hypothèse qui est à mi-chemin entre*

³² Sur ce point, J.-CH. RODA, *op. cit.*, pp. 70-71.

³³ PH. BRIAND, *loc. cit.*, J. HEINICH, *loc. cit.*, M. MEKKI, *loc. cit.*

l'impossibilité d'exécuter de la force majeure et l'exécution excessivement onéreuse de l'imprévision »³⁴. De ce point de vue, il s'agit d'un mécanisme particulièrement intéressant dans le contexte de l'épidémie de Covid-19. En effet, il se peut que la propagation de la maladie, ainsi que les différents obstacles résultant de la mise en place des mesures de confinement, ne rendent pas l'exécution « objectivement impossible » ni « excessivement onéreuse » au sens décrit plus haut, tout en la vidant de son sens.

Dans cette hypothèse, les objectifs pour lesquels le contrat a été conclu ne sont plus réalisables, et ainsi seule son efficacité est compromise. Or, comme le souligne Jean-Baptiste Seube, la caducité est un mécanisme ayant vocation à s'appliquer précisément « *lorsque le contrat ne peut plus, du fait de la disparition d'un de ses éléments, atteindre l'objectif économique pour lequel il avait été conclu* »³⁵. Masquant discrètement les considérations relatives à la cause, de toute façon gommée du Code civil, la caducité anéantit donc les contrats dont l'exécution s'avère « inutile »³⁶, même dans les cas où cette dernière demeure possible et pas forcément excessivement onéreuse.

Cela évoque notamment la disparition fortuite de la prestation objet du contrat, ou la disparition d'un cocontractant, pour cause de maladie par exemple, dans un contrat conclu *intuitu personae*. Si l'on rajoute à cela le principe de neutralité de la caducité, signifiant que son fait générateur est indépendant de la volonté des parties³⁷, et le fait qu'il s'agisse d'une sanction qui se réalise automatiquement, contrairement aux conséquences de la force majeure et de l'imprévision, qui supposent l'intervention du juge³⁸, on se retrouve avec suffisamment de preuves de l'intérêt que présente la caducité du contrat dans le contexte de la crise sanitaire actuelle.

Dans la même veine, parmi les remèdes potentiellement applicables aux contrats impactés permettant d'éviter un procès, on trouve l'exception d'inexécution prévue par l'article 1219 du Code civil. Bien que son champ d'application soit limité aux contrats synallagmatiques, ce mécanisme apporte certains avantages dans la gestion des situations contractuelles affectées par la pandémie par rapport aux procédés précédemment évoqués. Plus précisément, c'est le caractère provisoire et la souplesse de l'exception

³⁴ M. MEKKI, *loc. cit.*

³⁵ J.-B. SEUBE, *J. CL. Civil Code*, Art. 1186 et 1187, Caducité du contrat, date de fraîcheur 31 Août 2019, n° 4.

³⁶ Y.-M. LAITHIER, « Dispositions relatives à la validité du contrat », in PH. CHAUVIRE, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz 2016, pp. 27-41, spéc. p. 40.

³⁷ J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 17.

³⁸ Y. PICOD, *Répertoire de droit civil*, Nullité, Juillet 2019, n°22.

d'inexécution qui méritent d'être soulignés. En effet, lorsqu'une partie au contrat refuse d'exécuter son obligation, en réponse à l'inexécution de l'autre partie, cela n'entraîne pas l'anéantissement du contrat, mais un simple ajournement de son exécution³⁹. L'usage de l'exception d'inexécution ne conduit pas au dénouement du lien contractuel, mais permet simplement à l'*excipiens* de différer l'exécution de son obligation, dans l'attente de la contrepartie. Cela peut constituer un moyen de pression intéressant permettant au créancier de « gagner du temps », surtout lorsque le maintien du contrat est souhaitable et envisageable. Cette dernière hypothèse est *a priori* incompatible avec la force majeure et la caducité, et pourtant possible dans un contexte de relations commerciales perturbées à cause du confinement, ne commandant pas forcément la recherche de l'effet exonératoire ni de la modification du contrat. On pense ici par exemple à un client non-livré à temps qui suspend ainsi son obligation de paiement⁴⁰. Depuis 2016, le Code civil permet d'ailleurs de mobiliser ce mécanisme par anticipation, lorsque le risque de défaillance future du cocontractant est manifeste⁴¹.

B) Les mesures alternatives supposant le recours au juge

Au-delà des mécanismes précités s'intéressant principalement à l'exécution du contrat, certains auteurs estiment que l'épidémie de coronavirus crée des situations propices à l'application d'outils corrigeant les défauts de sa formation, parmi lesquelles une place prééminente est réservée aux vices du consentement. Bien évidemment cette perspective restreint nécessairement le champ d'analyse aux contrats conclus au moment où les conséquences de l'épidémie étaient déjà connues. Cela étant, cet angle d'étude n'est pas dénué de sens dans la mesure où, comme nous l'avons déjà souligné, les mesures prises par les autorités publiques n'ont provoqué qu'un arrêt partiel de l'activité économique. En analysant l'impact sur le contrat, il convient donc de prendre également en compte les conventions formées quand l'épidémie était déjà là, et non uniquement celles conclues dans des circonstances « normales ». Ces contrats antérieurs à l'arrivée du coronavirus échappent naturellement à l'application de la force majeure et de la révision pour imprévision. Ceci dit, les circonstances induites par la pandémie peuvent les entacher d'un vice affectant indirectement l'intégrité du consentement. On songe notamment à la nouvelle acception de vice de violence, introduite par l'article 1143 du Code civil, sous la forme de l'abus de dépendance économique. En effet, comme le souligne M.

³⁹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 822.

⁴⁰ C. VERRUOST-VAILLOT, S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *D. actu*, 9 Juin 2020.

⁴¹ C. civ., art. 1220.

Mekki, « *actuellement et encore plus demain, de nombreuses personnes morales et physiques vont se retrouver dans une situation d'état de dépendance économique. Certains pourraient être tentés de faire de bonnes affaires* »⁴². Ainsi, en cas d'abus de l'état de dépendance économique induit par la crise sanitaire, par exemple lorsqu'un contractant démuné fait face à un besoin important, c'est la voie de la nullité qui semble être adaptée. De ce point de vue, cette sanction alternative pourrait pallier le déséquilibre originel du contrat déjà affecté par le Covid-19 au stade de sa formation, et de ce fait non-éligible à la révision pour imprévision.

En s'éloignant légèrement du cadre du droit commun, mais en restant toujours dans l'optique des règles ayant un champ d'application large, il convient de rappeler que bon nombre de défaillances contractuelles, provoquées par les conséquences de la crise sanitaire, pourraient être traitées à travers des procédures collectives ou des procédures de traitement amiable des difficultés des entreprises. Le gouvernement apparaît en être conscient, comme en témoignent les mesures prévues par l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020. Ce texte a notamment assoupli les conditions d'ouverture des procédures collectives et de conciliation, en fixant au 12 mars 2020 la date d'appréciation de l'état de cessation des paiements, et a prolongé la durée de conciliation de trois mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire⁴³.

L'objectif affiché est donc d'encourager l'ouverture de procédures de traitement amiable des difficultés, dans le cadre desquelles les contrats impactés par le Covid-19 pourront être renégociés sous l'égide du tribunal, ce qui, ajoutons-le, n'est pas incompatible avec la révision pour imprévision⁴⁴. S'agissant des procédures collectives, leur ouverture reste également possible, avec toutes les conséquences qui en découlent pour les effets de la défaillance contractuelle, constitutive d'un état de cessation des paiements ou non, et cela malgré les doutes semés par la déclaration du Président de la République du 12 mars 2020 selon laquelle « *aucune entreprise ne sera livrée au risque de faillite* »⁴⁵.

⁴² M. MEKKI, *loc. cit.*

⁴³ Pour un aperçu plus complet de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 Mars 2020, V. not. : K. LEMERCIER, F. MERCIER, « Coronavirus : présentation de l'ordonnance sur les difficultés des entreprises », *Dalloz Actualité*, 1^{er} Avril 2020.

⁴⁴ Puisqu'il ne s'agit pas d'une procédure collective imposant, quant à elle, des règles spécifiques en matière de maintien des contrats en cours aux conditions initialement prévues. Sur ce point : J.-CH. RODA, *op. cit.*, p. 75, C. DOMENGET-MORIN, B. POUSSET, « Imprévision et sauvegarde. De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficulté », *JCP G*, n° 16, 18 Avril 2016, p. 481.

⁴⁵ K. LEMERCIER, F. MERCIER, *loc. cit.*

Ce court panorama, sans doute non-exhaustif, des mécanismes juridiques potentiellement en mesure d'appréhender les risques créés par les diverses conséquences de la pandémie de Covid-19 en matière contractuelle, brise inévitablement l'absolutisme de la force majeure et de la théorie de l'imprévision qui, malgré leurs limites, sont aujourd'hui sur toutes les lèvres. La volonté de les élever au rang de remèdes universels, invocables à l'envi pour atténuer les retombées de la crise sanitaire, procède d'un paralogisme qui se manifeste sur deux niveaux.

Tout d'abord, le fait qu'une règle relève du droit commun, et qu'elle possède un champ d'application *a priori* universel, ne signifie pas encore qu'elle soit en mesure d'appréhender toutes les situations contractuelles confondues. Ensuite, il serait vain de prétendre que quelle que soit la gravité d'un événement, il rentrera toujours dans les hypothèses prévues par la loi selon la technique de la standardisation juridique. Ce raisonnement crée le risque d'instrumentalisation des règles exceptionnelles par des acteurs cherchant à contourner le principe *pacta sunt servanda*. Fort heureusement, grâce à l'existence des outils alternatifs, il apparaît que l'interprétation stricte de la force majeure et de l'imprévision, seule garante de leur raison d'être, ne soit pas synonyme d'injustice.

Covid-19 et risque de défaillance des entreprises

Jean-Luc VALLENS

Magistrat honoraire

Ancien professeur associé à l'Université de Strasbourg

Le risque de défaillance financière est inhérent à l'activité économique, aussi bien pour les entrepreneurs pour leurs créanciers. La « défaillance » et la « faillite » ont les mêmes racines dans le droit romain, *fallire* signifiait manquer à ses obligations ... Le risque de défaillance ou le risque de défaut dans la terminologie bancaire est dû aux aléas des relations économiques et commerciales entre une entreprise, ses clients, ses salariés, ses fournisseurs et ses banquiers. La défaillance d'un client comme celle d'un fournisseur expose toute entreprise à voir interrompre les encaissements ou les approvisionnements.

Pour parer à ce risque, les créanciers prennent des garanties sur le patrimoine de l'entreprise (sûretés) ou de son dirigeant (caution). Ils s'assurent également contre le risque, par un mécanisme d'assurance crédit ou par l'affacturage de leurs factures.

De son côté l'entrepreneur individuel protège son patrimoine personnel contre le risque de se trouver dans l'incapacité de payer, grâce à la création d'une société, personne morale distincte, pour exercer une activité économique ou commerciale, ou grâce à l'insaisissabilité de sa résidence personnelle, que ce soit par l'effet de la loi, ou par l'effet d'une déclaration d'insaisissabilité notariée¹. Il peut encore transférer ses biens dans un patrimoine distinct, tel qu'une société civile immobilière ou donner un bien en gage de ses dettes dans le cadre d'une fiducie². La défaillance financière peut ainsi survenir sans exposer l'entrepreneur à la saisie de ses biens et de ses comptes.

Enfin la loi organise pour les sociétés et les entrepreneurs individuels la prévention du risque de défaillance, au moyen de mécanismes et de procédures mis à la disposition des débiteurs, tels que les procédures amiables de conciliation, l'arrêt des poursuites individuelles grâce à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, ou la restructuration de l'endettement au moyen d'un plan de redressement judiciaire...

¹ C. com., art L 526-1.

² C. civ., art 2011 et s.

La survenance de l'épidémie de Covid-19, soudaine dans son apparition comme dans son ampleur, constitue un défi supplémentaire pour les entreprises commerciales et industrielles (I). Elle a conduit le législateur à intervenir rapidement pour offrir aux sociétés et aux entrepreneurs individuels un cadre temporaire adapté pour leur permettre de franchir cette période, qui a été qualifiée d'« état d'urgence sanitaire » (II).

I) Une exposition accrue au risque de défaillance

Au plan des entreprises, le risque de défaillance s'est développé à tous les niveaux.

Au niveau interne, l'épidémie a pu toucher une partie significative du personnel salarié, que ce soit sur le lieu de travail ou durant le temps de trajet : les perturbations occasionnées ont eu un impact négatif sur la production même des entreprises. La défaillance pourra être liée dans un second temps à l'arrêt progressif de l'aide de l'État à l'indemnisation du chômage partiel...

A cela s'ajoute le risque indirect de l'hypothèse où la contamination d'un salarié serait considérée comme un accident du travail susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur pour ne pas avoir pris les mesures de protection nécessaires³.

Le risque s'est aussi trouvé augmenté au sein de la clientèle des sociétés commerciales et industrielles, qu'il s'agisse de particuliers touchés par le chômage, d'entrepreneurs individuels commandant des produits et des services ou d'entreprises utilisatrices de matières premières et de prestations. Leur défaillance a conduit à une baisse des commandes et/ou à un arrêt des paiements, générant un manque dans la trésorerie des entreprises fournisseurs, alors que parallèlement les dettes courantes et les frais fixes demeuraient.

Enfin, le risque de défaillance a été renforcé par les difficultés des fournisseurs, confrontés eux-mêmes aux mêmes perturbations dans leur cycle d'exploitation et de production : fabricants, sous-traitants industriels, entreprises de transport et de commissionnement...

³ M. LILLY, « Covid-19 et faute inexcusable de l'employeur : est-ce possible ? » : D 2020, p 829.

II) Des mesures urgentes face au risque de défaillance

Il faut relever au préalable que ce risque sanitaire n'était pas prévisible, du moins dans son ampleur, de sorte qu'il n'a pas été correctement évalué, ni par l'État lors des réformes législatives successives, ni par les entreprises, par exemple au moment de la souscription d'un contrat d'assurance professionnelle couvrant les pertes d'exploitation. C'est pourquoi seules les pertes d'exploitation découlant d'un dommage matériel pouvaient généralement être garanties. De plus, les compagnies d'assurances ont considéré que le risque de pandémie n'était pas assurable au-delà des divergences d'interprétation des clauses et de la qualification discutée de pandémie ou d'épidémie. Les contrats d'assurance ont néanmoins été mis en jeu vis-à-vis des résultats incertains chaque fois que l'interdiction d'une activité commerciale pouvait être considérée comme conséquence d'une décision de fermeture administrative, garantie par les contrats. Enfin, les difficultés ont été cumulées du fait de la paralysie temporaire des tribunaux de l'ordre judiciaire que ce soit pour obtenir la condamnation d'un débiteur au paiement de sommes exigibles comme pour bénéficier des mesures de prévention adaptées aux difficultés financières auprès des tribunaux de commerce. Les absences et le confinement des fonctionnaires des greffes et des juges ont, par eux-mêmes, ralenti l'audiencement des procédures civiles et commerciales tout comme l'exécution des décisions rendues.

La prise en compte du risque particulier de défaillance des entreprises a notamment imposé diverses mesures d'urgence au plan macro-économique comme au niveau des entreprises elles-mêmes.

Le cadre macro-économique a été modifié par l'État d'abord en facilitant une politique de crédit incitative, grâce à la garantie apportée aux prêts bancaires dans des conditions financières favorables, telles que des prêts garantis par l'État à un taux d'intérêt nul ou faible et un soutien financier de la Banque Publique d'Investissement. Ces aides ont été validées par la Commission européenne qui a adopté, dès le mois de mars, un cadre temporaire pour le soutien aux entreprises⁴. Ces aides exceptionnelles s'ajoutent naturellement au régime des aides publiques de l'État et des collectivités locales.

Une autre approche a consisté à suspendre pendant la période d'urgence sanitaire l'exigibilité des dettes et la mise en œuvre des clauses contenues dans les contrats qui permettaient une résiliation de ces contrats en cas d'impayé.

⁴ (020) 1863 final du 19 mars 2020 ; v. M. KARPENSCHIF, « Les conséquences de la crise du Covid-19 sur le droit européen des aides d'État » : *D.* 2020, p 928.

Cela intéresse aussi bien les baux commerciaux, le crédit-bail, que les prêts bancaires.

Une troisième voie a porté sur l'encouragement au recours au chômage partiel, pris en charge par l'État, pour permettre aux entreprises d'adapter l'emploi à la baisse temporaire d'activité sans pénaliser leur trésorerie.

Parallèlement le télétravail a été facilité, en vue de limiter les risques dus à l'activité simultanée des salariés sur leur lieu de travail. Il s'agit là de mesures intéressant l'environnement légal et réglementaire des activités économiques.

III) Une réponse globale face au risque de défaillance

La maîtrise du risque lié au Covid-19 appelle à l'évidence une réponse globale pour les entreprises les plus exposées.

En ce qui concerne le risque interne, l'entrepreneur a pu (ou doit) limiter son exposition en veillant à la santé et à la sécurité du personnel qu'il emploie, l'objectif étant ici d'éviter la propagation du virus au sein de son entreprise par les moyens matériels mis à sa disposition : des procédures de filtrage et de désinfection, un espacement des postes de travail, la mise en place de travail en alternance et l'encouragement au télétravail, la concertation avec le Comité social et économique et la Médecine du travail. Des dispositions ont été prises relatives à ces mesures d'information et aux délais adaptés aux circonstances⁵. On ajoutera la nécessité d'une réactivité aux signaux d'alerte par l'éloignement des salariés touchés ou susceptibles de l'être par la proximité avec des personnes contaminées, la réduction des réunions de travail internes, à limiter aux besoins véritables, voire la visioconférence, ce qui conduit également à réévaluer la nécessité réelle des réunions « *intra* » souvent démultipliées.

Quant au risque externe, la prévention du risque lié à l'épidémie vis-à-vis des clients implique un réexamen des conditions générales de vente afin de veiller à l'encaissement d'acomptes suffisants, l'établissement de garanties externes et l'adoption de clauses de réserve de propriété, justement généralisées, le rappel des conditions de générales de vente sur chaque document contractuel, le suivi des prestations et des fournitures, l'arrêt des prestations en cas d'apparition des difficultés, l'examen préalable des conditions d'exécution des travaux commandés dans les locaux ou le domicile des clients, l'établissement de clauses suspendant les prestations si les conditions sanitaires ne sont pas ou ne sont plus

⁵ Ord. n° 2020-460 du 22 avril 2020 ; Ord. n° 2020-507 du 2 mai 2020.

réunies, ou si l'activité de l'entreprise est elle-même suspendue par une décision de fermeture administrative.

À l'égard des fournisseurs, la prévention du risque contient en elle-même la prévention des difficultés financières éventuelles, d'où la nécessité d'établir ou de modifier les conditions générales d'achat afin de permettre une révision des contrats de distribution ou d'approvisionnement au cas de circonstances imprévisibles couvrant largement les risques⁶ et une comptabilité rigoureuse et si possible analytique contenant des clignotants susceptibles d'alerter en temps utile.

Quant aux loyers des locaux commerciaux, le droit commun permet sans doute également d'admettre que la perte de jouissance d'un local fermé par une décision administrative justifierait la perte du bien loué⁷, mais cela nécessiterait un contentieux. Il ne s'agirait plus de prévenir le risque mais d'en réparer les conséquences dommageables.

Vis-à-vis des banques, la nécessaire prévention du risque sanitaire impose un suivi scrupuleux des conditions de remboursement et de paiement des frais de découvert. Elle doit être accompagnée, dès l'apparition des difficultés, par un recours au service contentieux interne de l'établissement de crédit et si nécessaire au médiateur de l'établissement ou au médiateur du crédit auprès de la Fédération française des banques⁸.

Vis-à-vis des banques et des fournisseurs, la gestion du risque passe aussi naturellement par le recours aux procédures de prévention accessibles, laissées à l'initiative des chefs d'entreprise, afin de renégocier les obligations en cours et le cas échéant d'obtenir de nouveaux concours assortis pour les créanciers du privilège légal établi par la loi⁹ ou solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, qui arrête les poursuites individuelles avant la cessation des paiements du débiteur¹⁰.

Vis-à-vis des organismes sociaux et de l'administration fiscale enfin, le risque de défaillance, pour autant qu'il apparaît dans un bref délai, impose de chercher un rééchelonnement des dettes, des cotisations et des redevances diverses auprès des services de chaque administration ou organisme concerné et à un degré

⁶ C. civ., art. 1195.

⁷ C. civ., art. 1722.

⁸ C. Mon. et fin., art. L 312-1-3 et s.

⁹ C. com., art. L 611-11.

¹⁰ C. com., art. 621-1 et s.

supérieur auprès de la Commission des chefs de services financiers. Ces différentes mesures sont adaptées à l'existence potentielle de difficultés prévisibles ou déjà avérées, en fonction de l'exigibilité des dettes aux échéances mensuelles et trimestrielles suivantes.

C'est dans ce contexte de prévention du risque de défaillance que le gouvernement, habilité par le législateur, a adopté des mesures temporaires pour faciliter la gestion des entreprises dont la trésorerie s'est trouvée affectée par la crise sanitaire. Plusieurs ordonnances ont ainsi modifié les dispositions du Code de commerce. On peut mentionner les principales modifications introduites¹¹. Est d'abord suspendu le caractère exécutoire des clauses de déchéance du terme pour les prêts et les loyers et des clauses de résiliation des contrats. Est aussi suspendue l'obligation pour un débiteur en cessation des paiements de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire comme le Code de commerce lui en fait l'obligation : sa situation devrait être appréciée au 12 mars 2020 s'il était assigné par un créancier. Les commissaires aux comptes sont invités à informer le président du tribunal de commerce de tout signal alarmant sur la continuité d'exploitation des entreprises qu'ils contrôlent sans être tenus de passer par une information préalable du dirigeant et du conseil d'administration. Si le débiteur demande à bénéficier d'une procédure préventive de conciliation, le président du tribunal peut dans ce cadre suspendre les poursuites individuelles et les mesures d'exécution qui seraient engagées par un créancier refusant la demande du conciliateur. Sont par ailleurs prolongés les délais prescrits par le Code de commerce pour la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ainsi que la durée des plans de restructuration, dont le maximum est prolongé de deux ans. Dans cette limite, le président du tribunal peut aussi modifier les modalités de paiement des échéances prévues par un plan. La dernière des ordonnances facilite également l'accès aux procédures de liquidation simplifiée et aux procédures de rétablissement professionnel, pour lesquelles la valeur maximum de l'actif est portée de 5 000 € à 15 000 €. Enfin, on peut relever que le dirigeant d'une entreprise en liquidation judiciaire peut, pendant la période d'urgence sanitaire, se porter acquéreur de l'entreprise si son projet permet de maintenir l'emploi.

La plupart de ces modifications sont limitées à l'année 2020. Mais dans la mesure où les dispositions légales d'aides aux entreprises (obtention de prêts garantis par l'État et soutien financier aux entreprises en chômage partiel) doivent prendre fin, le risque de défaillance que certaines entreprises auront pu éviter

¹¹ Ord n° 2020-306 du 25 mars 2020 ; Ord n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Ord n° 2020-596 du 20 mai 2020.

grâce à ces aides réapparaîtra, obligeant sans doute à prolonger certaines des mesures provisoires adoptées.

Conclusion

La prévention du risque de défaillance dépasse le risque lié à l'épidémie de Covid-19. Celle-ci n'est après tout qu'un risque supplémentaire susceptible de perturber le cycle d'exploitation et les résultats financiers des entreprises.

Mais sa particularité est double : elle est subite (même si elle ne présente pas nécessairement les caractéristiques légales de la force majeure¹² ou de l'imprévision contractuelle¹³) et générale, étant partagée par tous : l'entrepreneur, ses clients et ses créanciers¹⁴. A ce titre, l'ensemble des mesures de prévention prises par tous les acteurs de la vie économique s'avèrent bien complémentaires.

¹² C. civ., art 1218.

¹³ C. civ., art 1195.

¹⁴ V. J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de Coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision » : *D* 2020, p 611.

Covid-19 : faire face au risque par le droit bancaire et financier

Kevin MAGNIER-MERRAN

**Maître de conférences en droit privé à l'Université de Lorraine
Responsable de l'axe droit des affaires-Institut François Géný**

Mesures et mesurette. Le marasme économique causé par la crise du Covid-19 est déjà comparé à la crise qu'a connu le monde en 1929. La branche du droit bancaire et financier, dans un tel contexte, se fait naturellement le bras armé d'une politique économique de crise. A l'heure du déconfinement, la production normative en matière bancaire et financière, qu'elle émane de l'Autorité des marchés financiers (AMF), ou plus classiquement du législateur, a montré en effet un souci évident de réactivité et d'ajustement aux prévisions économiques. Pour autant, ces mesures concrètes et directement inspirées par la crise sanitaire ne sont pas de même importance. Alors que certaines d'entre elles étaient purement contextuelles et visaient à assurer la continuité des marchés en phase de confinement, d'autres dispositions s'avèrent plus substantielles et l'on songe en particulier au prêt garanti par l'État, qui ne vise pas moins qu'à redresser l'économie.

Adapter la continuité des marchés financiers. La distanciation sociale imposée par la lutte contre la propagation de l'épidémie a eu d'une part un effet direct. Si les régulateurs ont entendu eux-mêmes maintenir leur activité et le faire savoir¹, ils n'ont pas tardé à apporter des précisions aux opérateurs en les incitant fortement à prendre des mesures appropriées leur permettant de respecter leurs obligations dans des conditions opérationnelles mais dégradées du fait du contexte sanitaire. L'AMF a eu notamment pour premier souci d'alerter les opérateurs sur l'importance des dispositions réglementaires en matière de piste d'audit et d'enregistrement des conversations, lors du passage en télétravail². Il s'agissait là de stigmatiser et d'anticiper la réalisation de certains risques tels que les conflits d'intérêts (avec les autres personnes présentes au domicile), ou encore ceux provoqués par une éventuelle latence entraînant une difficulté à surveiller les activités de trading en temps réel. Mais le risque lié au Covid-19, c'est aussi celui de voir les opérateurs se montrer moins scrupuleux quant au respect de certaines obligations d'information pourtant fondamentales pour l'intégrité du marché, ou encore d'observer une baisse de

¹ Communiqués de presse du 9 et du 25 mars respectivement pour l'ACPR et l'AMF.

² V. également, sur la communication de l'ESMA concernant l'enregistrement des conversations : [\[https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-clarifies-position-call-taping-under-mifid-ii\]](https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-clarifies-position-call-taping-under-mifid-ii).

la participation à la prise de décision au sein des sociétés cotées. Le régulateur s'est dès lors montré vigilant en employant sans compter la voie du communiqué de presse. En un mot, l'AMF a joué un rôle de premier plan afin d'adapter les activités des marchés financiers au risque Covid-19(I).

Sauver. D'autre part et c'est sans doute plus important, le risque sanitaire a forcément mis l'économie à l'arrêt, par une interdiction brutale de commercer, dans la plupart des secteurs d'activité. Pour des raisons sanitaires évidentes, l'arrêté du 15 mars 2020³ portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 est venu préciser les modalités de fermeture des établissements recevant du public et non indispensables à la vie de la Nation. Les activités bancaires (de même que les activités financières et d'assurances) ont alors fait figure d'exception, parmi quelques autres activités notamment alimentaires. Si ce détail peut sembler anecdotique, il démontre une fois de plus le levier essentiel qu'est la banque dans une économie bousculée. Cette dernière doit continuer d'assurer ses fonctions quotidiennes évidentes. Dans un environnement troublé, elle est porteuse de paix sociale et c'est à la réalisation de cette mission que l'État l'investit. Il entend même se tenir à ses côtés. En effet, l'article 6 de la loi du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020⁴ porte une mesure emblématique qui consiste en la mise en place d'un mécanisme de garantie de l'État des prêts consentis par des établissements de crédit à hauteur de 300 milliards d'euros⁵. Le législateur entend bien participer au sauvetage de l'économie, en usant d'un mécanisme inédit, *a priori* puissant mais pavé de certaines incertitudes (II).

I) Adapter les marchés au risque Covid-19

Le 23 mars 2020, Robert Ophèle, actuel président de l'AMF, déclarait depuis son compte *LinkedIn* que la « *fermeture des marchés n'est pas d'actualité* »⁶. Pour autant, le secteur bancaire et financier, pour résister à la crise et surtout assurer ses missions essentielles de veille et de protection, a dû s'adapter. Il fallait d'abord poursuivre certaines activités en gérant le risque lié à la circulation de l'information sur les marchés (A), puis s'assurer d'une continuité de la participation à la prise de décision (B) et enfin interdire certaines pratiques (C).

³ Arrêté 15 mars 2020, *JORF* 16 mars 2020, texte n° 2.

⁴ Loi n°2020-289 du 23 mars 2020, *JORF* 24 mars 2020.

⁵ X. DELPECH, « Coronavirus : le mécanisme de prêts garantis par l'État opérationnel », *D. actu* 24 mars 2020.

⁶ [<https://www.linkedin.com/pulse/ne-cassons-pas-le-thermom%25C3%25A8tre-robert-oph%25C3%25A8le/?trackingId=pgf2r2rC0u2a663PIXgcNA%3D%3D>].

A) Le traitement du risque de l'information

Généralités. Les marchés financiers sont régis par des principes directeurs qui visent tous à maximiser l'anticipation du risque. L'importance du risque naturel lié aux marchés explique qu'assurer leur sécurité soit au cœur du travail de l'AMF. L'exigence n'a été que renforcée par la survenance du Covid-19, nouveau facteur de perturbation qui explique sans aucun doute l'extrême réactivité du régulateur boursier, qui mène depuis le début de la crise sanitaire une campagne substantielle de prévention des risques. En effet, l'outil du communiqué de presse est depuis la survenance de l'épidémie fortement mobilisé. Les principes de transparence et d'intégrité du marché y sont toujours fortement mouvementés. Plus largement, le régulateur rappelle depuis le début de la crise sanitaire, en convoquant plusieurs sources, l'impérieuse nécessité de la circulation d'une information sincère afin de protéger les opérations, les intermédiaires financiers et les marchés eux-mêmes. Le Covid-19, qui peut rendre l'exécution de l'obligation d'information des opérateurs plus complexe, fait peser nécessairement un risque sur la transparence des marchés financiers. Le régulateur s'est alors employé à stigmatiser les obligations des opérateurs en la matière.

Continuité des obligations de reporting. La nécessité pour le régulateur d'anticiper le risque d'un défaut de transparence, lequel est renforcé du fait de l'épidémie, s'est manifesté d'abord à travers les rappels opérés en matière de déclarations d'opérations suspectes (DOS). L'AMF, dans un communiqué du 2 avril 2020, rappelle que les systèmes de détection des opérations suspectes mis en place au sein des établissements doivent prendre en compte les conditions de marché⁷. En effet, les opérateurs de marché, les entreprises d'investissement qui gèrent une plateforme de négociation ainsi que toute personne qui organise ou exécute des transactions à titre professionnel ont l'obligation de déclarer à l'AMF toute opération qui pourrait constituer une opération d'initié, une manipulation de marché ou une tentative d'opération d'initié ou de manipulation de marché⁸. Après avoir rappelé que les acteurs doivent, dans le cadre normal de leur activité, mettre en place des outils et procédures leur permettant de sélectionner en fonction de leur significativité les alertes générant de potentielles déclarations d'opérations suspectes au titre d'éventuels abus de marché, l'AMF somme les opérateurs de prendre les

⁷[\[https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/continuite-des-activites-de-marche-en-periode-de-covid-19-lamf-precise-ses-attentes\]](https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/continuite-des-activites-de-marche-en-periode-de-covid-19-lamf-precise-ses-attentes).

⁸ Règlement délégué (UE) n° 2016/957 de la Commission du 9 mars 2016.

mesures appropriées leur permettant de respecter leurs obligations d'envoi dans des délais raisonnables compte tenu des difficultés nées de la crise.

EMIR. Toujours au sein du même communiqué, le régulateur prend ensuite position sur les *reportings* des transactions EMIR (*European Market Infrastructure Regulation*). L'objectif de l'AMF est simple : les établissements doivent veiller à ce que leur transmission reste régulière et de qualité et cela conformément aux délais réglementaires. Pour rappel, le dispositif « EMIR » vise à réguler les marchés des produits dérivés de gré à gré en imposant aux intervenants (ou contreparties) différentes obligations destinées à sécuriser les échanges et à garantir la transparence de ceux-ci⁹. Soucieuse du respect de cette réglementation, l'AMF invite les établissements qui rencontreraient des problèmes ponctuels pour transmettre leurs données à soumettre au plus vite les données qui n'auraient pas été transmises dans les délais au régulateur ainsi qu'un calendrier prévisionnel de retour à la normale.

SFTR. Le gendarme boursier a également investi le domaine du *reporting* SFTR (*Securities Financing Transaction Regulation*). Ce dernier vise à créer de la transparence sur les marchés de financement des valeurs mobilières en permettant aux régulateurs d'évaluer le risque systémique et de mieux assurer ainsi la stabilité du système financier. L'AMF a extériorisé une doctrine importante à ce sujet et il n'est guère étonnant qu'elle ait immédiatement rappelé l'importance du dispositif¹⁰. L'entrée en application du *reporting* pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement était prévue initialement le 13 avril 2020. Pour les contreparties centrales, et les dépositaires centraux, l'entrée en application était prévue pour le 13 juillet 2020. Si l'AMF est convaincue de l'importance de ce nouveau *reporting*, elle considère que la situation actuelle ne permettra pas d'atteindre le niveau de préparation suffisant au 13 avril 2020. L'AEMF (Autorité européenne des marchés financiers), qui supervise les référentiels centraux en charge de la réception des *reportings*, a indiqué, quant à elle, qu'elle décalait sa procédure d'agrément des référentiels au-delà du 13 avril 2020 afin de laisser plus de temps aux acteurs pour se préparer dans de bonnes conditions et leur permettre d'être prêts pour déclarer à compter du 13 juillet 2020¹¹. L'AMF a alors logiquement indiqué qu'elle tiendrait compte de ce nouveau calendrier dans ses actions de supervision, conformément au communiqué de l'AEMF.

⁹ Règlement (UE) 648/2012 EMIR.

¹⁰ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/doctrine-de-lamf-sur-la-gestion-dactifs-mise-jour-dinstructions-pour-prendre-en-compte-le-reglement>].

¹¹ [<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-sets-out-approach-sftr-implementation>].

Informers sur les conséquences du Covid-19. Dans un communiqué du 28 février 2020, le régulateur financier a rappelé certaines règles d'information qui s'appliquent aux sociétés cotées dans le contexte de l'épidémie de coronavirus¹². Est en jeu ici la transparence des acteurs sur leur exposition aux incidences de cette épidémie. Le régulateur met l'accent sur le règlement Abus de marché¹³ qui, rappelons-le, exige des émetteurs, qu'ils rendent publique, dès que possible, toute information privilégiée qui les concerne directement ou indirectement, c'est-à-dire toute information non publique, à caractère précis, et susceptible d'influencer de façon sensible le cours. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser qu'il s'agit d'une question de fait, qui devait être appréciée de façon objective, *in abstracto*.¹⁴ Une recommandation apparaît clairement au sein du communiqué : l'AMF indique, en effet, que « *les émetteurs doivent réévaluer périodiquement l'impact connu et anticipé de l'épidémie sur l'activité et les perspectives quant à son caractère significatif et/ou son montant* ». Près d'un mois plus tard, dans une communication du 23 mars, le régulateur complétait sa communication en apportant de nouvelles précisions sur les dépôts des documents d'enregistrement universels et règles d'information permanente dans le contexte de la crise du Covid-19. On se souvient que l'une des innovations les plus remarquées du règlement Prospectus n°2017/1129 du 14 juin 2017 est sans doute l'introduction au niveau européen en juillet 2019 du « *document d'enregistrement universel* » (URD pour *universal registration document*) qui remplace le « document de référence ». L'objectif est d'intégrer, au sein de l'URD, des informations plus substantielles sur la stratégie de l'opérateur et les facteurs de risque. Ces derniers doivent être présentés de façon à pouvoir évaluer leur importance en fonction de la probabilité de les voir se matérialiser. En effet, les URD comprennent un schéma d'informations obligatoires et une attestation des dirigeants à la date du dépôt. Cette attestation confirme que les informations contenues dans l'URD sont conformes à la réalité et ne comportent pas d'omission de nature à en altérer la portée. A ce titre, les facteurs de risques et les perspectives précédemment annoncées doivent être réévaluées à la lueur du contexte actuel. Si l'AMF souligne que l'incertitude relative à la durée de la crise sanitaire, à son ampleur, et à ses effets sur les chaînes et modes de production et de consommation est générale, elle précise néanmoins que les impacts sont potentiellement très différents d'une entreprise à l'autre, selon les activités et les clients, et selon les ressources des émetteurs disponibles et/ou accessibles pour faire face à ces impacts, pour

¹² [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiques/communiques-de-lamf/lautorite-des-marches-financiers-rappelle-certaines-regles-dinformation-qui-sappliquent-aux-societes>].

¹³ Règl. (UE) n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avr. 2014, JOUE n° L173, 12 juin. V. en particulier, pour la définition de l'information privilégiée, l'article 7, §1,a).

¹⁴ Cass. crim. 14 juin 2006, n° 05-82453.

conclure que l'information donnée à ce titre doit être circonstanciée et adaptée à la situation spécifique de chaque émetteur. Le régulateur se montre dès lors relativement exigeant à l'égard des opérateurs qui devront présenter, au sein de l'URD, une section « facteurs de risques » à jour au moment du dépôt concernant le risque Covid-19, tandis que les risques présentés devront être significatifs, spécifiques et corroborés. Ces standards sont ensuite précisés par le régulateur, ce qu'il faut saluer car l'objectif de transparence ne doit pas éluder la sécurité juridique. On relèvera, notamment, concernant la spécificité, que la communication du risque doit permettre d'établir un lien clair et direct entre le facteur de risque et l'émetteur. Ainsi, les émetteurs sont invités à décrire, dans la mesure du possible, les effets sur leurs activités et à mentionner les incertitudes spécifiques qui les concernent, du fait de leurs activités, de leurs zones géographiques, mais aussi de celles de leurs principaux clients et fournisseurs. De manière générale, au moment du dépôt de leur URD, les émetteurs doivent indiquer si la crise actuelle du Covid-19 remet en cause les perspectives financières précédemment annoncées. Le régulateur précise encore que lorsqu'un impact significatif du Covid-19 est constaté ou anticipé, les communications prospectives antérieures comprenant une hypothèse « hors impact coronavirus » doivent être reformulées. Enfin, l'AMF indique que les émetteurs sont appelés à la plus grande transparence concernant les hypothèses de leurs communications (horizon, hypothèses sous-jacentes d'activité...). Elle rappelle l'importance de communiquer au marché dès que possible toute information privilégiée, et d'évaluer à ce titre la nécessité de communiquer ou non sur d'éventuelles dispositions inhabituelles prises en matière de gestion de trésorerie.

Gérer la continuité de l'information périodique dans le contexte d'épidémie de Coronavirus. Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, l'AMF a également apporté quelques précisions sur le calendrier de publication des comptes annuels et semestriels. La directive européenne Transparence¹⁵ impose, en effet, aux sociétés cotées sur un marché réglementé de déposer leurs rapports financiers annuels au plus tard dans les quatre mois suivants la clôture de l'exercice. Pour les exercices clos au 31 décembre, le rapport financier annuel – qui intègre des états financiers audités - doit donc être déposé au plus tard le 30 avril de l'année suivante. Dans le contexte actuel de crise sanitaire et compte tenu des mesures décidées pour limiter la diffusion de l'épidémie de Coronavirus, l'AEMF et les régulateurs nationaux dont l'AMF ont naturellement pris conscience des difficultés rencontrées par les émetteurs sur de tels sujets. Dans ce contexte, il est attendu des émetteurs, qui ne pourraient pas publier leur

¹⁵ Directive 2013/50/UE.

rapport financier dans les délais, qu'ils communiquent à l'AMF et au marché toute anticipation d'un éventuel retard de publication sur le calendrier réglementaire, les raisons de ce retard et une date prévisionnelle de publication. Cette adaptation vient en complément des dispositions prises dans le cadre de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents et informations que les personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé sont tenues de déposer ou publier dans le contexte de l'épidémie de Covid-19.

Lutter contre les fausses informations. Par un communiqué commun du 26 mars 2020, l'AMF et l'ACPR mettent en garde le public « *contre les risques d'arnaques dans le contexte de l'épidémie de coronavirus* »¹⁶. Dans le cadre de leurs missions respectives de protection de l'épargne et des clients des secteurs de la banque et de l'assurance, les régulateurs appellent le public à la plus grande vigilance face au risque d'escroqueries dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 et de repli des marchés financiers. L'AMF et l'ACPR soulignent que des offres faites au public sont susceptibles d'épouser diverses formes, telles que des propositions de placements présentés comme une valeur refuge au travers de biens tangibles (tels que l'or, les métaux précieux, les grands crus ou whiskys, etc.), des faux produits bancaires ou d'assurance cumulant des caractéristiques très attractives (rendement élevé et absence de risque, rapidité de souscription et absence de vérification du profil de l'emprunteur, etc.). Cette mission de protection va sans doute se densifier dans les semaines à venir.

B) La gestion du risque démocratique

Loin des yeux, loin du vote ? La crise sanitaire fait courir un risque évident d'abstention des actionnaires aux assemblées générales, alors même qu'il s'agit pour eux d'exercer un droit fondamental. Par deux communiqués successifs, en date des 6 et 27 mars 2020, l'AMF entend porter une attention particulière à l'exercice, par les actionnaires, de leurs prérogatives dans le cadre des assemblées générales de sociétés cotées. En date du 6 mars, alors que l'ampleur de la crise sanitaire n'était sans doute pas encore assez mesurée, l'AMF rappelait aux actionnaires des sociétés cotées qu'il leur était possible de voter aux assemblées générales sans y être physiquement présent¹⁷. Elle recommandait

¹⁶ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiques/communiques-de-lamf/lamf-et-lacpr-mettent-en-garde-le-public-contre-les-risques-darnaques-dans-le-contexte-de-lepidemie>].

¹⁷ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiques/communiques-de-lamf/communiquede-presse-relatif-aux-assemblees-generales-de-societes-cotees>].

déjà de recourir massivement aux outils numériques comme le formulaire de vote en ligne ou encore le vote sur Internet via une plateforme de vote sécurisé. Dans son second communiqué du 27 mars 2020, soit deux jours après que l'ordonnance du 25 mars 2020 contenant plusieurs dispositions pour simplifier et adapter les règles de convocation, d'information, de réunion et de délibération des assemblées générales a été adoptée¹⁸, le régulateur va beaucoup plus loin en attirant l'attention des épargnants sur le fait que, dans le contexte actuel de crise sanitaire, les assemblées générales se tiendront à huis clos, hors la présence des actionnaires¹⁹. En effet, en vertu de l'ordonnance précitée, les sociétés sont exceptionnellement autorisées à tenir leur assemblée générale sans que leurs actionnaires – et les autres personnes ayant le droit d'y assister, tels que par exemple les commissaires aux comptes et les représentants des instances représentatives du personnel – ne soient physiquement présents. Afin d'assurer une information appropriée des actionnaires dans ce contexte exceptionnel, l'AMF encourage les émetteurs à suivre une série très dense de bonnes pratiques visant toutes à la meilleure information possible des actionnaires.

Mesures exceptionnelles à déployer. Dans un nouveau communiqué du 17 avril 2020, le régulateur informait encore les actionnaires et les sociétés cotées des mesures exceptionnelles prises pour l'organisation des assemblées générales. On note qu'elle « *encourage vivement les actionnaires à exercer leur droit de vote, prérogative fondamentale de l'actionnaire, essentielle au bon fonctionnement et à une saine gouvernance des émetteurs* »²⁰. Afin d'assurer une information appropriée des actionnaires et d'accompagner au mieux les sociétés cotées dans ce contexte exceptionnel et difficile, l'AMF encourage les émetteurs à mettre en place, le plus tôt possible en amont de l'assemblée générale, une communication claire, précise et accessible à l'attention de l'ensemble des actionnaires. Cette communication doit porter sur les modalités particulières de tenue de l'assemblée générale dans le contexte de crise sanitaire, mais également sur les différentes modalités d'information des actionnaires. Le régulateur souligne également que les différentes modalités de participation possibles offertes aux actionnaires doivent être dûment rappelées en cette période troublée. De manière très concrète, l'AMF recommande aux

¹⁸ Ord. n° 2020-321 du 25 mars 2020, JO 26 mars, sur laquelle V.X. DELPECH, « Coronavirus : la continuité du fonctionnement des groupements assurée », *D. actu* 27 mars 2020.

¹⁹ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiqués/communiqués-de-lamf/covid-19-lamf-informe-les-actionnaires-et-les-sociétés-cotées-des-mesures-exceptionnelles-prises>].

²⁰ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/covid-19-lamf-informe-les-actionnaires-et-les-sociétés-cotées-des-mesures-exceptionnelles-prises>].

opérateurs de mentionner sur les pages du site Internet dédiées à l'assemblée générale les informations appropriées concernant les modalités particulières de tenue de l'assemblée générale, et de participation des actionnaires, dans le contexte de crise sanitaire. De plus, les groupements concernés sont invités à informer directement par voie électronique (email), lorsque l'adresse électronique est connue de l'émetteur, les actionnaires au nominatif des modalités particulières de vote et de tenue de l'assemblée générale. Aussi et compte tenu de l'impossibilité pour les actionnaires de se rendre, dans le contexte actuel, au siège de l'émetteur pour consulter les documents concernant l'émetteur qu'ils sont en droit de consulter, les sociétés doivent permettre aux actionnaires, lorsque cela est possible, d'exercer leur « droit à communication » en leur adressant - sur demande et par email – une copie des documents qui ne sont pas accessibles sur le site Internet de l'émetteur. Il est également recommandé de retransmettre l'assemblée générale en direct, en format audio ou vidéo, par diffusion en streaming ou par tout procédé de retransmission accessible aux actionnaires. Au terme de la retransmission en direct, la société devra maintenir en libre accès pour les actionnaires à la vidéo de l'assemblée générale sur le site Internet de l'émetteur.

Rappel formel du droit fondamental pour les actionnaires d'exprimer leur vote en assemblée générale. Dans un communiqué du 3 mai 2020, l'AMF se montre particulièrement vigoureuse en pointant les risques juridiques qui pourraient se réaliser en cas d'entrave à la jouissance d'une telle prérogative²¹. Le vote est l'occasion d'exprimer le choix de l'actionnaire sur des choix substantiels et variés (approbation des comptes, affectation du résultat et fixation du dividende, choix des administrateurs, des commissaires aux comptes, augmentation de capital, etc...). D'une part, le régulateur précise que si un dialogue actionnarial, et notamment des échanges entre les dirigeants sociaux (ou leurs mandataires) d'un émetteur et des actionnaires, peut naturellement intervenir en amont d'une assemblée générale, de telles démarches ne sauraient se traduire par des pressions de nature à compromettre la sincérité du vote ou à entraver la libre expression du vote des actionnaires, ou intervenir en violation du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché. Le gendarme boursier rappelle d'autre part qu'aux termes de l'article L242-9 du Code de commerce, constituent un délit le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires ainsi que le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces

²¹ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiqués/communiqués-de-lamf/lamf-rappelle-le-droit-fondamental-des-actionnaires-dexprimer-leur-vote-en-ag>].

avantages. On ne peut que saluer une telle intervention du régulateur, en même temps que le rappel d'une telle évidence est sans doute à la hauteur des risques provoqués par la crise sanitaire, laquelle pourrait engendrer très certainement des démarches opaques.

C) La prévention du risque de cours

Désamorcer la volatilité. Dans une décision du 17 mars 2020²², le président de l'AMF a décidé de l'interdiction des positions courtes nettes et cela jusqu'au 16 avril 2020, pour tenter de juguler le marasme boursier causé par la crise sanitaire. Une autre décision du 14 avril 2020 était venue renouveler l'interdiction jusqu'au 18 mai 2020²³. Précisément, il s'agit, au visa du règlement n° 236/2012 du 14 mars 2012²⁴ sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, mais également de l'article L421-16, II du Code monétaire et financier, d'interdire toute prise de position courte nette et tout accroissement d'une position courte nette sur les titres de capital des émetteurs dont les actions sont admises aux négociations sur une plateforme de négociation française et pour lesquelles l'AMF est l'autorité compétente. L'interdiction n'est toutefois pas absolue puisqu'en sont exclues la création ou l'augmentation de positions courtes nettes au travers d'instruments financiers indiciels ou de paniers d'actions lorsque les actions objet de la décision représentent moins de 50% de la composition de l'indice ou du panier. Le président de l'AMF justifiait alors sa décision à la lumière des événements défavorables liés à la propagation du virus Covid-19 qui représentaient, d'après les termes mêmes de la décision, une « *menace sérieuse pour la confiance des marchés* ». L'interdiction était alors assez logique. La pratique de la vente à découvert consiste à parier sur la baisse future d'un titre boursier et à vendre des actions sans les détenir en vue de profiter d'une baisse des cours. Elle est dès lors considérée comme spéculative et risquée en période de crise boursière dès lors qu'elle pourrait entraîner mécaniquement à la baisse des titres déjà fortement malmenés.

Fin de la mesure : fin du risque ? Dans un communiqué de presse du 18 mai 2020²⁵, faisant le constat d'une normalisation progressive des indicateurs de

²² [<https://www.amf-france.org/fr/reglementation/mesures-dintervention-exceptionnelles/decision-du-17-mars-2020-relative-la-prorogation-de-linterdiction-des-positions-courtes-nettes>].

²³ [<https://www.amf-france.org/fr/reglementation/mesures-dintervention-exceptionnelles/decision-du-14-avril-2020-relative-au-renouvellement-de-linterdiction-des-positions-courtes-nettes>].

²⁴ JOUE n° L86, 24 mars 2020.

²⁵ [<https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiqués/communiqués-de-lamf/lamf-suspend-linterdiction-de-créer-ou-daugmenter-des-positions-courtes-nettes>].

risque du marché français et des marchés étrangers ayant mis en place une interdiction similaire, l'AMF a décidé de suspendre la mesure exceptionnelle d'interdiction portant sur la création de positions courtes nettes et l'augmentation de positions courtes nettes existantes. Le régulateur indique qu'il continue toutefois à suivre attentivement l'évolution des marchés et reste en relation étroite avec les autres autorités. Si jamais la situation des marchés le nécessitait, l'AMF réclame une réaction coordonnée à l'échelle européenne. L'avantage de la vente à découvert est connu : elle permet de contribuer à une plus grande liquidité du marché. Mais n'est-ce pas précocité de les autoriser à nouveau alors que les conséquences du Covid-19 ne sont pas encore suffisamment affinées et qu'une spirale boursière est encore à redouter ?

Recours massif au communiqué de presse. Le régulateur financier a investi pleinement son rôle de surveillance du marché boursier. Bien plus, il s'est montré soucieux de proposer une adaptation des obligations des opérateurs dans un tel contexte, en communiquant tant sur le front de l'information financière que sur celui de la participation à la gouvernance des sociétés cotées. De véritables recommandations apparaissent au sein de ces communiqués d'urgence, forcément plus nombreux pour tenter d'encercler les effets les plus primaires de la crise sanitaire. De tels communiqués ont été assurément utilisés afin de fixer les conduites, à tout le moins de les orienter et seront des instruments précieux de mesure des comportements à l'heure où les opérateurs devront rendre des comptes. L'instrument est pratique car l'information qu'il renferme peut-être propulsée rapidement au sein d'un espace déjà très attentif au pouvoir du régulateur. Si le communiqué de presse ne fait pas partie intégrante de la doctrine de l'AMF (laquelle est d'élaboration plus lente car elle n'est extériorisée qu'à l'issue d'un travail de sélection et de concertation avec les professionnels des marchés), nul doute qu'un tel instrument de *soft law* en constitue déjà le travail préparatoire, notamment si les effets du Covid-19 devaient se prolonger au-delà d'une période raisonnable.

II) Sauver l'économie du risque d'effondrement

Garantir et soutenir. Si le régulateur participe de la normalisation de l'économie que l'on qualifie parfois de financière, l'économie réelle subit déjà également les effets dévastateurs du Covid-19. Dès lors, les incitations ou les recommandations ne suffisent plus. Une intervention du législateur, massive, pour se hisser à la hauteur des enjeux, s'imposait. Face à un tel bouleversement, l'État doit en effet venir garantir le financement d'une activité économique qui tentera de traverser

le pire (A). Tous ses relais doivent alors être en mesure de pouvoir soutenir les mesures envisagées (B).

A) Garantir le risque de défaillance des emprunteurs

Mécanisme de garantie de l'État. L'article 6 de la loi du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020²⁶ porte une mesure emblématique qui consiste en la mise en place d'un mécanisme de garantie de l'État des prêts consentis par des établissements de crédit à hauteur de 300 milliards d'euros²⁷. Si la mise sous tension d'une telle garantie ne manquera pas d'interroger encore dans les prochains temps, quelques observations peuvent déjà être formulées au sujet du cadre juridique mis en place. D'ailleurs, le législateur entrevoit déjà la nécessité d'ajustements éventuels puisqu'un comité de suivi, placé auprès du Premier ministre, reste, selon ce même article 6, « *chargé de veiller au suivi de la mise en œuvre et à l'évaluation des mesures de soutien financier aux entreprises confrontées à l'épidémie de Covid-19* ».

Prêteurs et emprunteurs : phénomène d'élargissement. Le mécanisme mis en place ne pouvait initialement profiter qu'aux « *entreprises non financières immatriculées en France* »²⁸. Depuis la deuxième loi de finances rectificative pour 2020 du 25 avril 2020²⁹, qui vient étendre le dispositif du PGE, ce sont les « *entreprises immatriculées en France autres que des établissements de crédit ou des sociétés de financement* », qui peuvent bénéficier du dispositif. La nouveauté permet de rendre éligible au PGE les établissements de paiement (proposant par exemple des cartes prépayées, sans autre service de type bancaire) et les entreprises du domaine des *fintechs* (art. 16, I, 2°). Quant à l'arrêté d'application du 23 mars 2020³⁰, il précisait en son article 3 que sont concernées les entreprises de toute taille, quelle que soit leur forme juridique (notamment sociétés, commerçants, artisans, exploitants agricoles, professions libérales, micro-entrepreneurs, associations et fondations ayant une activité économique), à l'exception des sociétés civiles immobilières. Cette exception n'est plus, depuis un arrêté du 6 mai 2020³¹ qui vient inclure les SCI de construction-vente, les SCI dont le patrimoine est majoritairement constitué de monuments historiques classés ou inscrits et qui collectent des recettes liées à l'accueil du public, enfin, les SCI dont le capital est intégralement détenu par des

²⁶ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, préc.

²⁷ X. DELPECH, « Coronavirus : le mécanisme de prêts garantis par l'État opérationnel », *D. actu* 24 mars 2020.

²⁸ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, art. 6, I.

²⁹ Loi n° 2020-473, 25 avr. 2020, *JOFR* 26 avr. 2020.

³⁰ Arrêté 23 mars 2020, *JORF* 24 mars 2020, texte n° 10.

³¹ Arrêté 6 mai 2020, *JORF* 7 mai 2020.

organismes de placement collectif immobilier, ou par des sociétés civiles de placement immobilier, ou encore par des organismes professionnels de placement collectif immobilier. De la même manière, les entreprises éligibles au PGE ne devaient pas initialement faire l'objet de l'une des procédures prévues aux titres II, III et IV du livre VI du Code de commerce, à savoir une sauvegarde, un redressement ou une liquidation judiciaire. S'agissant de la situation financière des entreprises éligibles au PGE, l'arrêté du 6 mai ramène l'exclusion des entreprises sous procédures collectives, aux seules procédures ouvertes avant le 31 décembre 2019 (inclus) et non encore closes au moment de l'octroi d'un prêt. Le PGE est donc désormais ouvert aux entreprises qui, au 31 décembre 2019, ne faisaient pas l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel s'agissant de personnes physiques, ou n'étaient pas en période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, sauf à ce qu'un plan de sauvegarde ou de redressement ait été arrêté par un tribunal avant la date d'octroi du PGE.

S'agissant ensuite des prêteurs, ce sont désormais, outre les établissements de crédit et les sociétés de financement, les intermédiaires en financement participatif agissant pour le compte des prêteurs³². Encore convient-il de préciser que si les vérifications de Bpifrance conduisent à constater que le prêt ne remplit pas les conditions définies dans le cahier des charges, la responsabilité de l'intermédiaire sera engagée, au titre d'un manquement à ses obligations professionnelles en matière de règles de bonne conduite et d'organisation prévues à l'article L548-6 du Code monétaire et financier, vis-à-vis des prêteurs qui peuvent obtenir un dédommagement à hauteur de la perte que la garantie de l'État aurait couverte si le cahier des charges avait été rempli (art. 16, I, 7°, c).

Prêts concernés. Quant aux prêts concernés, le texte offre d'abord une certitude : la garantie de l'État concerne uniquement les prêts octroyés entre le 16 mars 2020 et le 31 décembre 2020³³. Mais des questionnements quant au type d'opération de crédit couvert par ce mécanisme exceptionnel ne manqueront pas de se poser rapidement. La loi et l'arrêté visent l'hypothèse du « prêt ». Qu'est-ce à dire ? Il est vrai que le ministre a indiqué qu'il sera destiné à permettre « *de soulager la trésorerie des entreprises et des professionnels qui subissent le choc lié à l'urgence sanitaire* ». Cette finalité semble exclure les crédits d'investissement, même si des détournements de cette garantie seront malheureusement possibles. Autre interrogation : faut-il entendre le « prêt » de manière littérale ou peut-on estimer que la catégorie plus large des opérations

³² L 25 (art. 16, I, 1°).

³³ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, préc., art. 6, I.

de crédit est ici visée ? Ramené à la pratique bancaire, le prêt classique comme seul outil de soutien aux entreprises est décevant à l'heure où les techniques de crédit sont particulièrement variées. Si les crédits par remise immédiate des fonds sont assurément éligibles au mécanisme nouveau, *quid* des crédits avec remise éventuelle des fonds ou encore du crédit par signature ? Il en va de la même interrogation pour les crédits avec mobilisation de créances, lesquels sont fondamentalement conçus pour financer un besoin de trésorerie... Sans oublier enfin, les crédits dits assimilés, tels que le crédit-bail et la location assortie d'une option d'achat. L'avenir nous dira rapidement si la pratique a opté pour une analyse littérale et donc exagérément restrictive du prêt ou si une lecture plus extensive du dispositif est permise. En l'état, une interprétation extensive du « prêt » s'impose. D'ailleurs le PGE octroyé à la société Renault semble plutôt valider la thèse de l'interprétation extensive. En effet, l'article premier de l'arrêté accordant la garantie de l'État indique que la garantie est octroyée à la société Renault « *au titre d'une ouverture de crédit utilisable en une ou plusieurs fois pour un montant total maximum en principal de 5 milliards d'euros* »³⁴. Il ne s'agit donc pas d'un prêt, au sens classique : un plafond maximum est prévu mais rien n'indique que les 5 milliards d'euros seront immédiatement et effectivement décaissés, comme l'exigerait un prêt classique.

Cahier des charges. La loi de finances rectificative pour 2020 du 23 mars 2020, complétée par l'arrêté du même jour, apporte des précisions sur les caractéristiques des prêts éligibles à la garantie³⁵. Elle indique qu'ils doivent répondre à un cahier des charges défini par l'arrêté précité du 23 mars 2020. Sur ce point, la loi pose déjà un cadre plus ou moins précis. Les prêts doivent ainsi comporter un différé d'amortissement minimal de douze mois ainsi qu'une clause donnant à l'emprunteur la faculté, à l'issue de la première année, de les amortir sur une période additionnelle calculée en nombre d'années, selon son choix et dans la limite d'un nombre maximal d'années précisé par le même arrêté. Aussi, les concours totaux apportés par l'établissement prêteur à l'entreprise concernée ne doivent pas avoir diminué, lors de l'octroi de la garantie, par rapport au niveau qui était le leur le 16 mars 2020. Pour répondre à ces exigences, l'arrêté précise que sont éligibles les prêts qui présentent l'ensemble des caractéristiques suivantes : un différé d'amortissement minimal de douze mois ; une clause donnant aux emprunteurs la faculté, à l'issue de la première année, de les amortir sur une période additionnelle d'un, deux, trois, quatre, ou cinq ans. On notera également qu'une même entreprise ne peut bénéficier de prêts couverts par la garantie de l'État pour un montant total

³⁴ Arrêté 2 juin 2020, art.1.

³⁵ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, préc., art. 6, III.

supérieur à un certain plafond. Pour les entreprises créées à compter du 1^{er} janvier 2019, la masse salariale en France estimée sur les deux premières années d'activité ; pour les entreprises créées avant le 1^{er} janvier 2019, 25 % du chiffre d'affaires 2019 constaté ou, le cas échéant, de la dernière année disponible. En effet, dans les cas où Bpifrance Financement SA, chargé de la gestion du dispositif de la garantie d'État, reçoit la notification de plusieurs prêts consentis à une même entreprise, la garantie de l'État est acquise dans l'ordre chronologique d'octroi de ces prêts, et à condition que leur montant cumulé reste inférieur au plafond ci-dessus. Le contrat de prêt peut prévoir que son remboursement devienne immédiatement exigible en cas de détection, postérieurement à l'octroi du prêt, du non-respect du cahier des charges et « *notamment en raison de la fourniture, par l'emprunteur, d'une information intentionnellement erronée à l'établissement prêteur ou à Bpifrance Financement SA* »³⁶.

Nature de la garantie. La garantie étatique, exclusive de toute autre sûreté ou garantie³⁷, couvre à la lecture de la loi le remboursement du crédit, à la fois en principal, intérêts et accessoires³⁸, mais la nature de celle-ci, clé de voûte du dispositif, n'est pas précisée. Si elle semble revêtir les caractéristiques d'une sûreté personnelle, cette maladresse pourrait faire hésiter entre la qualification de cautionnement et de garantie autonome. Bien plus, on pourrait se demander s'il ne s'agit pas pour l'État de prendre le pari d'un mécanisme assurantiel. S'il s'agit d'une sûreté personnelle, l'établissement de crédit sera plus enclin à prêter en présence d'une garantie autonome, dont on connaît le régime avantageux, notamment parce que le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie, ainsi que le prévoit l'article 2321, alinéa 3, du Code civil. Il s'agirait alors de mettre à l'œuvre « *un mécanisme de paiement automatique où le garant ne s'engage pas à payer la dette principale à la charge du donneur d'ordre, mais où il s'engage à payer au bénéficiaire une somme d'argent sur la demande de ce dernier* »³⁹. L'État s'engagerait donc ici sur le mode rigoureux de la garantie autonome, à en croire également le communiqué de presse du ministère de l'économie qui indique que « la garantie couvrira *de manière automatique* tous les prêts de trésorerie ». Cette automaticité est bien en effet la marque de fabrique de la garantie autonome. S'agissant d'une telle garantie, puisqu'elle demeure une sûreté, l'État disposerait alors d'un recours après paiement contre le donneur d'ordre, à savoir le débiteur. La piste du mécanisme assurantiel n'est pas pour autant à proscrire. La garantie en cause,

³⁶ Arrêté 23 mars 2020, art. 5.

³⁷ Arrêté 23 mars 2020, art.1^{er}.

³⁸ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, préc. art. 6, II.

³⁹ S. PIEDELIÈVRE, *Rép. com.*, « Garantie à première demande », n° 1.

sui generis, pourrait s'apparenter à une opération d'assurance-crédit. L'État s'engagerait alors pour couvrir le risque de l'insolvabilité du débiteur et le prendre *in fine* à sa charge. Le contexte économique et l'esprit du texte plaident plutôt en faveur de cette dernière analyse. Il est impossible en tout cas de savoir avec certitude si l'État disposera ou non d'un recours une fois qu'il aura honoré sa garantie.

Octroi de la garantie. La taille de l'entreprise est ici déterminante. S'agissant des crédits consentis aux entreprises qui emploient, lors du dernier exercice clos, au moins 5 000 salariés et ont un chiffre d'affaires annuel supérieur à 1,5 milliard d'euros, la garantie sera octroyée sur la base d'un arrêté – individuel – du ministre chargé de l'Économie. Pour toutes les autres entreprises, les crédits octroyés bénéficieront de la garantie de l'État dès lors qu'ils rempliront les conditions du cahier des charges et sur simple notification à Bpifrance Financement SA. L'arrêté du 23 mars 2020 apporte des précisions sur le formalisme auquel doit obéir cette notification : l'établissement prêteur qui souhaite faire bénéficier de la garantie de l'État l'entreprise emprunteuse est tenu de notifier « à Bpifrance Financement SA de l'octroi de ce prêt *via* un système unique dédié et sécurisé reposant sur un format de fichier standardisé, que met à disposition de l'établissement prêteur Bpifrance Financement SA dans le cadre d'une convention conclue entre ces derniers ». ⁴⁰

Mise en jeu de la garantie : *incombance* et *déchéance*. L'établissement prêteur devra selon l'arrêté précité, démontrer, en cas de demande de mise en jeu de la garantie, « qu'après l'octroi du prêt couvert par cette garantie, le niveau des concours qu'il détenait vis-à-vis de l'emprunteur était supérieur au niveau des concours qu'il apportait à ce dernier à la date du 16 mars 2020, corrigé des réductions intervenues entre ces deux dates et résultant de l'échéancier contractuel antérieur au 16 mars 2020 ou d'une décision de l'emprunteur » ⁴¹. Autrement dit, l'établissement prêteur a ici une *incombance* pour pouvoir revendiquer plus tard le bénéfice de la garantie : il se doit de démontrer l'absence de diminution du montant des concours après le 16 mars 2020. Et s'il est question d'une *incombance*, la sanction de la *déchéance* n'est pas loin : la diminution du montant des concours à la suite du 16 mars 2020 est une cause de *déchéance* de la garantie. La sanction est radicale et vise à dissuader l'établissement prêteur de réduire son offre de crédit. ⁴² . La sanction est

⁴⁰ Arrêté du 23 mars 2020, art. 4.

⁴¹ Arrêté du 23 mars 2020, art.2.

⁴² B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2017, p.438 « La *déchéance* entraîne un effet particulièrement sévère en ce que ce n'est pas la faculté d'agir en défense du droit qui est perdue par le

heureuse et permettra sans doute d'assurer le succès du mécanisme : l'idée n'est autre que celle de favoriser les entreprises dans un contexte de crise, et donc de favoriser le crédit. Les concours, pour être garantis, ne doivent pas diminuer justement en période de crise, soit après le 16 mars 2020. L'arme de la déchéance, fortement dissuasive, est nécessaire.

Montant garanti. La garantie ne couvre pas la totalité du prêt, mais un pourcentage de celui-ci qui dépend encore de la taille de l'entreprise bénéficiaire : 90 % pour les entreprises qui, lors du dernier exercice clos, ou si elles n'ont jamais clôturé d'exercice, au 16 mars 2019, emploient en France moins de 5 000 salariés et réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 1,5 milliard d'euros ; 80 % pour les autres entreprises qui, lors du dernier exercice clos, réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 1,5 milliard d'euros et inférieur à 5 milliards d'euros ; 70 % pour les autres entreprises. Le montant indemnisable, c'est-à-dire celui qui est pris en charge par la garantie de l'État, « *correspond à la perte constatée, le cas échéant, postérieurement à l'exercice par l'établissement prêteur de toutes les voies de droit amiables et éventuellement judiciaires, dans la mesure où elles auront pu normalement s'exercer, et à défaut, l'assignation auprès de la juridiction compétente en vue de l'ouverture d'une procédure collective, faisant suite à un événement de crédit* »⁴³. Enfin, la garantie sera tarifée à un coût qui se veut modique et qui dépend de la taille de l'entreprise et de la maturité du prêt⁴⁴.

B) Soutenir la prise de risque de financement

Rôle de Bpifrance : soutenir et proposer. Créée le 1er janvier 2013 – elle a en réalité succédé à l'établissement Oséo – et présente dans chaque région, Bpifrance est une banque publique d'investissement. Elle jouera un rôle de premier plan dans ce mécanisme de garantie. En effet, l'État la charge, pour son compte, en son nom et à titre gratuit, de l'administration du dispositif : suivi des encours et des prêts garantis, perception des commissions de garantie, vérification, en cas d'appel de la garantie, que les conditions définies dans le cahier des charges sont remplies et paiement des sommes dues, remboursées par l'État dans des conditions fixées par une convention qu'il conclut avec le ministre chargé de l'économie⁴⁵. Au-delà de cette mission de garantie, Bpifrance

contractant, mais le droit substantiel dont l'exercice était conditionné. De par sa gravité, la déchéance présente ainsi l'intérêt d'être dissuasive du manquement à l'incombrance (...) ».

⁴³ Arrêté 23 mars 2020, art. 6, al. 3.

⁴⁴ Arrêté 23 mars 2020, art. 7.

⁴⁵ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020, préc., art. 6, VI.

tient à faire savoir, sur son site internet, qu'elle entend favoriser la prolongation des garanties classiques des crédits d'investissement, pour accompagner les réaménagements opérés par les banques, sans frais de gestion. D'autres slogans, auquel un avenir très proche donnera peut-être un contenu concret, sont mis en avant. Ainsi assure-t-elle de ses efforts quant au réaménagement des crédits moyen et long terme pour les clients Bpifrance et pour lesquels elle garantit que les rééchelonnements se feront automatiquement. La banque publique d'investissement propose aussi un crédit par mobilisation de créances : contrairement à l'affacturage classique qui laisse au *factor* une faculté de sélectionner les factures, Bpifrance propose au titre d'un tel crédit la mobilisation de toutes les factures en rajoutant un crédit de trésorerie de 30% du volume mobilisé. Elle assure également la suspension du paiement des échéances des prêts accordés par Bpifrance à compter du 16 mars. Ces mesures de crise consistent également pour elle à proposer une série de prêts de soutien à la trésorerie pour les entreprises qui traversent « *un moment difficile lié à la crise sanitaire Covid-19* »⁴⁶ dont les modalités semblent adaptées au contexte. Ces prêts, bénéficiant d'une aide d'État et soumis à la règle de *minimis*, seront consentis sans sûretés réelles et / ou personnelles. L'idée est d'inciter à emprunter en ces temps difficiles en sachant qu'aucune garantie sur les actifs de la société ou de son dirigeant ne sera prise par cet établissement.

Rôle du médiateur du crédit. Pour rappel, la Médiation du crédit est adossée à la Banque de France ; elle est conduite sur tout le territoire, dans le respect des règles de confidentialité et du secret bancaire, par 105 Médiateurs du crédit qui sont les directeurs de la Banque de France en métropole et les directeurs des instituts d'émission en Outre-mer. Son intervention auprès des établissements financiers repose sur un accord de place établi entre l'État, la Banque de France, les instituts d'émission en Outre-mer, la Fédération Bancaire Française (FBF) et l'Association française des sociétés financières (ASF). Dans un Communiqué de presse du 23 mars dernier, Bruno Le Maire, ministre de l'Économie et des Finances, et François Villeroy de Galhau, gouverneur de la Banque de France, ont décidé la mise en place d'un comité de crise sur la question du crédit inter-entreprises pour répondre aux cas les plus difficiles et désamorcer une tendance à la cessation ou au retard de paiement. Le Médiateur du crédit en prend la tête, à côté du Médiateur des entreprises, et associera les fédérations d'entreprises (AFEP, CPME, MEDEF, U2P), les chambres consulaires, ainsi que la DGCCRF. Ce comité de crise « *permettra de traiter en temps réel les cas les plus graves de détérioration du crédit inter-entreprises et d'encourager, au travers de leurs représentants, les entreprises de toutes tailles et de tous secteurs à fluidifier leurs*

⁴⁶ [<https://www.bpifrance.fr>].

relations commerciales, en veillant à la santé des petites et moyennes entreprises, plus fragiles en général que les grandes entreprises sur l'état de leur trésorerie »⁴⁷ Le comité de crise a notamment pour mission de « rappeler les moyens dont disposent le Médiateur des entreprises et le Médiateur du crédit pour résoudre certaines difficultés »⁴⁸. Surtout, le médiateur a tenu d'ores et déjà à prendre sa place dans le processus de renégociation des crédits conclus avant la date fatidique du 16 mars 2020, même si son poids demeure limité. Dans sa rubrique « actualités », le médiateur indique en date du 18 mars 2020 que, pour répondre le plus rapidement possible aux entreprises qui ont des difficultés de financement avec leurs banques, pour les demandes liées à la crise du Covid-19, la médiation du crédit met en place une procédure accélérée pour sa saisine. Un formulaire spécifique intitulé « crise Covid-19 saisine de la médiation du crédit » est créé⁴⁹. Le même jour, le médiateur se faisait également le relais des mesures exceptionnelles liées à la crise sanitaire en explicitant les mesures gouvernementales⁵⁰. Dans un communiqué du 15 juin 2020, le médiateur indique d'abord qu'au cours des mois d'avril et mai 2020, 6 402 entreprises ont été éligibles à la médiation du crédit, ce qui représente six fois plus que les demandes de médiation traitées au cours de toute l'année 2019. Le même communiqué est utile ensuite pour mesurer les effets du PGE. En effet, on peut y apprendre que pour l'essentiel, la médiation a traité des situations de refus de PGE, dont la demande a été très forte au cours des mois d'avril et mai, puisqu'elle a porté en deux mois sur plus de 580 000 entreprises pour un montant dépassant les 110 milliards d'euros. Enfin, pour les 4 406 dossiers traités au cours des mois d'avril et mai, la médiation s'est déroulée de manière positive dans 59 % des cas, apportant ainsi des solutions à 2 600 entreprises⁵¹.

Rôle de la FBF. De son côté, dans trois communiqués de presse successifs, la FBF a voulu témoigner de la mobilisation complète des banques françaises face à la crise du Covid-19. Deux d'entre eux, à savoir les communiqués des 6⁵² et 17⁵³ mars 2020, sont largement consacrés au plan d'urgence économique et l'institution y rappelle son plein investissement dans la mise en place du

⁴⁷ [<https://mediateur-credit.banque-france.fr/communiquede-presse/mise-en-place-dun-comite-de-crise-face-la-situation-de-degradation-des-delaix-de-paiement>].

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ [<https://mediateur-credit.banque-france.fr/saisir-la-mediation/vous-allez-saisir-la-mediation-du-credit>].

⁵⁰ [<https://entreprises.banque-france.fr/coronavirus>].

⁵¹ [<https://mediateur-credit.banque-france.fr/communiquede-presse/la-mediation-du-credit-fortement-mobilisee-pour-apporter-des-solutions-aux-entreprises>].

⁵² [<http://www.fbf.fr/fr/espace-presse/communiqués/info-presse---coronavirus---mobilisation-pour-les-tpe-et-pme>].

⁵³ [<http://www.fbf.fr/fr/files/BMSMVF/BBF%20-%20Coronavirus%20les%20banques%20mettent%20en%20oeuvre%20le%20plan%20d'urgence%20économique.pdf>].

mécanisme du prêt garanti par l'État. Il convient d'isoler le communiqué de presse du 15 mars 2020, qui par les nombreuses lignes directrices qu'il contient, s'avère plus intéressant⁵⁴. Si le communiqué de presse est un outil de *soft law* et qu'il est en ce sens *a priori* dépourvu de portée normative, il n'est pas moins en mesure d'exercer une influence en raison de l'autorité de l'institution dont il émane. A ce titre, est-il seulement nécessaire de rappeler que la FBF est l'organisation professionnelle qui représente toutes les banques installées en France...La FBF y indique ainsi que les banques « *seront à côté des entreprises pour les accompagner dans cette période exceptionnelle* », porteront « *une attention particulière les situations individuelles* », « *rechercheront notamment au cas par cas les solutions adaptées aux besoins de financement court terme* ». Les directives sont données. Plus encore, de façon concrète, plusieurs mesures, articulées avec les dispositifs publics exceptionnels de soutien aux entreprises, ont été décidées par les établissements bancaires et apparaissent au sein du communiqué : mise en place de procédures accélérées d'instruction de crédit pour les situations de trésorerie tendues, dans un délai de cinq jours et une attention particulière pour les situations d'urgence, report jusqu'à six mois des remboursements de crédits pour les entreprises, suppression des pénalités et des coûts additionnels de reports d'échéances et de crédits des entreprises et enfin, relais des mesures gouvernementales, dans le cadre des échanges avec les clients, communication et explication des mesures de soutien public (report d'échéances sociales ou fiscales, mécanisme de garantie publique comme BPI...). Il est sans doute trop tôt pour que la FBF investisse des instruments véritablement contraignants, tels que les normes professionnelles de la FBF, les bons usages professionnels ou encore les préconisations. Ces dernières, d'usage souple, qui, contrairement aux normes professionnelles et aux bons usages, n'ont pas à être transmises à l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), pourraient être bientôt mobilisées dans un tel contexte.

Et le risque juridique ? Les instruments bancaires et financiers mobilisés pour l'heure sont nombreux et d'intensité variable. Ils visent, par des méthodes différentes, allant de l'obligation à l'information, en passant par l'incitation, à orienter les conduites. Certaines seront nouvelles, d'autres adaptées, renouvelées sous une autre forme, tandis que certains comportements, notamment en matière boursière, ont été momentanément prohibés. Il est pour autant impossible d'y voir une structure d'ensemble. L'urgence est là. Quant au

⁵⁴ [<http://www.fbf.fr/fr/files/BMQP34/CP%20FBF%2015%20mars%202020%20-%20Coronavirus%20mobilisation%20totale%20des%20banques%20françaises.pdf>].

mécanisme du PGE, l'économiste n'est pas loin pour rappeler au juriste que le succès dépendra évidemment de la propension des banques à dispenser du crédit, même si la garantie étatique devrait les inciter à maintenir leur flux en la matière. Les entreprises devront, quant à elles, trouver un intérêt au mécanisme en survivant à cette période complexe, puis, dans l'affirmative, en sollicitant du crédit. A la date du 7 mai 2020, 66,5 milliards d'euros ont été distribués sous la forme d'un PGE et le taux de refus sur les demandes éligibles est estimé à 2,5 %⁵⁵. Ce sont là les conditions indispensables pour que cette institution de crise fasse sens, bien que le juriste la contemple avec encore beaucoup d'interrogations puisque les piliers qui la portent, à savoir le prêt et la garantie, mériteraient bien des précisions. Au risque Covid-19 pourrait bien s'ajouter le risque d'une dose d'insécurité juridique liée à la nouveauté des mesures édictées.

⁵⁵ [[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/covid19-soutien-entreprises/Tableau de bord %20PGE Situation 7%20mai 20200507.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/covid19-soutien-entreprises/Tableau_de_bord_%20PGE_Situation_7%20mai_20200507.pdf)].

Conséquences du Covid-19 sur les finances publiques : augmentation des dettes publiques étatiques ou création d'une dette européenne ?

Damien FALCO
Maître de conférences en droit public
Université de Haute Alsace, CERDACC (UR 3992)

La pandémie actuelle liée au Covid-19 met à l'épreuve la capacité d'adaptation des États face aux nouvelles exigences relatives à la crise sanitaire. La nécessité de relancer l'économie nationale passe nécessairement par l'évolution des règles de droit et l'utilisation de nouveaux outils juridiques. Parmi toutes les branches du droit, celle relative aux finances publiques revêt une importance certaine tant les besoins budgétaires sont évidents dans la période actuelle.

L'Europe fait partie des territoires les plus durement touchés par la crise sanitaire. Selon l'INSEE¹, le PIB français a baissé de 5,8 % au premier trimestre 2020. Cette récession est la plus importante ayant été constatée depuis le début des estimations en 1949. Le confinement a mis l'économie à l'arrêt pendant de nombreuses semaines impliquant une chute des dépenses de consommation des ménages (- 6,11 %), des exportations (- 6,5 %) ainsi que de la formation brute de capital fixe (-11,8 %). La France ne fait pas office d'exception puisque tous les États sont touchés par la récession économique. En effet, durant de nombreuses semaines, la majorité des États dans le monde a décidé de confiner la population pour préserver la santé des personnes. Dans le même temps, pour soutenir les entreprises et les salariés, les gouvernements ont annoncé de nombreuses mesures d'une ampleur inégalée². L'augmentation des dépenses va bien entendu venir accentuer les difficultés budgétaires des États les plus fragiles. À titre d'illustration, le FMI anticipe une forte augmentation de la dette publique mondiale qui pourrait, selon les estimations, passer de 83,3 % à 96,4 % du PIB entre 2019 et 2020.

Cette augmentation des dépenses emporte inévitablement des conséquences sur les finances publiques étatiques. D'un côté, le cadre européen des dettes publiques a été assoupli entraînant un risque lié à l'augmentation abusive des

¹ INSEE, *Comptes nationaux trimestriels – premières estimations (PIB) – premier trimestre 2020*, n° 2020-107, 30 avril 2020.

² Sur les différentes mesures, v. notamment : N. GUILLET, « L'épidémie de Covid-19 et les finances publiques : la loi de finances rectificative du 23 mars 2020 », *LPA* 15 mai 2020.

dettes publiques (I). D'un autre côté, et pour éviter ce risque, l'hypothèse de l'émission d'une dette commune européenne a vu le jour (II).

I) Le risque lié à l'ébranlement du cadre européen relatif aux finances publiques étatiques

L'augmentation des dépenses budgétaires a conduit à geler certaines règles européennes relatives aux finances publiques (A) entraînant, par la même, un risque d'aggravation des dettes publiques (B).

A) L'assouplissement du cadre européen relatif à la dette publique

La question de la dette publique revient de manière récurrente dans les débats sur la soutenabilité des finances publiques. Il est important de rappeler que le budget de l'État français est déficitaire depuis plus de quarante ans³. Cela signifie que la loi de finances annuelle prévoit systématiquement un montant des recettes inférieur à celui des dépenses. Ce déficit a bien entendu des conséquences importantes en matière de manœuvres économiques étatiques puisque, d'une part, il creuse mécaniquement la dette publique qui correspond à l'ensemble des engagements financiers pris par l'État à un moment donné et, d'autre part, il oblige les États à s'endetter sur les marchés financiers. L'augmentation des dettes étatiques au fil des années a produit des conséquences importantes puisqu'à la suite de différents événements (crises économiques, crises budgétaires, évolution des traités européens) une série de règles destinée à encadrer les finances publiques étatiques a été mise en place.

En ce qui concerne la crise actuelle, la Commission européenne la qualifie d'« événement hors de contrôle des gouvernements avec un impact majeur sur les finances publiques »⁴. Dès lors, l'Union européenne a décidé d'intervenir afin de permettre aux États d'agir sans enfreindre les règles européennes. À ce titre, le Conseil de l'Union européenne et la Commission ont considéré, pour la première fois depuis son instauration en 2011, que les conditions d'activation de la clause dérogatoire générale du Pacte de stabilité et de croissance étaient remplies⁵. Cette clause permet aux États membres de prendre des mesures afin de faire face à une crise, tout en dérogeant aux obligations budgétaires imposées par l'Union. Parmi les obligations que les États membres n'ont plus à respecter figurent notamment la règle imposant que le déficit public reste inférieur à 3 %

³ M. COLLET, *Les finances publiques*, 4^e éd., 2019, p. 38.

⁴ A. MILLERET, « Covid-19 : Comment l'Union européenne fait face », *Option finance*, 10 avril 2020.

⁵ Sur le Pacte de stabilité et de croissance, v. J. QUATREMER, « Zoom sur le pacte de stabilité et de croissance », *LPA* 26 février 2004 ; J-C ZARKA, « Le pacte de stabilité et de croissance en question », *LPA* 27 juillet 2004.

du PIB et que la dette publique reste inférieure à 60 %⁶. En pratique, ces règles ne sont pas toujours respectées par les États. En effet, durant les vingt dernières années, la France les a respectées qu'une fois. Au final, l'activation de la clause dérogatoire du pacte de stabilité et de croissance se traduit davantage comme une autorisation officielle de la pratique courante des États membres de l'Union⁷.

Les règles en matière d'aides d'État ont également été assouplies. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit, en effet, les aides octroyées aux entreprises par les États. Le fondement de cette interdiction découle de la volonté d'assurer une libre concurrence entre les entreprises de l'Union européenne. Or, en permettant l'octroi d'aides publiques, la concurrence est nécessairement faussée. La crise due au Covid-19 est telle que les interventions exceptionnelles « *de minimis* » des États ont également été rehaussées, passant de 300 000 euros autorisés par entreprise à 800 000 euros⁸. Plusieurs États ont d'ores et déjà utilisé la flexibilité accordée par la Commission dans ces domaines (France, Danemark, Allemagne, Portugal...). Or, cette suppression des contraintes européennes entraîne parallèlement un risque relatif à l'explosion des dettes étatiques.

B) Les risques relatifs à l'augmentation des dettes étatiques

L'État français est en situation de déficit budgétaire depuis plus de quarante ans, conduisant à aggraver la dette publique. Cette dernière est généralement exprimée en pourcentage de PIB afin de faciliter la comparaison entre les États. Pour la France, son montant s'élevait à 2 315,3 milliards d'euros pour 2018 correspondant à 98,4 % du PIB. À la même période, la Grèce avait une dette de 319,3 milliards d'euros correspondant à 181,2 % de son PIB⁹. La situation de la dette grecque est par conséquent plus préoccupante que celle de la France alors que son montant est inférieur. Le ratio dette/PIB constitue le réel indicateur de la situation budgétaire d'un pays. Face à cette situation d'endettement, l'État français est donc obligé de recourir aux marchés financiers. Il fait face chaque année au paiement d'intérêts d'emprunt dont le montant dépasse régulièrement les quarante milliards d'euros. Cela signifie que, chaque année, l'État doit payer une quarantaine de milliards d'euros avant même de

⁶ J-B. MATTRET, « La discipline budgétaire européenne », *RFFP* 2012, n° 120, p. 167.

⁷ A. MILLERET, « Covid-19 : Comment l'Union européenne fait face », *Option finance*, 10 avril 2020.

⁸ M. DEBROUX, « Aides d'État et Covid-19 : un assouplissement rapide et massif des règles pour répondre à la crise...et après ? », *Revue droit de la distribution et de la concurrence*, n° 6, juin 2020, p. 6 et s.

⁹ INSEE, Tableau de l'économie française, Édition 2020 : [<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277800?sommaire=4318291#tableau-figure5>].

commencer à rembourser sa dette publique¹⁰. Finalement, ce sont ces taux d'intérêt qui sont problématiques. En effet, comme le soutiennent certains économistes, l'existence de taux d'intérêt proches de zéro permet de continuer de s'endetter sur plusieurs dizaines d'années et finalement de ne jamais payer cette dette. Toutefois, derrière cette approche demeure deux risques. D'une part, il existe de fortes chances que les taux d'intérêt ne restent pas proches de zéro *ad vitam aeternam*. Si le risque est limité à court terme, il l'est beaucoup moins pour un prêt à long terme. D'autre part, il existe une réelle spéculation sur les dettes étatiques notamment lorsque, par exemple, l'Union européenne ne soutient pas immédiatement un État comme cela a été le cas récemment pour l'Italie.

Cet environnement entourant la dette publique traduit ce qu'il est commun d'appeler « la privatisation du droit budgétaire et de la situation économique des États ». En effet, les taux d'intérêt sont largement influencés par la santé économique des différents pays et surtout par les agences de notation comme Moody's, Standard and Poor's ou encore Fitch qui attribuent aux États des notes visant à déterminer le risque de défaut de paiement¹¹. Finalement, ce système engendre un cercle vicieux puisque la dégradation de la situation économique et financière d'un État produit une augmentation du risque de défaut de paiement entraînant logiquement une dégradation des notes attribuées par les agences de notations et une augmentation quasi-mécanique des taux d'intérêt. Au final, cela aboutit à une aggravation de la situation financière des États qui doivent rembourser des intérêts plus importants. Le risque entourant le soutien de l'économie par les États est donc bien présent puisque l'excès d'augmentation de la dette étatique et des taux d'intérêt peuvent conduire à des difficultés de remboursement. Cette situation est celle qu'avait connu la Grèce en 2009. L'agence de notation Fitch avait baissé la note de la dette publique grecque de A à BBB+ avec une perspective négative entraînant une crise de la dette souveraine et obligeant l'Union européenne à réagir.

À cause de la crise sanitaire et économique, un véritable risque pèse sur la solvabilité de certains États. En cas d'augmentation brutale des taux d'intérêt, certains gouvernements seraient contraints d'augmenter les impôts ou de réduire les dépenses, ce qui pourrait soulever de vraies difficultés politiques. En anticipant une telle situation, les créanciers de certains États pourraient hésiter à continuer de prêter de l'argent...entraînant lesdits États dans un scénario catastrophe comme cela a été le cas pour la Grèce à partir de 2010. En effet,

¹⁰ M. COLLET, *Les finances publiques*, 4^e éd., 2019, p. 42.

¹¹F. SCHNEIDER, « Les agences de notation et les pouvoirs publics », *Revue droit public* 2015/1, p. 83 et s.

lorsque la situation de la dette devient préoccupante, la question de son remboursement peut se poser. En pratique, il semble cependant que la réduction de la dette, à travers la mise en place de dispositifs allant dans le sens d'un encadrement de celle-ci, soit plus importante que celle du remboursement¹². En effet, dès lors que les taux d'intérêt restent à un pourcentage acceptable, il existe une sorte de continuité dans le remboursement puisque de nouveaux prêts prennent la suite de ceux arrivant à échéance.

Certains commentateurs mettent en avant que pour éviter une augmentation trop importante des dettes, la Banque centrale européenne (BCE) devrait venir en aide aux États. Cependant, il convient de rappeler que la BCE a la faculté de racheter de la dette publique mais seulement sur le marché secondaire, c'est-à-dire le marché sur lequel la dette a déjà été achetée une première fois par les investisseurs. Certains économistes sont favorables au fait que la BCE puisse acheter directement de la dette publique et, par conséquent, réduire les dettes publiques étatiques. Or, cette idée a été récemment rejetée par Christine Lagarde, dans une lettre adressée le 21 avril aux membres du Parlement européen. Pour la Présidente de la BCE, « *l'achat de dette publique sur le marché primaire, c'est-à-dire le financement direct des gouvernements, compromettrait la capacité de cet objectif d'encourager une politique budgétaire disciplinée* ». Surtout, cette pratique est interdite par l'article 123 du TFUE. Une proposition a été faite récemment en ce sens selon laquelle la BCE pourrait annuler la nouvelle dette émise à proportion des investissements écologiques réalisés après la crise du Covid-19. Ainsi, tout nouvel investissement écologique serait annulé par la BCE. Par conséquent, on serait dans un maintien du ratio dette/PIB et donc pas directement dans une baisse des dettes par rachat de la BCE. Un contournement de l'interdiction fixée à l'article 123 du TFUE semble dans ce cas envisageable.

Pour éviter les difficultés relatives aux dettes publiques étatiques, une autre proposition a été faite consistant à émettre une dette commune au niveau européen.

II) L'émergence d'une volonté étatique d'émettre une dette européenne

La mise en place d'une dette mutualisée au niveau de l'Union européenne (A) présente de réels intérêts pour des États fortement endettés comme la France et l'Italie. Néanmoins, cette éventualité fait face à des obstacles relativement

¹² Plusieurs auteurs estiment que le remboursement de la dette n'est pas une nécessité.

importants qui la rendent utopique en l'état actuel de la construction européenne (B).

A) La raison d'être de la dette européenne et ses alternatives

L'idée d'une dette mutualisée au niveau européen revient à certains États membres qui ont récemment émis le souhait d'émettre des corona bonds. L'idée consisterait à émettre des titres par une institution déjà existante ou à en créer. Celle-ci placerait les titres sur les marchés financiers en bénéficiant de la crédibilité de tous les États membres de l'Union européenne. En effet, en ayant le crédit de tous les États, y compris celui des États n'ayant pas de difficultés budgétaires, cette dette commune serait considérée comme très sûre sur les marchés. Par conséquent, l'idée est surtout intéressante pour les États dont les dettes étaient déjà élevées avant la crise sanitaire. L'émission de corona bonds a néanmoins des détracteurs puisque l'idée consiste à créer une dette unique mais, par conséquent, un taux d'intérêt unique. Certes le système serait avantageux pour les États ayant des difficultés budgétaires puisque le taux d'intérêt serait un taux moyen calculé sur la moyenne des risques pesant sur les différents États, mais le dispositif serait pénalisant sur le plan budgétaire pour les États les plus vertueux, à l'image de l'Allemagne.

Cette idée de solidarité interétatique dans le domaine budgétaire est ancienne. En 1993, Stuart Holland, conseiller du président de la Commission européenne, appelait de ses vœux une mutualisation des titres des dettes des États membres de l'Union européenne qui auraient été garanties par le budget de l'UE. Cette idée a ressurgi en 2009 lorsque la Banque européenne d'investissement proposait d'émettre des eurobonds pour lutter contre la crise financière liée aux *subprimes*. Cette proposition a été rejetée, aboutissant tout de même à la mise en place du Fonds européen de stabilité financière (FESF) en mai 2010 pour une durée de trois ans. Ce mécanisme est ensuite devenu le Mécanisme européen de stabilité (MES), effectif depuis le 12 octobre 2012.

De nombreux observateurs estiment que le recours au MES constitue la meilleure solution pour relancer l'économie. Celui-ci dispose de plusieurs outils d'intervention. Il peut, à des taux d'intérêt plus faibles que sur le marché, accorder des prêts à un État en difficultés, acheter des obligations des États membres bénéficiaires (sur les marchés primaire et secondaire) ou encore fournir des prêts pour assurer la recapitalisation d'établissements financiers tels que les banques. Il peut également, en cas de risque d'endettement trop

important, octroyer une assistance financière à titre de précaution¹³. Le recours au MES impose néanmoins de réunir plusieurs conditions. Tout d'abord, l'État doit avoir ratifié le traité instaurant le mécanisme. Il doit également avoir souscrit au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance et avoir mis en place la règle d'équilibre budgétaire qu'il implique. Enfin, le MES subordonne son aide à une stricte conditionnalité pouvant « *prendre la forme, notamment, d'un programme d'ajustement macroéconomique ou de l'obligation de continuer à respecter des conditions d'éligibilité préétablies* »¹⁴. Cette dernière condition est celle qui limite le plus le recours à ce mécanisme dans la mesure où elle conduit à mettre en quelque sorte les États bénéficiaires sous tutelle¹⁵. Pour contourner ce problème, l'Eurogroupe a trouvé un accord consistant à activer le MES pour mettre à disposition des États qui en font la demande un crédit de précaution pour un montant de 250 milliards d'euros. L'avantage réside dans le fait que ce prêt n'est assorti d'aucune condition particulière si ce n'est la possibilité pour la Commission européenne de surveiller la situation financière du pays¹⁶. Cette possibilité constitue une réelle alternative à la mutualisation européenne de la dette qui reste, en l'état, un projet utopique.

B) Un projet utopique en l'état actuel de la construction européenne

La stratégie de relance de l'économie par l'émission de corona bonds soulève de nombreuses difficultés. Plusieurs États comme les Pays-Bas, l'Autriche ou encore l'Allemagne ont rejeté cette idée. Malgré cela, la France et l'Allemagne sont parvenus à trouver un accord sur une proposition commune visant à créer un fonds de relance au niveau de l'Union européenne. Il a pour but d'autoriser la Commission européenne à financer un plan de soutien de l'économie en empruntant sur les marchés au nom de l'Union européenne. Celui-ci serait doté de 500 milliards d'euros en dépenses budgétaires de l'UE pour les secteurs et régions les plus touchés, sur la base des programmes budgétaires de l'UE et dans le respect des priorités européennes. Il renforcerait la résilience, la convergence et la compétitivité des économies européennes, et accroîtrait les investissements, notamment dans les transitions écologique et numérique et dans la recherche et l'innovation. Les financements du Fonds de relance devraient cibler en priorité les difficultés liées à la pandémie et à ses répercussions. Ce soutien à la relance permettrait surtout de compléter les efforts nationaux et la série de mesures arrêtée par l'Eurogroupe.

¹³ M. CARON, « Dettes souveraines européennes : "... il n'y a pas d'alternative" », *RFFP* 2012, n° 117, p. 281.

¹⁴ Art. 12 du TFUE.

¹⁵ A. MILLERET, « Covid-19 : Comment l'Union européenne fait face », *Option finance*, 10 avril 2020.

¹⁶ *Ibidem*.

Si cette proposition soulève des critiques au sein des États membres, il est nécessaire de se demander si cette idée est adaptée aux enjeux actuels. La levée de fonds sur les marchés au nom de tous les pays européens nécessite tout d'abord de nombreuses évolutions au niveau européen tant sur le plan juridique que politique et institutionnel. Or, ces limites semblent difficilement surmontables en l'état actuel des événements qui imposent d'agir vite.

Le premier obstacle à l'apparition de corona bonds est d'ordre juridique puisque l'article 125-1 du Traité européen, dit clause du « *no bail-out* »¹⁷ interdit à l'Union européenne et à ses membres d'être responsables des engagements d'un autre État membre. Cette limite n'est toutefois pas absolue et comporte deux dérogations. D'une part, le texte interdit seulement de garantir les dettes d'un État membre ou du secteur public d'un État membre. *A contrario*, cela signifie que les États ou l'Union européenne restent libres d'acheter de la dette souveraine d'un autre État. Les États peuvent également se prêter des sommes de manière bilatérale sans porter atteinte à cette disposition. D'autre part, le texte comporte une exception pour la réalisation en commun d'un projet spécifique. Cette dérogation est évidemment sujette à interprétation même s'il paraît que la relance de l'économie après la pandémie actuelle constitue un projet spécifique et commun.

Le second obstacle est d'ordre politique. Il semble évident que l'évolution vers une dette commune à tous les États membres conduirait à se rapprocher d'un modèle de fédéralisme budgétaire¹⁸, modèle toujours rejeté par les États qui souhaitent conserver leur souveraineté financière. Si la solidarité entre les États membres de l'Union n'est pas un concept nouveau, il est évident que l'évolution des règles passera par la négociation de compromis et la prise en compte de l'intérêt général communautaire par les États membres.

Dès lors, si la crise économique relative au Covid-19 n'en est certainement qu'à ses premiers balbutiements, il est évident que d'importants plans de soutien de l'économie apparaissent indispensables. L'émission d'une dette commune au niveau européen semble compliquée en l'état actuel du cadre juridique européen. Par conséquent, il semble préférable de recourir aux mécanismes existants qui disposent d'une flexibilité suffisante pour venir en aide aux États. Dans tous les cas, il est indispensable de trouver le juste équilibre entre soutien de l'activité et aggravation abusive de la dette publique pour ne pas tomber dans un scénario catastrophe sur le plan budgétaire.

¹⁷ L. ICHER, *L'obligation de paiement de la dette publique française*, Collection des thèses de l'IFR, 2018, p. 68.

¹⁸ Sur ce point, v. M. TIRARD, « Le fédéralisme financier au chevet de l'Europe », *RFFP* 2013, n° 124, p. 131 et s. ; A. NDIAYE, « Vers un budget fédéral pour la zone euro », *RFFP* 2019, n° 147, p. 235.

PARTIE III
COVID-19 : RISQUE POUR LA DÉMOCRATIE

Covid-19, une tragédie des horizons ?

Valentine ERNE-HEINTZ

Maître de conférences en sciences économiques

Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)¹

La Covid-19 réaffirme la difficulté à faire des choix en situation d'incertitude. Les situations d'ignorance mettent à l'épreuve les principes d'analyse du risque car l'urgence sanitaire nécessite de pouvoir prévoir pour agir ; mais pour pouvoir prévoir, encore faut-il savoir et être en capacité d'imaginer des hypothèses, même les plus improbables. Des querelles d'experts apparaissent et chaque étude scientifique s'envisage comme une source d'informations en compétition. Cette contribution souligne le lien entre science et décision : l'expertise est au service du politique à travers les recommandations qu'elle propose. Mais on mesure le décalage dans les horizons : court pour le politique et long pour la science. Aussi, la gestion de la crise passe par une série de compteurs, de statistiques avec une cartographie du risque. Prévenir signifie alors détecter, tester, tracer, surveiller et punir. Cette approche transforme un risque collectif (problème de santé publique) en un choix individuel (respect des règles). En définitive, la manière de poser le problème de santé publique révèle deux stratégies différentes pour gérer la pandémie : soit on ne change rien et on apprend à vivre avec (stratégie de l'immunité collective), soit on le pourchasse (le pays entre en guerre sanitaire).

L'irruption en décembre 2019 d'une série de pneumonies d'allure virale, d'étiologie inconnue, interroge les liens entre science, expertise et politique. Pourtant, elle réfute le sophisme qui voudrait que le catastrophisme ne puisse pas être éclairé² car cela reviendrait à réduire le principe de précaution³ à une conception purement alarmiste voire à enchaîner la prise de décision à une sorte d'incurie⁴. Autrement dit, ce nouveau coronavirus (d'abord appelé 2019-nCoV, SARS-CoV-2 puis Covid-19, CoronaVirus Disease) rappelle que la santé a toutes

¹ Experte et présidente du groupe de travail « Sciences Humaines et Sociales » entre 2012 et 2015, Unité Risques et Société à l'ANSES, Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, Paris, France.

² V. ERNÉ-HEINTZ et B. MARTIN, « Plaidoyer pour le catastrophisme », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2020, à paraître.

³ Loi Barnier n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement supportable ».

⁴ V. ERNÉ-HEINTZ, « Le principe de précaution rend-il l'évaluation incontournable ? », *Risques, Etudes et Observations* 2010-1, [<http://www.riseo.cerdacc.uha.fr/2010-1/>].

les propriétés d'un bien commun et que la préservation de la qualité de ce bien commun est un enjeu collectif comme le révèle la nécessité d'encadrer le prix du gel hydro alcoolique pour éviter d'en exclure l'accès à une partie de la population.

En outre, cette nouvelle menace infectieuse respiratoire réaffirme la difficulté à éliciter des choix en situation d'incertitude : des querelles d'experts font apparaître des processus de validation des données scientifiques et la nécessité de circulation des publications scientifiques pour infirmer ou entériner certaines hypothèses. Or le besoin d'agir rapidement dans un contexte d'urgence sanitaire (rôle du politique) ne correspond pas au temps (long) de la science.

Ces différentes grammaires temporelles traduisent une nécessité à faire *avec* l'ambiguïté scientifique qui ne peut se résoudre par une ambiguïté dans les choix politiques d'une gestion de crise ; en effet, un changement de doctrine peut apparaître comme une faiblesse qui déstabilise la confiance. Ainsi en est-il pour les masques. Dans la grammaire du politique, il est nécessaire de concilier les exigences d'une urgence sanitaire au même titre que les perturbations économiques et sociales qui découlent des mesures de protection de la population. Pourtant une question demeure : dans la grammaire scientifique, les fautes de temps sont-elles plus graves que l'absence de consensus ? Comment aborder les querelles d'experts ?

Pour endiguer la dynamique du virus, certaines variables sont essentielles : sa contagiosité et les moyens à mettre en œuvre pour freiner sa diffusion. Or, le virus surprend, interroge, apostrophe autant qu'il déstabilise le processus d'évaluation du risque : il est une menace invisible, indolore, inodore, dont la diffusion est massive et rapide. Il crée des controverses voire des polémiques : efficacité de la chloroquine, rôle de la nicotine, opportunité du confinement ou d'une stratégie basée sur l'immunité collective, utilité des masques et des tests de dépistage, etc.

Cette contribution souligne la tragédie des horizons que nous joue le virus et interroge le lien entre science et décision. Elle rappelle le rôle du savoir dans la décision (I) ; pour ensuite, souligner la nécessité de poser des hypothèses qui serviront ensuite à construire des scénarios (II). Mais, construire un scénario, c'est aussi construire une utopie de remplacement, un scénario d'après la crise. Les querelles d'experts n'expriment que la nécessité de sortir de l'incomplétude de l'information. Le doute, au même titre que le conflit scientifique, fait partie intégrante de l'analyse du risque. Aussi, après avoir rappelé comment le processus décisionnel mis en place par les pouvoirs publics répond explicitement

aux séquençages de l'analyse classique du risque, cette contribution revient sur la difficulté et pourtant la nécessité de qualifier l'ignorance pour pouvoir prévoir ; le choix du scénario, s'il dépend des données scientifiques disponibles, relève en définitive du politique car la gestion du risque, c'est aussi une certaine perception du Covid-19 : un Léviathan que l'on pourchasse (le pays entre en guerre) ou avec lequel on s'accommode, on apprend à vivre avec (stratégie de l'immunité collective).

I) Pour ne pas subir, il faut prévoir ! Mais encore faut-il savoir ...

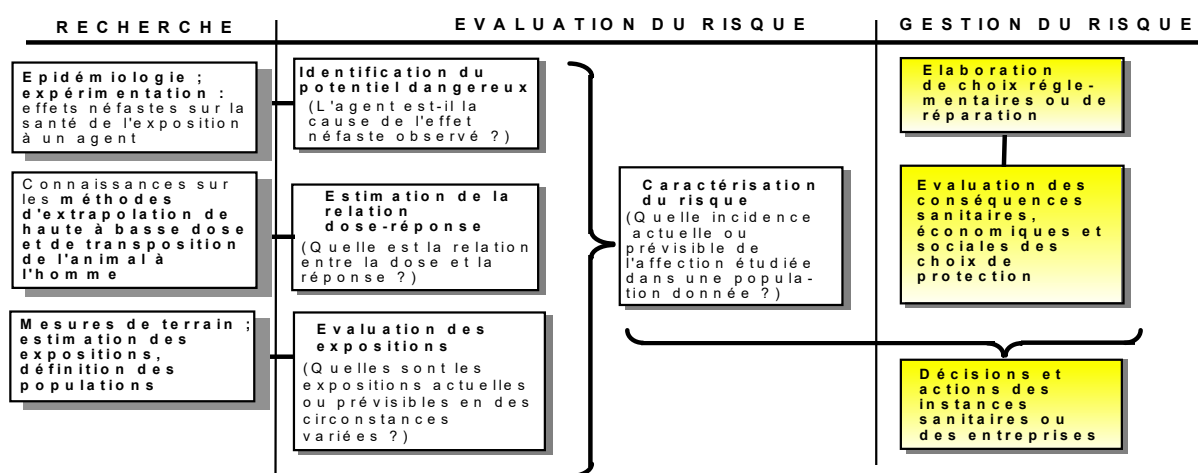
La Covid-19 rappelle avec insistance le rôle des scientifiques dans la décision du politique à travers le recours à la science et aux experts. Assurément, la science apparaît comme le premier maillon du processus décisionnel. Elle rend possible une approche prédictive. Il s'agit de produire une connaissance avérée du danger. Ce cheminement linéaire codifie l'analyse du risque (A) de sorte que tout puisse être mis en œuvre pour l'expliquer, le spatialiser, le rendre visible, évitable, compressible, réductible, contrôlable (B).

A) L'analyse classique du risque : un séquençage fonctionnel du processus décisionnel

La France a mis en place un Conseil Scientifique Covid-19 et un Comité Analyse Recherche et Expertise (Care), deux structures qui ont pour objectif de proposer des recommandations au politique sur la base du savoir existant. En l'état, le CARE a pour objectif de « *donner un avis éclairé aux pouvoirs publics dans des délais de 48h, concernant les propositions faites par des scientifiques français et étrangers et vérifier que les conditions de déploiement et de portage sont réunies. [...] Toutes ces décisions annoncées par Emmanuel Macron durant ses dernières allocutions télévisées ont été expertisées et validées par le Conseil scientifique en amont.* »⁵ De plus, lorsque le Président de la République déclare que « *c'est grâce à la science et à la médecine que nous vaincrons le virus. Je réunis aujourd'hui nos meilleurs chercheurs pour progresser sur les diagnostics et les traitements. Notre effort de recherche est totalement mobilisé dans la lutte contre le Covid-19* », il se réfère au découpage fonctionnel entre science, expertise et gestion du risque (figure 1).

⁵ [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/24/medecins-chercheurs-et-scientifiques-mobilises-contre-le-covid-19>].

Figure 1 : Les étapes de l'évaluation du risque. De la connaissance à la prise de décision⁶



Le scientifique produit de la connaissance et agit sur le temps long ; l'expert se situe entre la science et la décision puisqu'il propose des recommandations ou des avis sur la base d'informations scientifiques disponibles. Autrement dit, en tant qu'aide à la décision, il tente de produire un consensus ; il est « *producteur de vérités* »⁷. Subséquemment, le politique fait des choix politiques en arbitrant en fonction de ses priorités et/ou propres valeurs ; il est le maître des horloges. Dans cette approche *top-down* éminemment paternaliste, le citoyen joue un rôle passif selon le modèle d'une démocratie délégative⁸ qui s'inscrit dans cette tradition d'un planificateur bienveillant. En conséquence de quoi, la Covid-19 rappelle avec insistance le rôle des scientifiques dans la décision du politique.

On mesure le décalage dans les horizons temporels qui s'imposent à chaque stade : court pour le politique face à une urgence sanitaire, mais long pour le scientifique qui se doit de tester la validité des résultats selon un code rigoureux de bonnes pratiques. Le principe de précaution est un principe d'action et d'anticipation dans un contexte d'absence de certitudes : aussi, lorsque la France entre dans le stade 3 d'épidémie active le 14 mars 2020, elle fait le choix de renforcer des mesures de distanciation sociale avec la fermeture de tous les lieux de regroupement non-indispensables, puis d'un dispositif de confinement à partir du 17 mars et ce, afin de ralentir sa diffusion sur le territoire (réduire les déplacements et les contacts) et permettre au système hospitalier de prendre

⁶ V. ERNÉ-HEINTZ et D. BARD, « Un expert précautionneux », in J.-P. MARKUS et K. FAVRO (dir.), *L'expert dans tous ses états*, Dalloz, 2016, p.197-215.

⁷ V. ERNÉ-HEINTZ et J.-C. VERGNAUD, « Au sujet du besoin d'un niveau de preuve robuste pour évaluer le risque », *Revue Vertigo*, 2016, [<https://journals.openedition.org/vertigo/17828>].

⁸ M. CALLON, « Quel espace public pour la démocratie technique ? », in *Les sens du public*, PUF, 2013.

en charge les malades. Enrayer la dynamique du virus, c'est aussi donner du temps à la science pour mieux en comprendre l'étiologie, ses propriétés, ses vecteurs de propagation et l'évolution de sa virulence. En l'absence de vaccin ou d'une immunité collective, le virus subit, finalement, très peu de pression de sélection ...

En somme, en situation d'incertitude, les solutions (scénarios) relèvent davantage du politique car elles visent à gérer la crise ; la science, quant à elle, a pour rôle d'apporter des solutions pour sortir de la crise (traitements, vaccins). A ce titre, le Conseil Européen de l'innovation a annoncé le déploiement de 150 millions d'euros au profit de PME et start-up pour mener des activités de recherche. Un plan européen de financement dont le titre évocateur d'*European Research versus Corona* est mis en place via un fonds d'urgence de 48.2 millions d'euros qui mobilise 151 équipes partout en Europe⁹. *De facto*, caractériser un aléa signifie déterminer un potentiel de danger, une agression éventuelle. *Ita est* le risque est assimilé à une épreuve à surmonter.

B) *Vade retro, periculum* : la Covid-19, ce Léviathan que l'on pourchasse

Le danger est une situation qui entraîne un risque¹⁰ : ne pas respecter les mesures de distanciation sociale met chacun, au même titre que les autres, en danger. De ce fait, les priorités s'organisent autour des dépistages (des diagnostics), des traitements, possibles et d'un vaccin. Un virus est dangereux, mais pas forcément risqué dès lors qu'un vaccin est disponible ou que des mécanismes de protection ou de prévention efficaces sont mis en place. C'est en ce sens qu'une étude de l'Ecole des Hautes Etudes de Santé Publique de Rennes (EHESP) conclut que le confinement a réduit la propagation du virus¹¹.

Caractériser l'aléa, c'est proposer des facteurs explicatifs : la statistique passe d'outil de connaissance à outil de gouvernement¹². Maîtriser un risque, c'est l'expliquer, le faire sortir de l'ombre et le rendre prévisible. Par conséquent, tout est question de connaissances disponibles : recherche du patient zéro, identification des cas symptomatiques, compréhension des chaînes de

⁹ *Le Figaro*, 11 mai 2020, page 14.

¹⁰ Se référer à la notion de danger ou de risque n'est pas neutre et peut être source de polémique : lorsque le CIRC (OMS) qualifie le glyphosate de dangereux (cancérogène), l'EFSA privilégie l'analyse de la substance en termes de risque (combinaison entre l'exposition et le danger).

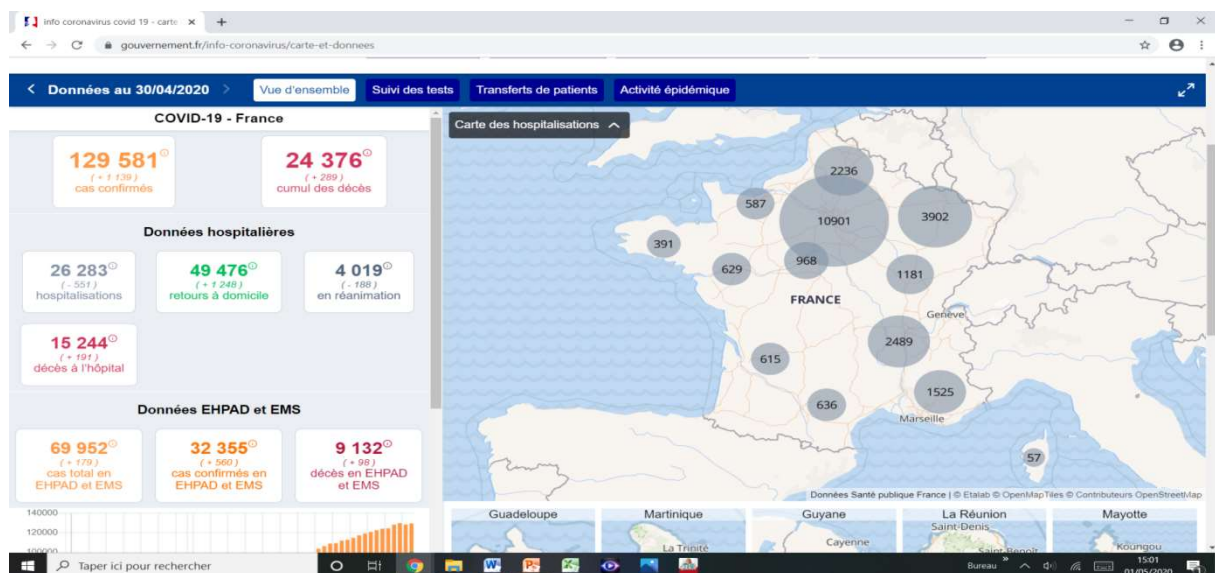
¹¹ [<https://www.ehesp.fr/wp-content/uploads/2020/04/Impact-Confinement-EHESP-20200322v1-1.pdf>] : « Un mois de confinement aurait permis d'éviter jusqu'à 60 000 morts et que sans confinement, plus de 100 000 lits de réanimation auraient été nécessaires au 20 avril 2020. »

¹² DESROSIERES A. (2006), « De Cournot à l'évaluation des politiques publiques : Paradoxes et controverses à propos de la quantification, *Prisme*, n°7, avril ; DESROSIERES A. (1993), *La politique des grands nombres : Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte.

transmission, identification des foyers ... Autrement dit, la difficulté à identifier les patients¹³ fait vaciller la capacité à contrôler la diffusion du virus. La science se base sur des preuves, elle sépare ce qui est scientifique de ce qui ne l'est pas, sous-entendu les croyances. En ce sens et dans la tradition wébérienne¹⁴, le jugement diffère de l'opinion.

La gestion de la crise passe par une série de compteurs, de statistiques avec une cartographie (en couleur) qui révèle le besoin d'avoir des indicateurs comme le nombre d'hospitalisations, de retours à domicile, d'admissions en soins intensifs-réanimation, de nouveaux cas, de guérisons, etc. En somme, elle s'articule autour d'un paysage administré avec une distribution visible du risque. En l'espèce, pour le virus, ces documents sont visibles sur le site du gouvernement¹⁵ (figure 2). Cette quantification – état des lieux toutes les 24 heures – constitue un élément important du mythe fondateur de l'histoire du risque, qui n'est pas sans lien avec la conviction de maîtriser l'emprise du risque sur un territoire. A ce titre, la quantification contribue à créer des repères stables appelés taux d'immunité collective, interdictions (des marches dans les forêts et plages, fermetures des écoles et des lieux publics), assignations à résidence, obligations (règles de distanciation sociale et réglementations des sorties autorisées).

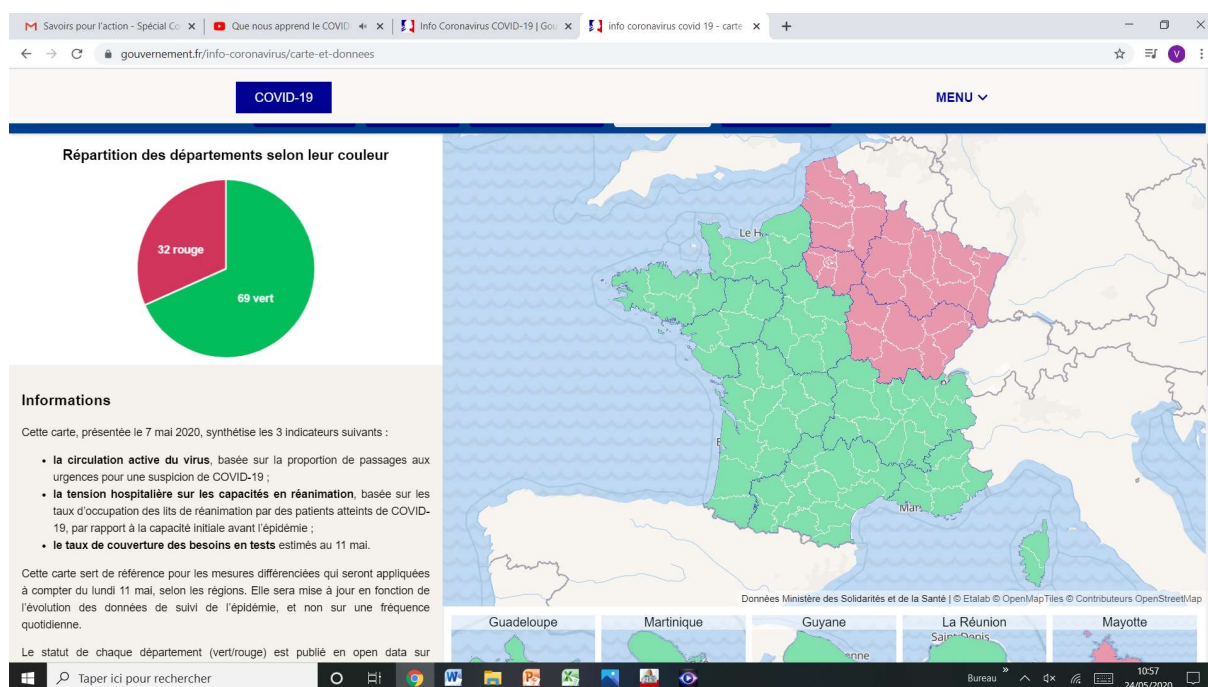
Figure 2 : Cartographier le virus



¹³ L'infection peut être asymptomatique sans entraîner des manifestations cliniques. Ces dernières n'apparaissent d'ailleurs qu'entre 2 et 12 jours avec une moyenne de 5 jours.

¹⁴ M. WEBER, *Le Savant et le politique*, 1919, La Découverte Poche, Sciences humaines et sociales, n°158, traduit de l'Allemand par Catherine Colliot-Thélène, 2003.

¹⁵ [<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/carte-et-donnees>].



Prévenir signifie alors détecter, tester, tracer, surveiller et punir. La réalisation d'un risque est le résultat d'une combinaison de facteurs prévisibles sur lesquels il est possible d'agir. En d'autres termes, il est possible de prévoir (au sens de voir à l'avance, *vorsehen*). Le pays entre alors en guerre : *vis pacem, para bellum*¹⁶, l'approche se veut combative. Le face à face est possible comme le relate Claude Gilbert : « *Ce que l'on appelle spontanément risques n'est autre que la projection spatiale de ces aléas et accidents donnant figure à des ennemis potentiels dont il convient de mesurer l'impact et par rapport auxquels des lignes de défense doivent être organisées. Dans cette conception toute militaire, l'effort de connaissance, les modalités d'actions se concentrent sur la nature même des phénomènes naturels, des accidents, sur leur intensité, leur probabilité de survenue, l'ampleur de leur impact. [...] Mais cette approche introduit une série de biais. En confondant aléa et risque, accident et risque, elle situe d'emblée le risque comme un phénomène extérieur dont la compréhension revient aux organismes scientifiques et techniques. [...] En se référant trop au modèle militaire, elles contribuent également à ce qu'il ne soit pas complètement pris mesure de la nature composite des risques où les vulnérabilités pèsent de plus en plus.* »¹⁷

Des actions préventives sont associées à des autorisations préalables, des restrictions de libertés individuelles et des sanctions pénales sous le contrôle des forces de l'ordre. Ces prescriptions plus ou moins coercitives placent le preneur

¹⁶ Si tu veux la paix, prépare la guerre.

¹⁷ C. GILBERT, « Limites et ambiguïtés de la territorialisation des risques », *Pouvoirs Locaux*, 2003, n°56, p. 50.

de risque devant une alternative (respect ou non des règles). La réalisation du risque est alors envisagée comme une déviance comportementale. Dès lors, le récit s'articule autour de possibles négligences, de conduites condamnables qui conditionnent cette fois-ci les modalités du déconfinement et la probabilité d'une éventuelle deuxième vague. Cette volonté d'expliquer le risque agit sur la représentation cognitive du risque.

Cette approche construit le risque comme un objet collectif dont la prise en charge relève de l'individu. Elle transforme un risque collectif (problème de santé publique) en un choix individuel (respect des gestes barrières, des règles d'assignation à résidence, acceptation du traçage). La gestion du risque est très sensible à la notion de responsabilité. Elle aborde l'individu comme un « sujet » responsable de ses choix. Cette interprétation n'est pas sans évoquer un appel à la libre conscience (le *Gewissen* chez Heidegger qui met « un être en faute » car *DaSein* est aussi un « être au monde ») que l'on retrouve dans les récents messages de prévention : un appel à la voix de la conscience, à rester éveillé ou vigilant, la conscience d'une faute commise envers lui-même et/ou envers les autres. Là encore, le parallèle avec la question du confinement généralisé est patent : entre contrainte comme en France ou immunité collective avec autodiscipline de la population comme en Suède et aux Pays-Bas.

En définitive, la manière de poser le problème de santé publique révèle deux stratégies différentes pour gérer la pandémie : soit on ne change rien, on apprend à vivre avec ; soit le renforcement des mesures de distanciation sociale avec un confinement de la population. Cependant, la prise de conscience de la vulnérabilité des personnes âgées dans les EHPAD montre les limites d'une telle distanciation sociale en proposant une approche plus globale de la définition de la santé : les visites tant attendues donnent aussi un sens à la vie ; en leur absence, la détresse peut conduire à dégrader la santé psychologique des aînés car la distanciation spatiale a finalement abouti à une distanciation sociale.

II) Un contexte d'ignorance qui réaffirme le rôle du politique : des savoirs au service des politiques publiques

L'incertitude intervient dans deux situations : une incapacité à caractériser le risque tout comme à produire du consensus. La Covid-19 est un pathogène nouveau qui s'est propagé d'homme à homme à très grande vitesse ; ses symptômes ne sont pas immédiatement visibles et le rendent plus invisible. Une part des infectés ne présente aucun ou peu de symptômes et permet au virus de se propager silencieusement et de façon inaperçue. De ce fait, la chaîne de transmission se révèle plus difficile à bloquer. L'ignorance et le décalage temporel augmentent le risque de controverse et empêchent parfois l'apparition

d'un consensus (A). La principale difficulté dans la gouvernance d'anticipation réside dans l'apparition séquentielle des informations et des décisions prises (B). Ici, l'information a une valeur qui augmente avec l'apprentissage et peut rendre caduque une information disponible à l'instant « t ». Cette modification dans le contenu des choix peut être une source de disjonction et de désaccords entre les experts, mais aussi un obstacle à une convergence des croyances. Or, pour agir, il est important d'obtenir un consensus. Friedrich Nietzsche n'écrivait-il pas, en 1888, dans *Le crépuscule des idoles ou comment on philosophe avec un marteau* que « *La sagesse trace des limites même à la connaissance* » ?

A) Qualifier l'ignorance : construire des savoirs pour agir

Une situation d'ignorance s'explique de deux manières : une incertitude et une incomplétude de l'information. Dans le cas où l'univers est incertain, il est possible d'anticiper certaines relations causales (comme les conséquences possibles) sans pour autant pouvoir définir avec certitude leurs apparitions (les probabilités ne sont pas bien fondées) : nous sommes dans la précaution. Aussi, la graduation des risques se conjugue avec celle des certitudes *a priori* du fait de l'inexistence d'un faisceau de preuves suffisant. Dans un cas d'incomplétude de l'information, la probabilité d'occurrence d'un événement futur est inconnue puisqu'il existe à la fois une difficulté à définir et à caractériser l'objet de recherche, mais aussi, à mesurer les effets d'une exposition ; des surprises sont possibles.

Or, toute la difficulté dans un contexte de pandémie réside dans le fait que la probabilité de savoir peut être nulle et il n'est pas toujours possible de définir les scénarios futurs¹⁸. Les progrès de la connaissance interagissent de ce fait de manière paradoxale puisqu'ils peuvent remettre en cause les décisions *a priori* rationnelles. L'évaluation du risque est alors à la fois une question épidémiologique et politique à travers le processus décisionnel et la légitimité des choix opérés. Ainsi, la décision de fermer en priorité les écoles reposait sur l'hypothèse que les enfants étaient, comme dans le cas de la grippe, des vecteurs importants de diffusion du virus ; *a posteriori*, leurs réouvertures se justifient par leurs plus fortes résistances. De même, les débats autour de l'efficacité des mesures de confinement et des modalités de déconfinement, de la nécessité de porter des masques ou d'effectuer des tests (sérologiques versus PCR) ou encore

¹⁸ V. ERNÉ-HEINTZ, « Incertitude radicale et choix économique : illustration avec le risque climatique », in *L'expertise : enjeux et pratiques*, Lavoisier, 2009, p. 81-96.

de l'opportunité d'administrer de l'hydroxychloroquine aux malades¹⁹ sont autant d'exemples de savoirs en construction.

Ces situations d'ignorance mettent à l'épreuve les principes d'analyse du risque car l'urgence sanitaire nécessite de pouvoir prévoir pour agir ; mais pour pouvoir prévoir, encore faut-il savoir et être en capacité d'imaginer²⁰ des hypothèses, même les plus improbables²¹. L'analyse du Covid-19 tant par ses caractéristiques que par les traitements potentiels divise les médecins. D'ailleurs, ces querelles se réfèrent aussi à la manière de définir la médecine : médecine moderne fondée sur la méthode « OHERIC » (Observation, Hypothèse, Expérience, Résultats, Interprétations, Conclusions) versus médecine traditionnelle empirique (basée sur l'observation et la comparaison). Or, un raisonnement par analogie, s'il a l'avantage d'être rapide et rassurant sur le plan cognitif, peut conduire à rendre aveugle ou à minimiser la menace : le virus ressemblerait à une grippe. Similairement, les études détaillées des cas sur le bateau de croisière *Diamond Princess* ou sur le porte-avion Charles de Gaulle ne peuvent être extrapolées car elles comportent des biais (population plus âgée que la moyenne dans le premier cas, surreprésentation d'hommes jeunes dans le second cas).

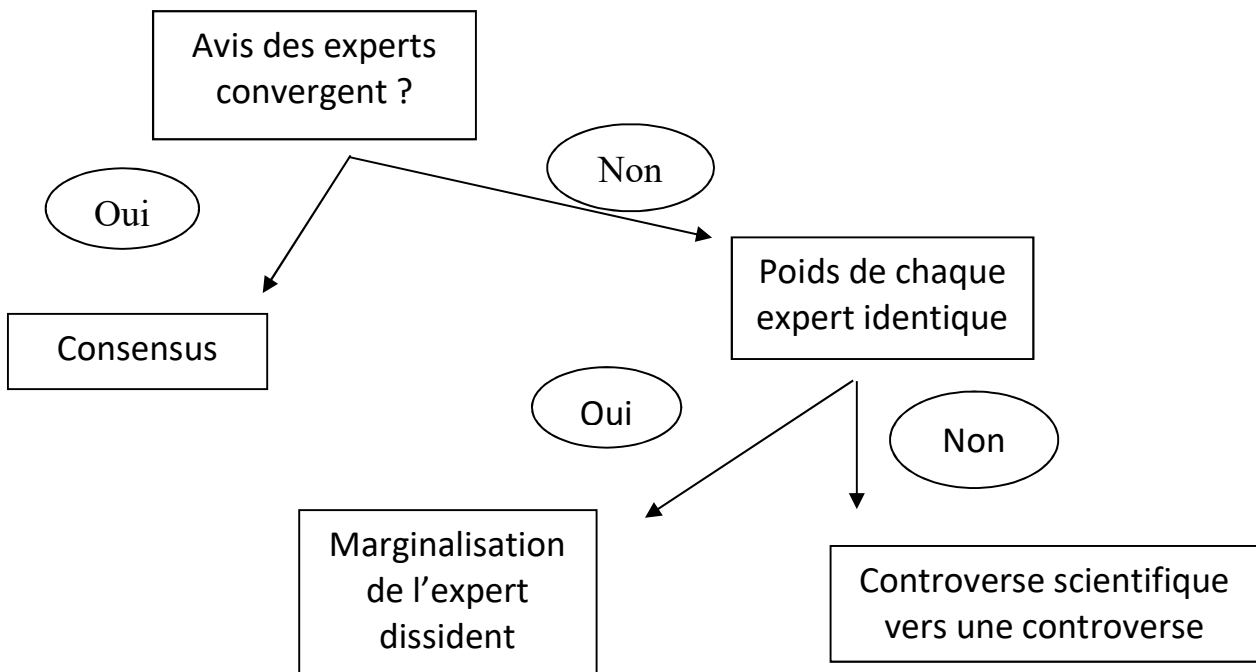
En somme, chaque étude scientifique s'envisage comme une source d'informations en compétition. Le poids de chaque expert agit comme une croyance transférable aux autres experts (figure 3) : soit l'ensemble des experts expriment une même opinion, auquel cas le consensus est assez aisé à obtenir ; soit un expert émet une opinion dissidente, auquel cas le degré de conflit va dépendre du poids scientifique et/ou de la situation d'autorité de cet expert dissident. Le risque réside alors de passer d'une controverse scientifique entre experts à une controverse sociale, risque d'autant plus élevé lorsque celle-ci fait l'objet d'une grande médiatisation. Le danger dans une querelle d'experts est de jeter le discrédit sur l'expertise et de ne plus être en capacité de produire de l'information audible voire crédible. Incontestablement, la médiatisation attise les différences au détriment du consensus.

¹⁹ Le Haut Conseil de la Santé Publique a rendu le 23 mars 2020 un avis relatif aux recommandations thérapeutiques dans la prise en charge du Covid-19 disponible sur le site.

²⁰ DUPUY J.-P. (2002), *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, La couleur des idées, éd. Seuil, Paris.

²¹ V. ERNÉ-HEINTZ (2015), « Faut-il prêcher le pire pour apprendre à le gérer ? » in « *Risque, Accidents et Catastrophes - Liber amicorum en l'honneur du Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach* », éd. L'Harmattan.

Figure 3 : La dynamique lors d'une discussion entre experts



En réalité, ce qui est en cause ici, c'est la précision de l'information exigée. A ce titre, les bonnes pratiques de laboratoire²² définissent la robustesse du niveau de preuve. Choisir une étude plutôt qu'une autre n'est pas neutre. L'expert a besoin de preuves pour émettre un avis ou une recommandation. Ainsi, lorsque l'information disponible est incomplète, l'expert émet un jugement sur les études scientifiques réalisées, jugement qui peut faire l'objet de contestations ou de polémiques. Cette normalisation de l'information aboutit inévitablement à une hiérarchisation des études²³.

B) Le rôle du politique : poser des hypothèses pour construire des scénarios

Analyser l'incertitude, c'est forcément prévoir plusieurs trajectoires possibles. C'est définir des hypothèses de travail pouvant être démenties ou confirmées

²² L'OCDE définit explicitement les bonnes pratiques de laboratoire (BPL) : [\[https://www.oecd.org/fr/securitechimique/essais/bonnespratiquesdelaboratoire.htm\]](https://www.oecd.org/fr/securitechimique/essais/bonnespratiquesdelaboratoire.htm). Un autre exemple de BPL concerne les médicaments : [\[https://www.ansm.sante.fr/Activites/Elaboration-de-bonnes-pratiques/Bonnes-pratiques-de-laboratoire/\(offset\)/6\]](https://www.ansm.sante.fr/Activites/Elaboration-de-bonnes-pratiques/Bonnes-pratiques-de-laboratoire/(offset)/6). Ces BPL sécurisent l'expertise en facilitant les comparaisons internationales.

²³ Les travaux doivent avoir été publiés dans une revue internationale après avis d'un comité scientifique de lecture. Les critères de qualité en épidémiologie reposent sur la représentativité et le nombre de sujets étudiés, le recueil d'informations, le choix des indicateurs d'exposition et la prise en compte des facteurs confondants, la qualité de l'analyse statistique et la maîtrise des biais.

par des données expérimentées, des expériences *in vitro* ou des modélisations. A la place de probabilités précises, l'idée est d'élaborer des scénarios de gestion de crise : maintenir ou non les élections municipales, opter pour l'immunité collective ou confiner la population, isoler ou non les malades contagieux, contraindre ou non le port du masque, ... Autant de scénarios basés sur des hypothèses ; il s'agit ici d'une anticipation des causalités basée sur l'apprentissage. Ainsi, penser le virus s'effectue à l'aune des expériences d'autres pays. La Corée du Sud, Singapour et Taïwan se sont appuyés sur leurs expériences passées du SRAS en 2003 ou du virus MERS en 2015. La France s'est rapprochée d'un scénario connu, familier et maîtrisé, celui d'une grippe.

Toute la difficulté est d'imaginer un scénario hors norme, inédit, exceptionnel qui n'agirait pas comme un tabou. En définitive, c'est la capacité à envisager le scénario du pire²⁴. Cependant, l'urgence sanitaire réduit le champ des possibles car l'objectif est d'agir au plus vite. La question conditionne néanmoins la réponse comme celle portant sur l'opportunité de réaliser ou non des tests à grande échelle : selon la Haute Autorité de Santé, les tests sérologiques ne servent qu'à cartographier l'épidémie et non pas à statuer sur la contagiosité du virus. Avec une surmortalité très élevée chez les plus de 75 ans, le département du Haut-Rhin qui avait commencé à tester des personnes des EHPAD a finalement cessé ; l'objectif était de déterminer si des personnes avaient été ou non en contact avec le virus et si elles avaient développé des anticorps.

L'interaction entre des éléments séquentiellement endogènes – information et irréversibilité – incite le politique à adopter des décisions les plus flexibles possibles lui permettant d'exploiter de nouvelles opportunités futures. Autrement dit, l'approche scientifique ne relève plus d'une démarche prédictive puisque c'est l'accumulation d'indices (plutôt que de preuves) qui suggèrent la précaution. C'est en cela que l'incertitude n'empêche ni d'arbitrer ni d'agir ; elle se décline autour d'une stratégie résiliente avec une capacité d'intégrer de nouvelles données en temps réel. En définitive, l'absence d'informations ne prédestine pas à une absence d'action. C'est pourquoi, des indicateurs seront sélectionnés pour justifier le choix de tel ou tel scénario. Un indicateur clé va apparaître : le taux de reproduction²⁵ de base du Covid-19 appelé R_0 définit le

²⁴ V. HERNÉ-HEINTZ, « Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe », *Risques, Etudes et Observations*, 2012-3, [<http://www.riseo.cerdacc.uha.fr/2012-3/>].

²⁵ Le niveau nécessaire pour passer ou rester sous le seuil épidémique dépend du taux de reproduction de base de la maladie (R_0), c'est à dire du nombre moyen d'individus immunologiquement naïfs qu'un sujet va infecter après contact. Plus ce taux de reproduction de base est élevé, plus le pourcentage de sujets immunisés doit être élevé. Par exemple, le R_0 de la grippe saisonnière = 2 ; de Covid-19 = 3,3 ; de la rougeole = 12-20. Le pourcentage de sujets immunisés nécessaire pour obtenir l'immunité collective est calculé comme suit : Immunité collective = $1 - 1/R_0$. Par conséquent, le calcul pour obtenir ce pourcentage permet d'obtenir les résultats suivants : 50 % pour la grippe, 70% pour Covid-19, 90 à 95 % pour la rougeole, [<https://www.pasteur.fr/fr/espace-presse/documents-presse/qu-est-ce-que-immunite-collective>].

pourcentage minimum de personnes infectées dans une population pour obtenir une immunité de groupe jusqu'à la disparition dudit virus. Les questionnements autour de l'immunité protectrice des personnes ayant été en contact avec le virus engagent la réussite du déconfinement. Aujourd'hui, on estime à moins de 10% la population française à avoir été infectée, loin du seuil à atteindre. L'étude concernant le premier cluster en France dans un lycée à Crépy en Valois a permis d'évaluer le taux de contamination non seulement des élèves et enseignants mais aussi de leurs proches : 26% de la population étudiée a été testée positive. Ce taux inquiète car il est loin de l'immunité collective alors même qu'aucune mesure de distanciation sociale n'avait encore été prise ; le virus avait pu librement circuler. En d'autres termes, un scénario reflète le jugement (les préférences, les croyances) du décideur. Ce qui est alors questionné, c'est la légitimité de tel ou tel scénario.

Dès lors, on perçoit la difficulté à anticiper : les scénarios d'hier seront-ils les désastres de demain ? Comment définir l'inconnu ? L'improbable ? Comment gérer l'inconcevable ? Quelle place pour le pire des scénarios ? Un scénario basé sur l'apprentissage est un scénario résilient qui permet un retour à la normale. Là encore la Covid-19 fait appel à une capacité à rebondir après une crise, à apprendre du risque ; la résilience, c'est retourner à la vie d'avant. Et déjà, une nouvelle question : les scénarios d'après-crise nuisent-ils à la gestion de crise ?

Conclusion

L'irruption du Covid-19 dans notre quotidien réintroduit des concepts comme incertitude, prudence ou humilité dans le processus décisionnel. Elle rappelle que la grammaire du temps scientifique ne correspond pas à celle du politique (et encore moins à celle des médias). Ce problème de temporalité face à une injonction médiatique et à l'immédiateté des *tweets* réaffirme aussi le besoin d'informations scientifiques stabilisées et consensuelles. Assurément, dans un contexte où la science ne sait pas tout, l'expert a du mal à construire un savoir consensuel et le politique est dans le doute. Nonobstant, l'incomplétude d'information ne signifie pas inaction. En somme, la Covid-19 souligne aussi le besoin d'apaisement dans un bavardage médiatique incessant : une sérénité nécessaire à l'action prudente propice à la restauration de la confiance : confiance dans la science et dans sa capacité à produire des connaissances ; confiance dans l'expert et dans ses préconisations ; confiance dans le politique et dans sa capacité à protéger la population.

Cependant, l'apparition de cette pandémie invite aussi à penser autrement l'incertitude et ce, d'autant plus que ce type de menace n'est pas nouveau. C'est

plutôt l'acceptation sociale – le regard sociétal – qui est changée. Ainsi, la grippe asiatique de 1957 ou celle de Hong-Kong en 1968-69 (pour ne prendre que des récentes) n'ont pas provoqué de telles réactions. Pour preuve, *l'élan bénévole et citoyen qui s'est construit autour de la confection des masques « grand public » est à ce titre révélateur : le citoyen devient acteur et refuse d'être passif, il se met en mouvement pour participer à la gestion de la crise.*

Paul Valéry : « *Le simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable.* »²⁶

²⁶ Œuvres II, ed. Gallimard coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1960, p.864.

Le risque de la privation de liberté pendant la Covid-19

Jean-Baptiste THIERRY

Maître de conférences en droit privé

Directeur de l'IEJ de Lorraine – André Vitu, Institut François GénY (EA 7301)

La crise sans précédent qu'a connue la France n'a pas été que sanitaire, mais également judiciaire. Le fonctionnement des juridictions a en effet été très largement perturbé, même si elles ne se sont pas arrêtées. Sur le plan pénal, cette crise a entraîné une adaptation des règles processuelles pour permettre la continuité de la réponse pénale. Cette adaptation a été opérée par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19¹.

La crise sanitaire a d'abord suscité de nombreuses craintes, pour certaines injustifiées, comme celles qui ont été exprimées par les décideurs publics ou privés de voir leur responsabilité pénale engagée en raison de contaminations. Sur ce point, les discussions parlementaires de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 ont fait émerger la nécessité d'éclairer ce point et de lever les craintes. Maladroitement, le législateur s'est d'abord orienté vers un aménagement des règles de la responsabilité pénale, laissant penser que ces décideurs devaient bénéficier d'une forme d'immunité. Heureusement, la voie choisie est finalement plus raisonnable, même si elle demeure discutable puisqu'elle aboutit à l'adoption d'une disposition non normative. L'article L3136-2 du Code de la santé publique est ainsi rédigé : « *L'article 121-3 du Code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ». Une disposition du Code de la santé publique rappelle donc que le Code pénal n'est pas suspendu pendant et après la crise sanitaire. Saisi de cette disposition, le Conseil constitutionnel a relevé que « *les dispositions contestées ne diffèrent donc pas de celles de droit commun et s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait*

¹ Sur cette ordonnance : P. DE COMBE DE NAYVES, « Présentation de l'ordonnance réformant la procédure pénale face à l'épidémie de Covid-19 », *AJ pénal*, 2020, p. 172 ; J.-B. PERRIER, « La procédure pénale en urgence sanitaire », *Gaz. Pal.*, 31 mars 2020, n° 377, p. 18 ; S. PELLÉ, « La justice pénale à l'heure du coronavirus : l'urgence ou le miroir de notre procédure pénale ? », *D.*, 2020, p. 777 ; J.-B. THIERRY, « La procédure pénale confinée par voie d'ordonnance : commentaire de l'ordonnance "Covid-19" », *Lexbase pénal*, 23 avr. 2020 ; M. TOUILLIER, « L'adaptation de la procédure pénale au malheur des temps », *AJ pénal*, 2020, p. 186. V. également sur la loi du 23 mars : G. BEAUSSONIE, « Le droit pénal dans la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 », *Lexbase pénal*, 23 avr. 2020.

susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire. Dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi pénale. Elles ne sont pas non plus entachées d'incompétence négative. Dans la mesure où elles ne contreviennent à aucune autre exigence constitutionnelle, elles sont donc conformes à la Constitution »²

Le virus n'a donc rien changé au risque pénal pour les atteintes involontaires aux personnes, et c'est heureux, ni sur la manière de légiférer inutilement, et c'est presque rassurant.

La crise sanitaire a ensuite fait apparaître deux risques liés à la privation de liberté, bien réels. Le premier pesait sur les personnes qui ne respectaient pas l'interdiction de sortir de leur domicile prévue par le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire le confinement. Le second, plus particulier, concernait la situation des établissements pénitentiaires, de leurs personnels et plus spécifiquement des personnes détenues, particulièrement exposées au virus. Le risque de la privation de liberté pendant la crise sanitaire s'est donc manifesté par un risque d'être condamné à une peine privative de liberté en raison de la commission d'une infraction (I) et par le risque que représentait en elle-même cette privation de liberté (II).

I) Le risque de privation de liberté en raison de la commission d'une infraction

Le confinement s'est accompagné d'une pénalisation de son non-respect. Cette pénalisation a été progressive et a suivi deux étapes, avant (A) et après (B) la loi du 23 mars 2020.

A) La sanction du confinement avant la loi du 23 mars 2020

Le confinement de la population s'est concrétisé par une interdiction de sortir de son domicile, édictée par le pouvoir réglementaire, sous peine de sanctions pénales. Le droit pénal vient ici en soutien du pouvoir de police.

Dans un premier temps, sur le fondement du pouvoir ordinaire de police en matière de santé, le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 a interdit jusqu'au 31 mars 2020 les déplacements de toute personne hors de leur domicile à l'exception de ceux justifiés par l'un des motifs prévus par le

² Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, § 13.

décret³. Cette interdiction n'était toutefois pas assortie d'une sanction pénale spécifique, seul l'article R610-5 du Code pénal ayant vocation à s'appliquer⁴.

La répression a été rapidement accrue puisque, dans un deuxième temps, le décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population a puni de l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe (750 euros) la violation des interdictions de se déplacer édictées par l'article 1^{er} du décret du 16 mars, la méconnaissance de l'obligation prévue au même article de se munir du document justifiant d'un déplacement autorisé et la violation des mesures plus restrictives prises, le cas échéant, par le représentant de l'État dans le département.

Pour autant, les faits demeuraient contraventionnels et certains ont considéré que la répression n'était pas suffisamment dissuasive. Quelques parquets ont alors eu l'initiative malheureuse de recourir aux infractions de droit commun pour sanctionner les violations du confinement. Plusieurs gardes à vue et poursuites ont ainsi eu lieu sur le fondement du délit de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, prévu à l'article 223-1 du Code pénal. Cette incrimination a ainsi été détournée de sa *ratio legis* pour faire respecter, *contra legem*, une interdiction de sortir. Il ne s'agissait en réalité que d'une manière de sanctionner préventivement, par la garde à vue, le non-respect du confinement⁵. Il a fallu une circulaire⁶ pour rappeler à quelques parquetiers zélés que les éléments constitutifs de cette infraction n'étaient pas applicables à la violation de l'interdiction de sortie. On aurait aimé une meilleure interprétation du texte *ab initio* malgré tout.

³ 1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; 2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L3131-1 du Code de la santé publique ; 3° Déplacements pour motif de santé ; 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ; 5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie. Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions.

⁴ « La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{re} classe », soit 38 euros.

⁵ Sur ce point : C. POLLONI, « "Mise en danger de la vie d'autrui", l'argument massue du confinement », *Mediapart*, 25 mars 2020.

⁶ Circulaire du 25 mars 2020 de présentation des dispositions applicables pendant l'état d'urgence sanitaire et relative au traitement des infractions commises pendant l'épidémie de Covid-19. NOR : JUSD2008353C.

B) La sanction du confinement après la loi du 23 mars 2020

La loi du 23 mars 2020 précitée a créé une nouvelle infraction à l'article L3136-1 du Code de la santé publique⁷. Le délit a une structure particulière, liée à l'ensemble des comportements qu'il réprime et au mécanisme de répression par paliers qu'il institue.

Les comportements réprimés sont particulièrement nombreux puisque le troisième alinéa de l'article L3136-1 du Code de la santé publique fait référence à la violation des interdictions et obligations prévues aux articles L3131-1, L3131-15 à L3131-17 du même Code. Il s'agit donc d'une « incrimination balai » qui met sur le même plan de très nombreux comportements. Les travaux parlementaires montrent toutefois que ce qui a été réellement souhaité par le législateur est la punition de la violation du confinement.

Quant au mécanisme de « paliers répressifs », il se manifeste de la manière suivante. Le choix de qualifications contraventionnelles pour les premières violations permet l'application de la procédure d'amende forfaitaire. La première contravention de quatrième classe peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du Code de procédure pénale⁸. Le montant de l'amende est alors de 135 euros⁹ si le contrevenant s'acquitte du paiement dans les 45 jours qui suivent la constatation de l'infraction ou l'envoi de l'avis de contravention¹⁰. À défaut d'un paiement dans ce délai ou d'une requête en exonération formée dans le même délai, l'amende forfaitaire est majorée de plein droit (375 euros¹¹). Les autres violations constatées dans un délai de quinze jours constituent une contravention de cinquième classe qui peut également faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire¹². Le montant de l'amende forfaitaire est alors de 200 euros¹³. Le montant de l'amende forfaitaire majorée est de 450 euros¹⁴. Si la violation est constatée à plus de trois reprises, le comportement devient un délit qui fait encourir une peine de six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende, ainsi que la peine complémentaire

⁷ Sur ce texte : G. BEAUSSONIE, art. préc. J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », *D.*, 2020, p. 937.

⁸ Le recours à la procédure de l'amende forfaitaire n'est toutefois qu'une faculté pour le ministère public, lequel peut décider d'exercer les poursuites devant le tribunal de police : *Crim.*, 12 mars 2020, n° 01-84.596.

⁹ *C. proc. pén.*, article R49, 5°.

¹⁰ *C. proc. pén.*, article 529-2.

¹¹ *C. proc. pén.*, article 49-7, 5°.

¹² Décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5e classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Jusqu'à ce décret, la procédure de l'amende forfaitaire n'était pas applicable aux contraventions de la cinquième classe.

¹³ *C. proc. pén.*, article R49, 6°.

¹⁴ *C. proc. pén.*, article R49-7, 6°.

de travail d'intérêt général¹⁵ et la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule. Largement critiqué¹⁶, le délit a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2020¹⁷, saisi d'une QPC renvoyée par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁸. Le Conseil a notamment considéré que le délit ne pouvait être caractérisé qu'à la quatrième violation de la même interdiction.

Cette déclaration de constitutionnalité ne doit pas pour autant dissimuler les malfaçons législatives qui, si elles n'emportent pas de conséquences constitutionnelles, n'en demeurent pas moins délicates quant à l'interprétation de ces dispositions par les juridictions correctionnelles. Pour le dire autrement, puisqu'il s'est trouvé des juridictions pour considérer que le délit de l'article 223-1 du Code pénal était caractérisé en cas de sortie sans attestation, il s'en trouvera qui auront appliqué largement le délit en appréciant de manière superficielle les précédentes contraventions.

Ce délit concentre les critiques : l'incrimination est mal rédigée, éminemment sujette à interprétation, laisse une large compétence au pouvoir réglementaire et, surtout, montre que les pouvoirs publics cherchent peu à éduquer au respect des règles sanitaires et préfèrent la voie de la pénalisation : la sanction est presque automatique, comme le montre le privilège donné à la procédure de l'amende forfaitaire.

II) Le risque de la privation de liberté pour les personnes détenues

La crise sanitaire a fait naître de nombreuses inquiétudes pour les personnes détenues. Les risques de contamination conjugués aux conditions de détention ont nécessité une adaptation de la situation des personnes détenues. La réponse apportée a cherché à concilier deux approches différentes. La première, relative à la détention provisoire, a consisté à sécuriser les procédures engagées. La

¹⁵ En application de l'article 131-8 du Code pénal, le travail d'intérêt général est une peine alternative à l'emprisonnement, et non une peine complémentaire, ce qui signifie qu'il peut être prononcé à la place de l'emprisonnement et non en plus de l'emprisonnement.

¹⁶ V. G. BEAUSSONIE, art. préc. ; R. MÉSA, « Les restrictions à la liberté d'aller et venir, et les infractions liées à l'état d'urgence sanitaire et au covid-19 », *Gazette du Palais*, 7 avr. 2020, n° 377c3, p. 23 ; J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », art. préc.

¹⁷ Décision n° 2020-846/847/848 QPC, 26 juin 2020.

¹⁸ Par une décision du 4 avril 2020, le juge des référés du Conseil d'État avait, quant à lui refusé, de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des 3° et 4° de l'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

seconde, relative aux personnes condamnées, a amené à élargir les conditions des aménagements de peine.

A) Les personnes en détention provisoire

La réponse apportée sur ce point a été marquée par une certaine cacophonie. La loi du 23 mars 2020 a autorisé le Gouvernement à intervenir par voie d'ordonnance, en application de l'article 38 de la Constitution, pour adapter, « *aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, [...] les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat* ».

L'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 a prévu que « *En matière correctionnelle, les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique, prévus par les dispositions du Code de procédure pénale, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés de plein droit de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas, sans préjudice de la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure, le cas échéant avec assignation à résidence sous surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire lorsqu'il est mis fin à une détention provisoire. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel [...]* ».

Deux questions sont rapidement apparues. La première concernait les délais visés par cette prolongation. Il pouvait d'abord s'agir des titres de détention, c'est-à-dire de la durée de détention provisoire décidée par le juge des libertés et de la détention, qui auraient été prolongés par l'ordonnance, sans qu'ils puissent pour autant dépasser la durée maximale prévue par la loi. Il pouvait ensuite être question de la durée maximale prévue par la loi, qui aurait été

prolongée du fait de l'ordonnance. La seconde concernait l'interprétation des mots « *de plein droit* » : cette précision apportée par l'ordonnance pouvait-elle signifier que les délais étaient prolongés sans qu'un juge intervienne ?

La circulaire du 26 mars 2020 a précisé que « *ces prolongations s'appliquent de plein droit, donc sans qu'il soit nécessaire de prendre une décision de prolongation, aux détentions provisoires en cours de la date de publication de l'ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ou ayant débuté pendant cette période* »¹⁹. Ces dispositions ont été « complétées » par un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces précisant que les délais prolongés étaient ceux du titre de détention. Ainsi interprété, l'article 16 de l'ordonnance aurait donc permis de renouveler une détention provisoire sans décision judiciaire.

Le Conseil d'État a validé cette interprétation²⁰ alors pourtant que l'on aurait pu aisément considérer que la prolongation de la détention provisoire supposait une décision judiciaire. L'ordonnance semblait d'ailleurs aller dans ce sens puisque son article 19 prévoyait les modalités particulières des audiences de prolongation. Fort heureusement, toutes les juridictions n'ont pas adopté l'interprétation ministérielle et certaines ont pu exiger, logiquement, qu'un juge intervienne pour prolonger les détentions provisoires²¹. Entretemps, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a ajouté un article 16-1 à l'ordonnance, précisant que « *à compter du 11 mai 2020, la prolongation de plein droit des délais de détention provisoire prévue à l'article 16 n'est plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette date et les détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire* ». L'intervention du juge a été restaurée, mais il restait à savoir comment interpréter les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance.

Inévitablement saisie du problème, la Cour de cassation a apporté une solution importante²². Elle a d'abord renvoyé au Conseil constitutionnel les QPC relatives à la constitutionnalité de l'article 11 de la loi d'habilitation. Surtout, elle a ensuite précisé l'interprétation de l'article 16, au terme d'une motivation

¹⁹ Circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. NOR : JUSD2008571C. Souligné dans le texte.

²⁰ CE, 3 avr. 2020, n°s 439894, 439877, 439887, 439890 et 439898 : *Dalloz actualité*, 9 avr. 2020, note J.B. PERRIER (qui s'étonne justement de la normativité d'un courriel).

²¹ Nancy, ch. instr., 5 mai 2020, n° 308/2020 : *D. actu*, 22 mai 2020, obs. S. FUCINI.

²² Crim., 26 mai 2020, n°s 20-81.971 et 20-81.910. Sur ces arrêts : J.-B. PERRIER, « L'honneur de l'équilibriste », *D.* 2020, p. 1274.

particulièrement riche, et précisé les modalités du contrôle judiciaire nécessaire pour que ces prolongations soient conformes aux exigences résultant de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a d'abord relevé que « *l'article 16 s'interprète comme prolongeant, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration, mais à une seule reprise au cours de chaque procédure* ». Elle a également précisé que l'article 16 de l'ordonnance ne saurait être « *regardé comme compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention* ». Ainsi, « *l'honneur du juge judiciaire est sauf : l'inconventionnalité des prolongations sans juge est clairement reconnue* »²³. La décision est remarquable puisque la Cour de cassation réussit à préserver l'indispensable intervention du juge judiciaire tout en permettant de sécuriser les procédures existantes : « *confrontée à une situation inédite, provoquée par l'entêtement du ministère avec la complicité du Conseil d'État et le suivisme de certains magistrats, la Cour de cassation a su se montrer à la hauteur des enjeux* »²⁴.

La fin de cette cacophonie interprétative a été sonnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 juillet 2020²⁵. L'originalité de la décision est que le Conseil était saisi d'une QPC relative à une disposition d'habilitation, et non de l'ordonnance elle-même²⁶. Le Conseil a précisé que « *Les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, méconnaître une règle ou un principe de valeur constitutionnelle. En outre, elles ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle* ». Constatant que la loi d'habilitation n'avait pas exclu l'intervention d'un juge pour prolonger les détentions provisoires, il a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution. Incidemment, il a donc précisé que ces détentions provisoires ne pouvaient être prolongées sans l'intervention d'un juge.

²³ J.-B. PERRIER, « L'honneur de l'équilibriste », note préc.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Décision n° 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020.

²⁶ Sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les ordonnances : Décision n° 2020-843 QPC, 28 mai 2020.

B) Les personnes condamnées

En ce qui concerne la situation des personnes condamnées à une peine privative de liberté, la simplicité aurait commandé l'adoption d'une loi d'amnistie, qui aurait largement facilité le travail des juridictions d'application des peines²⁷. Le législateur n'a pas choisi cette voie, sans doute difficile à assumer politiquement, et a privilégié une autre approche consistant à permettre au Gouvernement de modifier, par ordonnance, les règles relatives aux aménagements de peine.

Sans entrer dans les détails, l'ordonnance a prévu la possibilité d'octroyer des permissions de sortir sans avoir à consulter préalablement la commission d'application des peines. Les suspensions de peine des condamnés dont la peine restant à subir est inférieure à deux ans ont pu être octroyées sans débat contradictoire. Une réduction supplémentaire de peine de deux mois a été prévue pour les condamnés à une peine privative de liberté à temps, octroyée par le juge d'application des peines sans avis de la commission d'application des peines en cas d'avis favorable du procureur de la République. Certains condamnés en sont toutefois exclus : les condamnés pour terrorisme ou pour les infractions aggravées parce qu'elles ont été commises sur le conjoint, le partenaire ou le concubin ; les personnes détenues ayant initié une action collective violente au sein de l'établissement pénitentiaire ; les personnes détenues « *ayant eu un comportement de mise en danger des autres personnes détenues ou du personnel pénitentiaire, au regard des règles imposées par le contexte sanitaire* ». Cette dernière exclusion est particulièrement floue et on aurait pu légitimement penser que les détenus étaient plutôt les personnes mises en danger en raison de la situation sanitaire.

L'article 28 de l'ordonnance a instauré une automatisation de sorties anticipées sous forme d'assignation à domicile. Le dispositif est déjudiciarisé et rappelle ce que la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 avait mis en place : le procureur de la République peut, sur proposition du directeur du SPIP, octroyer cet aménagement pour toutes les personnes détenues condamnées à une peine inférieure ou égale à cinq ans dont le reste de la peine à subir est inférieur à deux mois.

Par des aménagements essentiellement procéduraux, l'ordonnance a permis de réduire la surpopulation carcérale, ce qui est heureux et bienvenu. L'ordonnance a ainsi montré que la surpopulation carcérale n'est pas une fatalité et qu'il est possible de la diminuer pour peu qu'une volonté politique existe. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a souligné l'intérêt de cette démarche,

²⁷ J.-B. THIERRY, art. préc.

en relevant « *d'une part, que ce mouvement inédit a été possible et, d'autre part, que la réaction négative de l'opinion publique crainte par certains face à cette baisse massive de la population pénale ne s'est pas manifestée. C'est là le principal enseignement qu'il convient de tirer de cette crise : il est possible de ramener le taux d'occupation global des prisons françaises à leur capacité d'accueil, et même en dessous* »²⁸ . Malheureusement, les espoirs de pérennisation de cette volonté législative sont inversement proportionnels à la crainte de voir perdurer les mesures managériales de la phase de jugement. La crise sanitaire aura révélé l'ambivalence de la politique pénale, partagée entre la nécessité de protéger les personnes condamnées qui a abouti à une amélioration – à parfaire – des conditions de détention, d'une part, et la tentation de priver des personnes de liberté sans contrôle judiciaire, d'autre part.

²⁸ CGLPL, *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté à l'épreuve de la crise sanitaire*, 2 juill. 2020.

La matérialisation du risque de catastrophe sanitaire : le Premier ministre prend la main

Mickaël BAUBONNE
Maître de conférences en droit public,
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

L'épidémie de Covid-19 a rappelé la nécessité de respecter au quotidien les gestes barrières les plus élémentaires, parmi lesquels le lavage des mains. En dépend la préservation de l'ordre public sanitaire, lui qui, à mesure que le risque de catastrophe sanitaire se matérialisait, est passé de main en main avant de finir entre celles du Premier ministre.

À un stade où la vague épidémique n'était pas encore une réalité selon la terminologie du Plan national de prévention et de lutte « Pandémie grippale », les préfets ont été en première ligne pour lutter contre la propagation du virus. Les préfets ont notamment dû faire face à la multiplication de cas groupés sur le territoire national. Au titre de son pouvoir de police administrative générale, le préfet de l'Oise a ainsi pris un arrêté le 29 février 2020 pour interdire les « *rassemblements collectifs* » dans le département et un autre le 1^{er} mars 2020 pour ordonner la fermeture des établissements scolaires et périscolaires de plusieurs communes. Ces mêmes mesures ont été adoptées par le préfet du Morbihan le 1^{er} mars 2020. Le préfet du Haut-Rhin s'est contenté, quant à lui, de viser le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets pour interdire tout rassemblement collectif dans deux communes du département.

Pourtant, l'article L3131-1 du Code de la santé publique (CSP) confie au ministre de la santé une police administrative spéciale en matière sanitaire, « *notamment en cas de menace d'épidémie* ». À ce titre, il revient au ministre de « *prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Des mesures avaient ainsi été prises en 2009 par la ministre de la santé, dans le contexte semblable de l'épidémie de la grippe A (H1N1). Si les préfets peuvent agir, ce n'est qu'après habilitation du ministre. Mais le ministre de la santé n'a réagi que très tardivement, par un arrêté du 4 mars 2020¹. Et dès la mi-mars, il ne s'est plus tant agi de lutter contre la propagation du virus que d'endiguer la

¹ V. S. RENARD, « Covid-19 : mais qu'a fait la police ? », *RDLF*, 2020, chron. n° 08 ; N. SYMCHOWICZ, « Urgence sanitaire et police administrative : la grande confusion », *AJDA*, 2020, p. 545 ; J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 834.

catastrophe sanitaire en déclarant la guerre à cet ennemi invisible à l'œil nu². S'il y avait encore moins de 1 000 cas de Covid-19 confirmés par un test positif le 7 mars, le ministère de la santé en recensait 4500 le 14 mars. Le risque de catastrophe sanitaire s'est ainsi matérialisé en même temps que la vague épidémique déferlait sur la France. Le Premier ministre est alors monté au front, d'abord médiatiquement lors du point presse du 14 mars. À cette occasion, il annonçait, « *en lien avec le Président de la République, [avoir] décidé, jusqu'à nouvel ordre la fermeture [...] de tous les lieux recevant du public non-indispensables à la vie du pays* ». Pourtant, juridiquement, c'était encore le ministre de la santé qui était à la manœuvre comme l'atteste son arrêté concrétisant les annonces du Premier ministre. Le passage de témoin n'est formalisé que deux jours plus tard, considérant que « *les mesures [prises] méritent davantage qu'un arrêté ministériel* »³. C'est en effet un décret du Premier ministre qui, à l'aune des « *circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de Covid-19* » et au visa de l'article L3131-1 du CSP, a fixé le 16 mars 2020 des mesures plus contraignantes que celles alors en vigueur, dont un confinement de la population. En définissant un cadre juridique spécifique, la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a finalement donné un fondement plus solide à une telle intervention du Premier ministre⁴. L'état d'urgence sanitaire peut désormais être déclaré « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». « *Aux seules fins de garantir la santé publique* », le Premier ministre peut alors restreindre fortement les droits et libertés. Ce rôle du Premier ministre en cas de catastrophe sanitaire interroge en creux la place des autres acteurs, centraux et décentralisés.

Avec l'état d'urgence sanitaire, le législateur appuie la redistribution des rôles au niveau central à l'œuvre depuis le décret du 16 mars 2020. Les ministres sont alors confinés aux seconds rôles (I). Le législateur confirme, par ailleurs, que la réponse à la catastrophe sanitaire est d'abord nationale avant d'être décentralisée. Face à la catastrophe sanitaire, l'action des collectivités territoriales ne peut être que subsidiaire (II).

I) Des ministres confinés aux seconds rôles

L'invocation de la théorie des circonstances exceptionnelles au soutien du décret du 16 mars 2020 témoigne de l'inadéquation des fondements existants pour la

² E. MACRON, *Adresse aux Français*, 16 mars 2020.

³ É. PHILIPPE, devant le Sénat lors de la séance du 19 mars 2020 : *Compte rendu analytique*, p.7.

⁴ CE, avis n° 399873 du 18 mars 2020.

résolution des catastrophes sanitaires, ce que le nouveau régime d'état d'urgence sanitaire vient sanctionner. La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 participe ainsi du resserrement de la définition de l'état d'urgence classique au détriment du ministre de l'intérieur (A). Elle réduit également le champ d'application de l'article L3131-1 du CSP, au détriment, cette fois, du ministre de la santé (B).

A) Le resserrement de la définition de l'état d'urgence classique au détriment du ministre de l'intérieur

Si la déclaration de l'état d'urgence poursuit la préservation et le rétablissement de l'ordre public en général, l'instauration d'un régime d'état d'urgence *sanitaire* permet d'apporter une réponse spécifique aux catastrophes affectant l'ordre public sanitaire. Ainsi amputé, l'état d'urgence classique en devient lui-même spécialisé (1), ce qui marque l'aboutissement des logiques à l'œuvre dans la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence (2).

1) La spécialisation en miroir de l'état d'urgence classique

Aux termes de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, celui-ci peut être déclaré « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». Une catastrophe sanitaire aurait très bien pu correspondre à cette seconde hypothèse, à l'exemple « *d'incendies ou d'inondation de grande ampleur ou d'un tremblement de terre ou encore d'une catastrophe nucléaire* »⁵. En créant un nouveau régime d'état d'urgence spécifique aux catastrophes sanitaires, la loi du 23 mars 2020 vide la référence aux calamités publiques d'une partie de son contenu.

Bien sûr, il reste des catastrophes qui ne sont pas nécessairement sanitaires, mais beaucoup peuvent rapidement dégénérer ainsi dès lors qu'elles font chavirer le système de santé⁶. D'ailleurs, l'épidémie de Covid-19 ne semble pas, par elle-même, constitutive d'une catastrophe sanitaire, comme en témoignent les premières réactions devant les premiers cas qui invitaient à relativiser son impact. Il semblerait plutôt que la catastrophe sanitaire résulte de la pression soudaine et importante, d'où le terme de « vague », exercée sur le système de santé. Les mesures mises en œuvre par le gouvernement ne visent pas tant à

⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 426

⁶ V. B. PAUVERT, « La spécificité des actes de terrorisme par rapport aux crises sanitaires graves », *RDSS*, 2019, p. 199

lutter contre la propagation du virus qu'à l'étaler dans le temps pour éviter la saturation des hôpitaux, comme l'a démontré, schéma à l'appui, le ministre de la santé, Olivier Véran, le 9 mars 2020. L'état d'urgence sanitaire peut ainsi avoir des origines complexes. Cela pose alors la question de la succession dans le temps, sinon de l'application concurrente, du régime de l'état d'urgence et du régime de l'état d'urgence sanitaire pour ces catastrophes qui ne sont à l'origine pas sanitaires, mais qui le deviennent. Le silence de la loi sur ce point pourrait recevoir des interprétations diverses et potentiellement contradictoires. En tout cas, la création de ce nouveau régime pour la préservation et le rétablissement de l'ordre public sanitaire conduit à la spécialisation du régime de la loi de 1955 à la préservation et au rétablissement d'un ordre public dominé par les questions de sécurité.

En réalité, la loi du 23 mars 2020 ne marque qu'un aboutissement d'une spécialisation qui était déjà latente dans la loi du 3 avril 1955.

2) Un aboutissement des logiques à l'œuvre dans la loi du 3 avril 1955

La loi du 3 avril 1955 porte en germe la spécialisation du régime de l'état d'urgence, pensé pour répondre à un « *péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » plutôt qu'à une « *calamité publique* » comme peut l'être une catastrophe sanitaire. Agnès Roblot-Troizier parle ainsi du « *décalage* » originel « *entre la dualité des motifs de la déclaration de l'état d'urgence et des moyens tournés essentiellement vers l'un des deux motifs* »⁷ (*loc. cit.*, p. 427). L'épidémie du Covid-19 montre que ces moyens répondent mal à une catastrophe sanitaire. Les mesures pouvant être prises sur le fondement de la loi de 1955 sont en effet essentiellement justifiées par le « *comportement* » des personnes concernées, par la « *commission d'actes* ». De telles justifications évoquent des troubles intentionnels à l'ordre public, ce qui explique que l'état d'urgence ait jusqu'ici été déclaré en cas d'émeutes, de mouvements insurrectionnels, de menaces terroristes. Ces justifications ne sont pas adaptées dans l'hypothèse de catastrophes sanitaires dont la survenance ne révèle pas nécessairement une intention de troubler l'ordre public sanitaire. La mise en œuvre des moyens tirés de l'état d'urgence est par ailleurs surtout confiée au ministre de l'intérieur (ainsi qu'aux préfets localement). Plutôt que l'expertise de ce ministre, la loi du 23 mars 2020 a privilégié celle, transversale, du Premier ministre, assisté d'un comité de scientifiques, réuni sans délai, et chargé de rendre des avis périodiques et publics. La place du ministre de l'intérieur dans le

⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *op. cit.*, p. 426

cadre de l'état d'urgence classique trahit la logique intrinsèquement sécuritaire de la loi de 1955.

En signant l'aboutissement des logiques à l'œuvre dans la loi du 3 avril 1955, la loi du 23 mars 2020 a une portée qui dépasse celle annoncée dans son article 7. Cet article dispose que le chapitre 1er bis du CSP relatif à l'état d'urgence sanitaire n'est applicable que jusqu'au 1^{er} avril 2021. Si l'équilibre entre protection des droits et libertés et protection de l'ordre public sanitaire lui paraît satisfaisant, le législateur pourra alors confirmer les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire en abrogeant l'article 7 de la loi du 23 mars 2020. Il pourra aussi définir un nouveau régime d'exception pour tirer tous les enseignements de la gestion de l'épidémie de Covid-19. Il pourra au contraire renoncer à la mise en place d'un régime d'exception spécifique aux catastrophes sanitaires. À supposer que le législateur ne pérennise pas ce régime d'exception lorsqu'il ne sera plus sous la pression des circonstances, il est tout de même peu probable que la réponse à la prochaine catastrophe sanitaire soit orchestrée par le ministre de l'intérieur. Si les caractéristiques des catastrophes sanitaires ne suffisent pas à imposer un cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires, elles devraient à tout le moins conduire à écarter, à nouveau, l'application de la loi du 3 avril 1955.

Si le régime de l'état d'urgence sanitaire s'inspire de celui de l'état d'urgence, il s'en éloigne pour mieux répondre aux spécificités des catastrophes sanitaires. Ce nouveau cadre juridique spécifique au profit du Premier ministre tend alors à réduire le champ d'application de l'article L3131-1 du CSP au détriment du ministre de la santé.

B) La réduction du champ d'application de l'article L3131-1 du CSP au détriment du ministre de la santé

Si la rédaction de l'article L3131-1 du CSP laissait déjà entendre que les pouvoirs de police confiés au ministre de la santé ne lui permettent pas d'œuvrer à la résolution des catastrophes sanitaires, cette disposition a pu sembler autrement interprétée. Avec l'état d'urgence sanitaire, la loi du 23 mars 2020 précise donc plus fermement le champ d'application de l'article L3131-1 du Code de la santé publique (1) et définit un régime plus protecteur des droits et libertés en cas de catastrophe sanitaire (2).

1) L'exclusion plus ferme des catastrophes sanitaires du champ d'application de l'article L3131-1 du CSP

Aux termes de l'article L3131-1 du CSP, des mesures ne peuvent être prises sur son fondement qu'« *en cas de menace sanitaire grave* ». Les arrêtés pris par le ministre de la santé au début de l'épidémie de Covid-19 le confirment en ce qu'ils s'inscrivent dans « *la lutte contre la propagation du virus* », au stade donc de la menace d'épidémie. Ce fondement ne paraît plus adapté dès lors que la catastrophe sanitaire est établie. L'article L3131-1 a, par ailleurs, été modifié par loi du 23 mars 2020 pour permettre au ministre de la santé d'user de ses pouvoirs de police « *après la fin de l'état d'urgence sanitaire [...] afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire* ». Le législateur a ainsi contribué à imposer une acception stricte du domaine des dispositions de l'article L3131-1 du CSP, circonscrites à « l'avant » et à « l'après » catastrophe sanitaire. Cette articulation chronologique des dispositions du CSP amène à s'interroger sur la qualification de « *catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* », qui seule permet l'activation de l'état d'urgence sanitaire. Si l'on peut douter de ce que des catastrophes sanitaires ne mettent pas en péril la santé de la population (à quoi de telles catastrophes devraient-elles alors leur adjectif ?), on peut imaginer que certaines circonstances ne caractérisent qu'une crise sanitaire, même grave, et non une catastrophe. Dans ce cas, l'état d'urgence sanitaire ne pourrait pas être déclaré et le ministre de la santé ne pourrait pas non plus user de ses pouvoirs de police au titre de l'article L3131-1, sauf à considérer que toute crise, surtout sanitaire, représente la « *menace* » d'une crise plus grande encore, voire d'une catastrophe.

La lecture stricte de l'article L3131-1 semble ne s'être imposée qu'avec la loi du 23 mars 2020. Une interprétation contraire paraît même avoir prévalu jusqu'ici. Les mesures du décret du 16 mars 2020 limitant les déplacements « *dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19* » ont ainsi été précisées, plus que durcies, par le décret du 24 mars qui vise désormais à « *faire face à l'épidémie de Covid-19* ». L'absence de gradation peut trahir le fait qu'il s'agissait dès le 16 mars de « *faire face* » à la catastrophe sanitaire au visa de l'article L3131-1 et non plus de l'éviter ou de la retarder. C'est corroboré par le visa du décret du 16 mars 2020 qui invoque les circonstances exceptionnelles nées non de menaces d'épidémie, mais de l'épidémie elle-même. Certes, la théorie des circonstances exceptionnelles pouvait éventuellement justifier l'élargissement du champ d'application de l'article L3131-1 au-delà de la résorption des menaces sanitaires graves. Mais le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de

Covid-19 témoigne encore de ce que le Premier ministre ne retenait pas une lecture restrictive des dispositions de l'article L3131-1. Il entendait au contraire éviter que la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, qui suppose la survenance d'une catastrophe sanitaire et non simplement l'existence de menaces, n'exclut l'intervention concurrente du ministre de la santé. Une disposition devait permettre au « *ministre chargé de la santé [de] prendre les autres mesures prévues à l'article L3131-1* » lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré. Plaidant pour une clarification de la distribution des compétences, le Sénat a imposé une interprétation de l'article L3131-1 plus fidèle à sa rédaction en supprimant cette disposition. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le ministre de la santé est alors réduit à faire profiter le Premier ministre de son « *expertise* »⁸. Il lui revient ainsi d'élaborer les rapports sur la base desquels l'état d'urgence sanitaire pourra être déclaré puis les mesures nécessaires décrétées. Ensuite, il peut également « *prescrire toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre* ». Si le ministre de la santé peut enfin arrêter des mesures réglementaires au cœur de l'état d'urgence sanitaire, de telles mesures doivent être « *relatives à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé* ». Pour prévenir toute action concurrente du ministre avec celle du Premier ministre sur ce fondement, le Sénat a même renchéri au détour d'une incise : « *à l'exception des mesures prévues à l'article L3131-23 [devenu article L3131-15]* ».

L'exclusion de la résolution des catastrophes sanitaires du champ de l'article L3131-1 du CSP renforçait la nécessité de mettre au point un régime spécifique. L'élaboration de ce régime a été l'occasion de dépasser les lacunes de l'article L3131-1 concernant la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

2) La définition d'un régime plus protecteur des droits et libertés en cas de catastrophe sanitaire

La réduction du champ d'application de l'article L3131-1 du CSP du fait des dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire contribue, paradoxalement peut-être, à une meilleure protection des droits et libertés tant cet article se révèle lacunaire sur ce point⁹. L'intitulé même de la loi du 23 mars 2020, qui suggère sa filiation avec la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, appelait des « *garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre*

⁸ D. TRUCHET, « L'urgence sanitaire », *RDSS*, 2007, p. 411

⁹ V. S. RENARD, « Coronavirus, urgence sanitaire et police locale », *AJCT*, 2020, p. 112 ; J.-É. GICQUEL, « Covid-19 : crise sanitaire et crise des normes », *D.* 2020, n° 13, p. 720.

*l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et [les droits et libertés constitutionnellement garantis] »¹⁰. La rédaction de la loi du 23 mars 2020 est largement inspirée de cette loi relative à l'état d'urgence et se démarque ainsi avantageusement de la rédaction — finalement pauvre — de l'article L3131-1 du CSP. Certes, contrairement aux dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire, l'article L3131-1 prévoit que les mesures individuelles prises par le préfet habilité en ce sens par le ministre de la santé « *font immédiatement l'objet d'une information du procureur de la République* ». Mais s'agit-il alors d'informer un gardien reconnu des libertés fondamentales ou celui qui « *procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale* » sur le fondement de l'article 41 du Code de procédure pénale ? D'ailleurs, le procureur de la République ne détient pas de prérogatives particulières pour imposer au préfet le respect du principe de légalité, ce qui constitue un élément de réponse.*

Les avancées de la loi du 23 mars 2020 par rapport à l'article L3131-1 sont ailleurs. La loi impose deux temps pour que des restrictions soient apportées aux libertés. Les mesures nécessaires ne peuvent être prises par le Premier ministre qu'une fois l'état d'urgence sanitaire déclaré, par une autre autorité, normalement le Président de la République, en l'occurrence le Parlement. Ces deux temps en appellent, le cas échéant, un troisième : l'intervention de la loi pour autoriser la prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois. Alors que le projet de loi recopiait la loi de 1955 en imposant un délai de douze jours, le Conseil d'État a jugé préférable d'allonger ce délai, « *eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire* ». Pourtant, si une telle catastrophe peut compliquer la réunion du Parlement comme l'épidémie de Covid-19 le montre (au point que l'ombre de l'article 16 de la Constitution a pu planer dans certains esprits), il n'est pas certain que la tâche serait moins compliquée lors d'autres catastrophes. Finalement, ces difficultés ont été surmontées en l'occurrence pour voter un régime d'exception. Sans doute auraient-elles pu l'être également pour s'assurer au bout de douze jours que l'état d'urgence sanitaire a bien lieu d'être prorogé. L'article L3131-1 du CSP ne contient pas un tel dispositif de sorte que « *toute mesure* » peut être prise sur son fondement sans que le législateur ait à intervenir au terme d'un certain délai. Or, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire l'ont d'abord été, pour l'essentiel, au visa de l'article L3131-1. L'absence de garde-fou dans l'article L3131-1 ne peut donc pas se justifier par la moindre portée des mesures pouvant être prises sur son fondement. De plus, l'article L3131-15 du CSP précise l'objet des mesures

¹⁰ V. par exemple : Cons. const., décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, à propos des perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence

pouvant être prises par le Premier ministre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire lorsqu'elles portent atteinte aux libertés d'aller et de venir (voire à la liberté individuelle au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel), de réunion et de manifestation et au droit de propriété¹¹. Ces dispositions se démarquent ainsi de l'article L3131-1 du CSP. Le projet de loi prévoyait initialement que « *la déclaration de l'état d'urgence sanitaire donne au Premier ministre le pouvoir de prendre par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, les mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion et permettant de procéder aux réquisitions de tous biens et services nécessaires afin de mettre fin à la catastrophe sanitaire* ». Le Sénat a cependant estimé qu'une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis impliquait des dispositions plus précises quant aux mesures pouvant être prises. En tout état de cause, ces mesures doivent être « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* »¹². Ce sont autant d'éléments que le Conseil constitutionnel a relevé pour s'assurer de la constitutionnalité de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire¹³ et qui ne pourraient pas l'être pour vérifier la constitutionnalité des mesures prises sur le fondement de l'article L3131-1 du CSP.

Ce cadre adapté aux circonstances sanitaires témoigne de ce que, pour le législateur, une catastrophe justifie une réponse d'abord nationale, orchestrée par le Premier ministre. L'action des collectivités territoriales n'est alors que subsidiaire.

II) L'action subsidiaire des collectivités territoriales

En raison de leurs nombreuses compétences et de l'importante marge de manœuvre qui découle de l'imprécision des textes, les collectivités territoriales sont en première ligne déjà en situation normale¹⁴. Elles le sont *a fortiori* en cas de catastrophe, notamment sanitaire. Les collectivités territoriales ne peuvent pas être tenues à l'écart pour apporter des solutions dans de telles

¹¹ V. J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 837.

¹² L'adverbe rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle n'admet de restrictions aux libertés que « *strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques* » (Arrêt *Klass c/ République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1978, série A no 28, § 42). Sur l'adverbe, v. la réflexion d'E. MERCINIER-PANTALACCI : « Libre cours : Et à la fin était l'adverbe », *Le droit en débats*, 30 mars 2020.

¹³ CC, décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹⁴ Y. MADIOT, « Vers une "territorialisation" du droit », *RFDA*, 1995, p. 950 ; P. SEGUIN, in *La Gazette des communes*, 16 novembre 2009

circonstances. Sur le plan politique, elles ne pourraient de toute façon pas s'en satisfaire. La progression de l'épidémie de Covid-19 a révélé la montée en puissance des collectivités territoriales. Si leur intervention reste marginale pour contenir la catastrophe sanitaire (A), leur soutien est en revanche stratégique pour y répondre (B).

A) L'intervention marginale des collectivités territoriales pour contenir la catastrophe sanitaire

La progression du Covid-19 a montré qu'intervenir pour lutter contre la catastrophe consiste essentiellement à encadrer les activités sociales pour limiter les interactions entre les individus. La notion de police administrative est donc ici fondamentale¹⁵. La tentation peut être forte pour les maires, autorités locales de police administrative générale, de s'afficher en première ligne – et en première page¹⁶ –, surtout entre deux tours d'une élection. Cependant, leur intervention n'est admise que si elle s'appuie sur des raisons impérieuses liées à des circonstances locales (1) sans que cela puisse justifier toutefois de porter atteinte à l'efficacité et à la cohérence des mesures nationales (2).

1) La possibilité pour le maire d'intervenir en cas de raisons impérieuses liées à des circonstances locales

Le Conseil d'État a précisé que la loi du 23 mars 2020 a institué une police administrative spéciale au profit du Premier ministre¹⁷. Des maires ont, quant à eux, décidé d'apporter des restrictions supplémentaires aux droits et libertés en vertu de leur pouvoir de police administrative générale résultant des articles L2212-1 et L2212-2 du Code général des collectivités territoriales. À la question de savoir comment se règle ce genre de concours de police, Jacques-Henri Stahl et Xavier Domino répondent : « *Cela dépend* »¹⁸. Cependant, il est possible de relever à l'instar de Hélène Hoepffner et de Laetitia Janicot que « *la jurisprudence a, de longue date, eu tendance à développer un principe d'exclusivité de la police spéciale* »¹⁹, notamment en matière

¹⁵ J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 837.

¹⁶ V. J.-P. MARKUS, « Communication médiatique par arrêtés municipaux », *AJDA*, 2020, p. 753. V. aussi M. MALBLANC, « Les arrêtés "anti-glyphosate" et le concours de polices administratives », *JCP A*, 2019, n° 1, p. 7.

¹⁷ CE, ord., 17 avril 2020, req. n° 440057, *Commune de Sceaux*, consid. 5.

¹⁸ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'État évince la police municipale », *AJDA*, 2011, p. 2220.

¹⁹ H. HOEPFFNER, L. JANICOT, « Police locale versus police spéciale : l'exclusivité de la police spéciale des communications électroniques », *RDP*, 2012, p. 1245. V. par exemple : CE ass. 26 octobre 2011, req. n° 326492, *Commune de Saint-Denis* ; CE 24 septembre 2012, req. n° 342990, *Commune de Valence*.

environnementale²⁰. Mais ce n'est pas la solution retenue par le Conseil d'État en ce qui concerne la police spéciale de l'urgence sanitaire. Déjà dans son ordonnance du 22 mars 2020 relative à la demande de confinement totale, le juge a précisé que « *les maires en vertu de leur pouvoir de police générale ont l'obligation d'adopter, lorsque de telles mesures seraient nécessaires des interdictions plus sévères lorsque les circonstances locales le justifient* »²¹. Voilà qui ne manquera pas de rappeler la jurisprudence *Lutetia*²² relative à la police spéciale du cinéma. Selon Jacques-Henri Stahl et Xavier Domino, à propos des concours de polices spéciale et générale, « *les choix jurisprudentiels [...] sont guidés par plusieurs critères, [dont les] caractéristiques de mise en œuvre [de la police spéciale] (appréciations d'ordre technique, nécessité d'une expertise particulière).* »²³ La matière sanitaire est marquée du sceau de la technicité. Cette technicité explique par exemple le « *paternalisme sanitaire* » de l'État²⁴. Elle justifie également en partie la création d'un comité de scientifiques appelé, aux termes de l'article L3131-19 du CSP, à « *rend[re] périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme* ». Mais l'autorité de police spéciale n'est pas ce comité de scientifiques²⁵, mais le Premier ministre, qui doit donc s'imprégner de ces données scientifiques, parfois contradictoires, pour se faire sa propre opinion et décider. D'ailleurs, le comité n'est pas nécessairement consulté en amont de l'adoption des mesures primo-ministérielles²⁶. Ses avis sont rendus publics sans délai, de sorte que les décisions des maires peuvent donc être tout à fait éclairées. Ces éléments militaient pour l'admission d'un concours de polices pour lutter contre la catastrophe sanitaire.

Toutefois, ces concours ne doivent être que marginaux puisqu'ils ne peuvent résulter que de circonstances locales. De telles circonstances seront difficiles à caractériser si l'état d'urgence sanitaire n'est déclaré que dans une

²⁰ V. A.-S. DENOLLE, « Concours de polices en matière environnementale : quelle place pour le maire ? », *AJCT*, 2019, p. 370. V. aussi M. MALBLANC, « Les arrêtés "anti-glyphosate" et le concours de polices administratives », *op. cit.*, p. 3.

²¹ CE ord. 22 mars 2020, req. n° 439674, *Syndicat Jeunes Médecins*, consid. 15.

²² CE sect. 18 décembre 1959, req. n° 36385, *Société « Les films Lutetia »*.

²³ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'État évince la police municipale », *op. cit.*, p. 2222.

²⁴ S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, Thèse, Université de Rennes I, 2008, p. 429 et s.

²⁵ On relèvera ici la différence avec la police spéciale des communications électroniques confiée notamment à l'ARCEP, ce qui justifie l'application stricte du principe d'exclusivité de la police administrative spéciale : CE ass. 26 octobre 2011, req. n° 326492, *Commune de Saint-Denis*.

²⁶ On relèvera ici la différence avec la police spéciale de la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés, dont l'exercice par le ministre chargé de l'environnement suppose l'avis du Haut Conseil des biotechnologies. Cet élément explique l'application stricte du principe d'exclusivité de la police administrative spéciale : CE 24 septembre 2012, req. n° 342990, *Commune de Valence*.

circonscription territoriale réduite. En ce qui concerne la catastrophe actuelle, son origine (virale) et le maillage communal devraient largement exclure l'identification de circonstances propres à une commune et justifient davantage l'intervention du préfet²⁷. Le maire n'a par ailleurs pas vocation à pallier les éventuelles carences du Premier ministre dans l'exercice de son pouvoir de police d'urgence sanitaire, lesquelles devront plutôt faire l'objet d'un référé-liberté²⁸. Or c'était bien l'esprit de certains arrêtés qui tiraient argument notamment d'analyses valant à l'échelle nationale. La motivation de l'arrêté du maire de Sceaux s'appuyait ainsi sur les recommandations de l'Académie nationale de médecine non pour la commune au regard de circonstances propres à ce territoire mais pour la France entière²⁹. L'argumentation n'a d'ailleurs pas convaincu le Conseil d'État qui a précisé à cette occasion que l'édiction de mesures plus contraignantes par le maire doit être « *indispensable* » au regard de « *raisons impérieuses liées à des circonstances locales* »³⁰. L'accumulation des adjectifs conduit logiquement le juge à sanctionner l'arrêté du maire de Sceaux, qui mettait pourtant en avant la démographie et l'urbanisme propre à sa commune pour y imposer le port d'un dispositif couvrant le nez et la bouche. Cela témoigne de la rigueur du Conseil d'État vis-à-vis des maires dans l'exercice de leur pouvoir de police générale. Cela contraste avec la position de certains juges du fond, beaucoup plus classiques dans l'application de la jurisprudence *Lutetia*³¹.

Si des circonstances locales peuvent justifier – et même imposer – l'intervention du maire, elles ne peuvent cependant pas justifier de porter atteinte à l'efficacité et la cohérence des mesures nationales.

2) Des circonstances locales insusceptibles de justifier une atteinte à l'efficacité et à la cohérence des mesures nationales

Alors que, dans son ordonnance du 22 mars 2020, le Conseil d'État subordonne le concours de polices spéciale et générale dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire à l'existence de circonstances locales, il ajoute dans l'ordonnance du 17 avril 2020 relative au port du masque obligatoire à Sceaux que les mesures locales ne sauraient avoir pour effet de « *compromettre, [...] la cohérence et*

²⁷ V. par exemple l'arrêté n° 2020-224 du 31 mars 2020 du préfet des Alpes-Maritimes portant restrictions à la liberté de circulation et à la liberté d'aller et de venir sur le département des Alpes-Maritimes.

²⁸ CE, ord., 22 mars 2020, req. n° 439674, *Syndicat Jeunes Médecins*, consid. 15. V. X. DUPRE DE BOULOIS, « On nous change notre... référé-liberté », *RDLF*, 2020, chron. n° 12.

²⁹ V. TA Cergy-Pontoise, ord., 9 avril 2020, req. n° 2003905, *Ligue des Droits de l'Homme*.

³⁰ CE ord. 17 avril 2020, req. n° 440057, *Commune de Sceaux*, consid. 6.

³¹ V. TA Nice, ord., 22 avril 2020, req. n° 2001782, *Ligue des Droits de l'Homme*.

*l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'État »³². Aussi originale que soit cette condition, le juge est ici fidèle à sa jurisprudence si l'on considère la grille d'analyse mise en évidence par Jacques-Henri Stahl et Xavier Domino. Ces auteurs avancent en effet que, outre les caractéristiques de mise en œuvre de la police spéciale, les choix jurisprudentiels en cas de concours de polices spéciale et générale sont guidés par l'« horizon (*national ou local*) » de la police spéciale³³. Or, dans son ordonnance du 17 avril 2020, le Conseil d'État soutient que « *le législateur a institué une police spéciale donnant aux autorités de l'État mentionnées aux articles L3131-15 à L3131-17 la compétence pour édicter, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les mesures générales ou individuelles visant à mettre fin à une catastrophe sanitaire telle que l'épidémie de Covid-19, en vue, notamment, d'assurer, compte tenu des données scientifiques disponibles, leur cohérence et leur efficacité sur l'ensemble du territoire concerné et de les adapter en fonction de l'évolution de la situation* »³⁴. L'horizon national de la police spéciale de l'urgence sanitaire est établi pour le juge. En outre, l'« *emprise de la police spéciale [...] (i.e. sa précision et sa densité)* »³⁵ transparaît du raisonnement du Conseil d'État, qui met par exemple en avant les « *règles nationales précises* » dans un contexte « *très contraint* ». Au regard de la solution retenue, ces éléments ne suffisent pas pour affirmer l'exclusivité de la police spéciale de l'urgence sanitaire mais commandent à tout le moins de préserver la cohérence et l'efficacité des mesures nationales. C'est d'autant plus nécessaire que ces mesures restreignent fortement les droits et libertés. Plus les restrictions sont fortes plus ce qui pourrait nuire à leur efficacité est inacceptable. Et le risque que des restrictions locales supplémentaires soient contreproductives est élevé. L'interdiction des déplacements liés à l'activité physique individuelle en journée l'a illustré en ce que cette mesure a conduit à une concentration de ces déplacements sur les plages horaires encore autorisées. D'ailleurs, la plupart de ces arrêtés, préfectoraux, n'ont finalement pas été renouvelés. L'obligation du port du masque, *a fortiori* quand il peut s'agir d'un simple foulard, peut quant à elle conduire à un relâchement préjudiciable dans le respect du confinement.*

Le raisonnement du Conseil d'État établit un lien entre cette condition tenant à la préservation de la cohérence et de l'efficacité des mesures nationales et la police spéciale de l'urgence sanitaire. La question se pose alors d'une application

³² CE, ord., 17 avril 2020, req. n° 440057, *Commune de Sceaux*, consid. 5.

³³ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'État évince la police municipale », *op. cit.*, p. 2222.

³⁴ CE ord. 17 avril 2020, req. n° 440057, *Commune de Sceaux*, consid. 5.

³⁵ J.-H. STAHL, X. DOMINO, « Antennes de téléphonie mobile : quand une police spéciale d'État évince la police municipale », *op. cit.*, p. 2222.

de cette condition dans d'autres situations. Son application paraît pouvoir être écartée dans des hypothèses où l'exercice du pouvoir de police spéciale a essentiellement consisté en une autorisation, ce qui correspond à l'hypothèse de l'arrêt *Lutetia*. En outre, cette condition ne permet pas, par définition, d'exclure l'intervention de l'autorité de police générale lorsqu'il n'y a pas véritablement de concours, à défaut pour l'autorité de police administrative spéciale d'avoir exercé son pouvoir. C'était le cas, jusqu'au 1^{er} janvier 2020, en matière d'utilisation de produits phytopharmaceutiques³⁶. Il n'y avait alors pas de mesures nationales dont il aurait fallu garantir la cohérence et l'efficacité. Mais l'adoption par l'autorité de police spéciale de mesures encadrant l'utilisation de ces produits³⁷ pourrait conduire le juge à écarter l'intervention d'un maire après le 1^{er} janvier 2020 faute de circonstances locales et pour préserver la cohérence et l'efficacité des mesures nationales, sauf à reconnaître plus simplement l'exclusivité de la police spéciale des produits pharmaceutiques. Les catastrophes sanitaires ne mettent pas en avant le pouvoir de police des maires, qui doivent demeurer au second plan. Les collectivités territoriales peuvent davantage se faire remarquer dans la réponse à la catastrophe sanitaire en apportant leur soutien aux stratégies nationales.

B) Le soutien stratégique des collectivités territoriales pour répondre à la catastrophe sanitaire

L'action des collectivités territoriales est tournée vers la satisfaction des besoins de la population. Les collectivités ont ainsi su se rendre incontournables. Sans doute le sont-elles plus encore en cas de catastrophe sanitaire. L'épidémie de Covid-19 montre que les collectivités facilitent en effet la réponse à la catastrophe sanitaire. Les services publics locaux sont mobilisés au cœur de la catastrophe sanitaire (1) et un lent retour à la normale est anticipé (2).

1) La mobilisation des services publics locaux au cœur de la catastrophe sanitaire

Les collectivités territoriales ont été confrontées à des dilemmes dans l'exploitation de leurs services publics dans un contexte de catastrophe sanitaire. En raison de leur utilisation par de nombreux usagers, les services publics peuvent contribuer à l'aggravation de la catastrophe. Face à la propagation de

³⁶ V. CE, 26 juin 2019, n° 415426, Association Générations Futures et Association Eau et rivières de Bretagne.

³⁷ V. l'arrêté du 27 décembre 2019 relatif aux mesures de protection des personnes lors de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques et modifiant l'arrêté du 4 mai 2017 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques et de leurs adjuvants visés à l'article L253-1 du Code rural et de la pêche maritime, *JORF* n° 0302 du 29 décembre 1999, texte n° 99.

l'épidémie de Covid-19, les transports en commun ne permettent pas de garantir des règles de distanciation physique. De même, l'accueil des enfants dans les établissements scolaires et les crèches a aussi été compromis à cause des incertitudes sur le rôle des enfants dans la transmission du virus. Les collectivités territoriales ont ainsi réduit drastiquement leur offre de services publics, contribuant à l'effectivité des mesures nationales visant à garantir la distanciation physique. Cependant, ces services ont aussi un rôle stratégique pour répondre à une catastrophe sanitaire comme celle de l'épidémie de Covid-19. Le principe de continuité est alors essentiel, par exemple pour permettre aux soignants de poursuivre leur activité professionnelle. Face à des requérants souhaitant la mise en place d'un confinement total et l'arrêt des transports en commun, le Conseil d'État souligne que « *l'activité indispensable des personnels de santé ou aidants, des services de sécurité de l'exploitation des réseaux, ou encore des personnes participant à la production et à la distribution de l'alimentation rend nécessaire le maintien en fonctionnement, avec des cadences adaptées, des transports en commun* ». Les autorités organisatrices de la mobilité ont effectivement défini des plans de desserte propres à répondre aux besoins de déplacement dans un contexte contraint³⁸. Les collectivités territoriales se sont également mobilisées pour assurer un service minimum d'accueil des enfants du personnel essentiel à la gestion de la crise sanitaire. Ces exemples témoignent d'ailleurs du lien étroit entre les principes de continuité et de mutabilité du service public. La continuité des services publics locaux stratégiques a conduit les collectivités territoriales à commander des équipements de protection, des masques chirurgicaux. Or l'État a procédé à des réquisitions de ces biens devenus trop rares, ce qui témoigne encore de la priorité qu'il donne à son action.

Les finalités des services publics locaux ont pu être également adaptées. C'est le cas des laboratoires départementaux d'analyses, « *chargés [...] de la réalisation des analyses officielles [...] pour la réalisation desquelles ils bénéficient d'un agrément, notamment dans les domaines de la santé animale, de l'hygiène alimentaire, de la santé des végétaux et de la surveillance sanitaire des produits de la mer* ». Les analyses des échantillons de provenance humaine relèvent en revanche normalement d'un laboratoire de biologie médicale. Lorsque ces analyses ne peuvent être effectuées dans un tel laboratoire « *dans des délais compatibles avec l'état de santé du patient* », elles peuvent l'être « *dans des lieux déterminés par arrêté du ministre chargé de la santé* », « *pour des motifs liés à*

³⁸ Sur les obligations incombant à « *tout opérateur de transport public collectif routier, guidé ou ferroviaire de voyageurs* » : art. 6, Décret n° 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, *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 7.

l'état de santé du patient » s'il fallait le préciser³⁹. Par un arrêté du 5 avril 2020, le ministre de la santé a justement ouvert la possibilité pour les laboratoires départementaux d'analyses, entre autres, de réaliser ces analyses dans le cadre de l'épidémie de Covid-19⁴⁰. Les départements ont ainsi été mis en position de soutenir la nouvelle stratégie nationale consistant à augmenter le nombre de tests.

La réponse à la catastrophe sanitaire impose non seulement de mobiliser les services publics locaux au cœur de la crise mais aussi d'envisager leur rôle à l'avenir, dans le cadre d'un lent retour à la normale. Dans cette phase également, le soutien des collectivités territoriales est essentiel et recherché.

2) La préparation d'un retour à la normale progressif

Il est difficile d'imaginer une reprise rapide des activités humaines après une catastrophe sanitaire, surtout lorsque cette dernière a imposé la paralysie du pays et de ses partenaires économiques pendant plusieurs semaines. Au regard de leurs compétences, les collectivités territoriales sont en mesure de créer les conditions de la reprise. L'objectif est alors d'éviter qu'une réplique de la catastrophe sanitaire ne survienne à cause de la multiplication des interactions entre les individus. Dans le cadre de l'épidémie de Covid-19, tous les niveaux de collectivités territoriales se sont ainsi lancés dans l'achat ou la confection de masques dits « grand public » en vue de leur distribution à la population. Le bloc communal est également contraint de penser un urbanisme adapté à la situation. Cet « urbanisme tactique » doit permettre de faire face à la désaffection des usagers pour les transports en commun et d'éviter qu'ils ne se reportent massivement sur la voiture. Poussées à revoir le partage de l'espace public, certaines communes et intercommunalités diminuent la place de la voiture en aménageant de nouvelles pistes cyclables et en élargissant les trottoirs. En outre, les collectivités territoriales sont appelées à amortir les conséquences économiques et sociales de la catastrophe sanitaire. Des aides économiques spécifiques à destination des entrepreneurs locaux sont ainsi votées. Toujours pour soutenir l'activité économique locale, des communes entendent soutenir directement le pouvoir d'achat de leurs habitants en distribuant des bons d'achat. Le contexte politique né du report du second tour conduit à s'interroger sur les intentions de ces majorités qui n'ont pas été reconduites dès le 15 mars.

³⁹ C. sant. publ., art. L6211-18.

⁴⁰ Arrêté du 5 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, *JORF* n° 0084 du 6 avril 2020, texte n° 3.

Ce soutien des collectivités territoriales à la reprise est recherché par l'État qui a multiplié les rencontres avec des élus locaux. Le Président de la République s'est ainsi entretenu avec des maires le 23 avril en vue du déconfinement le 11 mai. L'Association des maires de France s'était d'ailleurs emparée de ce sujet en publiant sa *Contribution à la préparation du déconfinement*⁴¹. Le Premier ministre avait d'ailleurs assuré que « *le couple maire-préfet sera au cœur du dispositif* ». Ce dernier a, quant à lui, rencontré des élus régionaux et des élus départementaux. Incontournables au cœur de la catastrophe sanitaire, les collectivités territoriales le seront tout autant après, à tel point que des élus locaux ont manifesté leur crainte de voir leur responsabilité pénale engagée à cause de la mise en œuvre du déconfinement. Le Sénat s'y est montré sensible à l'occasion de l'examen de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire. Un nouvel article L 3136-2 a été créé au sein du CSP pour renvoyer à l'article 121-3 du Code pénal tout en insistant sur le contexte tout à fait particulier de la catastrophe sanitaire. Mais cette rédaction relève davantage du symbole à défaut d'être plus protectrice que les dispositions de l'article 121-3, comme l'a d'ailleurs noté le Conseil constitutionnel⁴².

La gestion de l'épidémie de Covid-19 révèle la volonté du Premier ministre de monter au front en cas de catastrophe sanitaire. La mise en place d'un régime spécifique par la loi du 23 mars 2020 achève la redistribution des rôles au sein du gouvernement, préfigurée par le décret du 16 mars 2020. Elle met aussi en avant l'État qui pilote la réponse à la catastrophe sanitaire. Cependant, si le Premier ministre occupe le devant de la scène dans ces circonstances, les seconds rôles sont nécessaires. Ils assurent la crédibilité sinon du scénario au moins de la réponse. Cette distribution ne vaut toutefois que jusqu'au 1^{er} avril 2021. Le législateur devra alors faire le bilan de la gestion de l'épidémie de Covid-19 avant de confirmer chacun dans son rôle ou au contraire de redéfinir le périmètre d'intervention des différents acteurs. Mais le législateur pourrait aussi renoncer à un régime d'exception dédié à l'urgence sanitaire. Quel que soit ce choix, il faut espérer qu'il sera opéré dans des circonstances redevenues normales.

⁴¹AMF, *Contribution à la préparation du déconfinement*, 21 avril 2020, [<https://www.amf.asso.fr/documents-contribution-lamf-la-preparation-du-deconfinement/40073>].

⁴² Cons. const., décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, consid. 13.

Covid-19 : un risque pour l'Europe ?

Antoine HARQUET

Doctorant à l'IRENEE, Université de Lorraine

Lorsque l'Union européenne se retrouve confrontée à une crise, nombreux sont les commentateurs qui estiment qu'il s'agit d'une opportunité pour cette dernière, un moyen de se réinventer, de trouver des solutions innovantes, ou dans tous les cas, que les crises permettent de mettre à jour les lacunes de la construction européenne. Il n'en ira pas autrement concernant la pandémie qui touche l'Europe.

Seulement, s'il est vrai que les crises révèlent les failles, les solutions adoptées pour les combler ne sont pas toujours au rendez-vous, surtout ces dernières années. Que l'on songe aux mesures, pour le moins tièdes, prises en réaction à la crise financière de 2008, ou encore aux manques de coordination et de volonté politique face à la crise humanitaire et migratoire¹ et enfin au Brexit, la capacité de l'Union à se réinventer après la pandémie laisse quelque peu sceptique. Les réponses apportées à cette crise sont donc cruciales quant à l'avenir du projet européen. Nous souhaitons ainsi analyser la capacité de l'Union européenne à surmonter la crise actuelle ainsi que l'avenir possible que dessinent les décisions prises par les institutions européennes jusqu'à présent. Dès lors, cela nous amène à une double problématique : quels risques le Covid-19 fait-il peser sur l'Union européenne ? Qu'en est-il de la charge transformatrice dont peut être porteuse cette crise ?

Deux types de risques apparaissent. Le premier est évidemment le risque sanitaire, celui-ci pose un défi immédiat amenant l'Union à proposer des solutions inédites dans la limite de ses compétences (I). Le second est plus diffus et il trouve sa source au-delà de la crise à laquelle nous sommes actuellement confrontés, il s'agit du risque de désunion (II).

I) Faire face au risque sanitaire

Afin de faire face à la crise sanitaire, l'Union européenne a activé plusieurs leviers. Les décisions prises par les institutions européennes dessinent une approche large reposant sur diverses compétences. Au titre de ces compétences, celle relative à la santé publique a bien évidemment été pleinement mobilisée.

¹ M-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'Union et les réfugiés : une Europe sans qualité ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 613 du 11/12/2017, p. 598.

Cependant, les capacités d'intervention dévolues à l'Union dans ce domaine restent limitées et lui permettent uniquement de fournir un soutien aux États membres (A). Au contraire, là où l'Union dispose de compétences exclusives, notamment dans le cadre du marché intérieur, elle a fait le choix d'assouplir ses règles afin de laisser plus de latitude aux États membres dans la gestion de la crise (B).

A) La mobilisation de compétences limitées en matière de santé

Les compétences de l'Union en matière de santé relèvent de la catégorie des compétences d'appui². C'est-à-dire que l'Union ne peut agir dans ces domaines que pour soutenir, coordonner ou compléter les actions des États membres. Ainsi, selon l'article 168 TFUE : *« L'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale. Cette action comprend également la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé, ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci ».*

En s'appuyant sur ce titre de compétence, plusieurs mécanismes ont été activés afin de faire face à la pandémie. Certains avaient déjà été utilisés à l'occasion de crises sanitaires antérieures, tandis que d'autres relevaient de l'inédit. Au titre des solutions déjà éprouvées, la Commission a activé le 9 janvier 2020 le système d'alerte précoce et de réaction (SAPR)³. Ce système, élaboré à la suite de la crise de la vache folle, repose sur une procédure d'échange d'informations entre les autorités sanitaires des États membres et la Commission, dès lors qu'un foyer de maladie transmissible est détecté dans au moins deux États de l'Union. L'objectif est de permettre une large collecte de données, et de coordonner l'application de contremesures.

Dans la même veine, mais de manière inédite, Ursula von der Leyen, Présidente de la Commission européenne, a annoncé le 20 avril la création d'une plateforme européenne de données Covid-19, destinée aux scientifiques afin qu'ils puissent stocker, partager et analyser leurs observations⁴. Cette plateforme, reposant là encore sur la coordination et la mise en commun, apparaît comme une

² TFUE, art. 6..

³ Déc. n° 2119/98, 24 sept. 1998.

⁴ [<https://audiovisual.ec.europa.eu/en/topnews/M-004711>] ; [<https://www.covid19dataportal.org/>].

innovation intéressante. Toutefois, reste à savoir si les chercheurs s'en saisissent pleinement, s'ils jouent le jeu du partage d'informations, compte tenu de l'aspect hautement concurrentiel que semblent revêtir ces recherches.

Dans une approche plus large, la Commission a élaboré le 27 mars, un plan d'action appelé « Riposte de l'UE face au coronavirus »⁵ fixant des lignes directrices. Ce plan prévoit d'accroître la production d'équipement de protection individuelle et de constituer une réserve de matériels médicaux devant être redistribués en fonction des besoins. La Commission apporte également un soutien financier important à la recherche, en vue de l'élaboration d'un vaccin et de traitements. Une nouvelle étape a d'ailleurs été franchie par cette dernière qui a organisé le 24 avril une levée de fonds mondiale, récoltant plus 7,4 milliards d'euros, en vue d'assurer « *un accès universel à des vaccins, des traitements et des tests abordables* »⁶. Cette réponse repose une fois de plus sur de la coordination, à noter toutefois que cette initiative mobilise des acteurs bien au-delà des frontières de l'Union.⁷

Ces différentes actions de l'Union, menées au titre de sa compétence en matière sanitaire, se sont montrées évolutives. Alors que les mécanismes préexistants ont été activés au début de la crise, il est rapidement apparu nécessaire de recourir à des solutions innovantes. Cependant, malgré cette capacité d'adaptation, les réponses apportées par l'Union se heurtent à une double limite. Premièrement, le caractère restreint de ses compétences en matière de santé publique, permet seulement à l'Union d'apporter son soutien, de compléter les actions des États membres, il ne lui est pas possible de mettre en œuvre une vaste politique harmonisée, qui serait pourtant extrêmement efficace dès lors que des foyers d'infection se situent dans plusieurs États. Deuxièmement, le repli des États membres, et la mise en place d'actions non concertées ont eu pour effet de freiner une réponse commune cohérente, qui aurait, là encore, été nécessaire⁸.

⁵ Riposte de l'UE face au coronavirus : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/FS_20_552].

⁶ Site internet de la Commission européenne, *Réponse mondiale au coronavirus*, [https://global-response.europa.eu/index_fr].

⁷ Au titre des donateurs extra européens, on peut citer les importantes promesses de don de l'Australie, l'Afrique du sud, la République de Corée, l'Argentine. Liste complète sur : [https://global-response.europa.eu/pledge_fr].

⁸ N. DE GROVE-VALDEYRON, « La gestion du Covid-19 par l'Union européenne : la réponse sanitaire », *Revue de l'Union européenne* 2020, p.277.

B) L'assouplissement nécessaire des règles du marché intérieur

La lutte contre la pandémie fait également intervenir d'autres compétences dès lors qu'elle touche aux principes de la libre de circulation et de la concurrence. Des principes jusqu'alors très strictement contrôlés, trouvent soudainement à s'assouplir. Les tempéraments concernant le droit des aides d'État ou encore l'Union douanière sont ainsi particulièrement frappants.

En effet, le droit de l'Union européenne encadre très strictement l'intervention publique destinée à soutenir des opérateurs économiques, afin d'éviter que cet avantage n'entraîne une rupture d'égalité de traitement. L'article 107 TFUE prévoit à son premier alinéa que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* ». Sont en revanche compatibles avec le marché intérieur « *les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires* »⁹. La Commission européenne, chargée de contrôler ces aides d'État, a annoncé dans sa Communication du 19 mars 2020 des tempéraments temporaires à ce régime et décrit notamment « *les possibilités offertes par les règles de l'Union aux États membres pour garantir la liquidité et l'accès au financement des entreprises* »¹⁰. Au titre de ces entreprises, sont visées en premier lieu celles engagées directement dans la lutte contre le virus, laboratoires de recherche, production de matériels médicaux et de médicaments.¹¹ Malte a ainsi été autorisé à verser plus de 5 millions d'euros de subventions directes pour soutenir les investissements dans la recherche et le développement pour toutes les entreprises menant des projets sur le coronavirus.

Toujours au titre des exceptions, et à la demande de nombreux États membres, la Commission a décidé d'exonérer temporairement les droits de douane et la TVA sur les importations de dispositifs médicaux et d'équipements de protection en provenance de pays tiers¹². Cette mesure vise à rendre financièrement plus

⁹ TFUE, art. 107.

¹⁰ Communication de la Commission européenne, *Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de flambée de Covid-19*, 20 mars 2020, n°2020/ C 91/01.

¹¹ Communication de la Commission européenne, *Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de flambée de Covid-19*, 4 avril 2020, n°2020/ C112/01.

¹² Déc.(UE) 2020/491 de la Commission du 3 avril 2020 relative à la franchise des droits à l'importation et à l'exonération de la TVA sur les importations octroyées pour les marchandises nécessaires à la lutte contre les effets de la pandémie de Covid-19 au cours de l'année 2020.

accessible le matériel médical dont les professionnels de santé ont besoin. Elle s'applique également aux marchandises destinées à la distribution gratuite aux personnes contaminées par le Covid-19 ou risquant de l'être, encourageant ainsi les États à protéger largement, et à frais réduits leurs populations. Cette mesure n'est toutefois pas à même de faire face aux problèmes d'approvisionnement. Ces quelques exemples montrent que la Commission européenne a su mobiliser ses compétences pour essayer de coordonner au mieux une réponse efficace face au risque immédiat que représente la crise sanitaire. Elle a fait preuve d'adaptation et c'est même montrer parfois plus réactive que certains États membres.¹³ En revanche, il y a des matières où l'intergouvernementalisme prime, et la Commission qui a pour rôle, selon les traités, de promouvoir l'intérêt commun de l'Union, doit s'effacer. C'est alors que les égoïsmes nationaux font leur retour.

II) Faire face au risque de désunion

La Covid-19 porte en lui un risque de désunion, celui d'une incapacité à créer des solidarités. La fermeture des frontières est ainsi symboliquement très forte, mais c'est avant tout les solutions nationales divergentes qui frappent. Les fractures se creusent majoritairement autour des questions financières en suivant l'axe nord-sud, laissant apparaître le début d'une crise politique (A). Néanmoins, face à ce péril, des solutions inédites sont envisagées, sans qu'il soit possible pour le moment de déterminer l'avenir de leur mise en œuvre (B).

A) Le temps des divisions

Lors de la réunion du Conseil européen du 26 mars, le ministre des finances néerlandais a suggéré à la Commission d'ouvrir une enquête afin de comprendre pourquoi l'Espagne ne disposait pas de marges budgétaires suffisantes pour faire face à la pandémie. Le Premier ministre portugais Antonio Costa a, par la suite, qualifié ces propos de répugnants et en a appelé à la solidarité. Les frictions entre les gouvernements, et même au sein des États, autour des instruments financiers à mettre en œuvre, rouvrent les cicatrices mal refermées de l'après crise de 2008. Tandis que les pays du Sud se sentent une fois de plus abandonnés, les gouvernements du Nord, souvent soutenus par des coalitions fragiles, craignent leurs opinions publiques et rechignent ainsi à s'engager dans des instruments de solidarité.

¹³ Passation de marché concernant les masques dès le 28 février.

Cette désunion, cette incapacité à trouver des solutions communes interroge sur le sens de la construction européenne. En effet, quel est le sens du projet européen si face à un danger commun l'Union européenne ne répond pas à sa promesse, à savoir être ensemble pour être plus fort ?

Ce risque de désunion plane majoritairement au-dessus de la zone euro et se cristallise autour des instruments de soutien à mettre en place pour venir en aide aux États les plus touchés. Les États membres se divisent sur cette question entre les partisans des prêts et ceux des dons, ainsi que sur les conditions pour pouvoir en bénéficier. S'interroger sur ces sujets revient, en réalité, à soulever deux problèmes qui n'ont pas été réellement résolus depuis la crise de 2008, celui d'une véritable institutionnalisation de l'Eurogroupe et l'ajout de nouvelles ressources propres au budget de l'Union européenne¹⁴.

Concernant les ressources propres, ce terme a été dévoyé au cours de la construction européenne. Alors qu'à l'origine, il s'agissait de prendre le contre-pied des organisations internationales classiques en ne recourant pas aux contributions nationales afin de gagner en autonomie, aujourd'hui, ce qu'on appelle ressource propre est en réalité composée à 72% d'un pourcentage prélevé sur le revenu national brut des États. Cette évolution a renforcé la logique interétatique dans la mise en place des finances de l'Union européenne, menant les États à défendre leurs intérêts et limitant dès lors l'étendue du budget de l'Union. L'ajout de nouvelles ressources propres apparaît comme l'un des enjeux majeurs de cette crise tout en étant facteur de division. En effet, un budget plus important pourrait permettre une réponse forte face à la crise économique à venir autour d'une redistribution en faveur des États les plus touchés. Cependant, il est également possible d'y voir un facteur d'approfondissement de la construction européenne à tendance fédéraliste, ce qui est loin de faire l'unanimité. Ici se situe, sûrement, la possible charge transformatrice de cette crise.

B) Le temps des solutions

Dans sa feuille de route pour la relance en date du 21 avril, le Président du Conseil européen, Charles Michel, soulignait que l'Union Européenne a besoin d'un investissement du type plan Marshall¹⁵, devant permettre de relancer mais

¹⁴ Cette réflexion avait déjà eu lieu, après la crise de la zone euro, débouchant sur un rapport commandé par la Commission européenne et publié en 2016 : Commission européenne, *Rapport final et recommandation du groupe de haut niveau sur les ressources propres*, décembre 2016.

¹⁵ Conseil européen, Commission européenne, *A ROADMAP FOR RECOVERY Towards a more resilient, sustainable and fair Europe*, 21 avril 2020, [<https://www.consilium.europa.eu/media/43384/roadmap-for-recovery-final-21-04-2020.pdf>].

également de transformer l'économie de l'Union européenne. Cette réflexion, portée autant par les institutions que par plusieurs États membres¹⁶, a mené la Commission à proposer un projet inédit. Ainsi, le 27 mai, la présidente de la Commission européenne a dévoilé devant le Parlement européen un plan de relance d'un montant 750 milliards d'euros, baptisé *Next Generation EU*, qui viendrait renforcer le cadre financier pluriannuel 2021-2027, reposant sur un emprunt contracté par la Commission et donc sur une dette commune.

Deux aspects de ce plan méritent d'être particulièrement soulignés. Premièrement, 750 milliards d'euros représentent un montant considérable pour l'Union européenne. En effet, le budget prévu pour la période 2021-2027 était initialement de 1 100 milliards, il s'agit donc d'un renfort conséquent. Deuxièmement, ce plan de relance s'inscrit au sein du cadre budgétaire et sera donc soumis à ses règles, permettant ainsi au Parlement européen de l'approuver à travers son vote¹⁷, tel n'aurait pas forcément été le cas avec d'autres instruments financiers un temps envisagés.

Concernant le contenu du plan en lui-même, le montant total serait divisé en deux tranches. D'un côté, 500 milliards sous forme de subvention répartis entre les États en fonction de leurs besoins. Par exemple, pour les pays les plus touchés comme l'Italie et l'Espagne il est prévu respectivement 82 et 77 milliards d'euros. La seconde partie, soit les 250 milliards d'euros restant, revêtira la forme de prêts. La Commission propose d'orienter les investissements autour de trois axes : le pacte vert européen, le numérique, et le social. La poursuite de ces objectifs viendrait ainsi conditionner l'attribution des subventions. Néanmoins, ces trois piliers restent pour l'instant très larges et mal définis, laissant la place à de vastes négociations.

Enfin, ce plan prévoit d'ajouter des nouvelles ressources propres pour alimenter le budget européen, sujet qui, jusqu'à présent s'était révélé relativement délicat à aborder parmi les États membres. La Commission parie donc sur la nécessité de mettre en place une réponse forte pour faire revenir ce dossier, et propose d'instaurer de nouvelles taxes, notamment sur les produits plastiques, les grandes entreprises du numérique et les émissions carbone aux frontières.

En définitive, la Commission soumet un plan relativement ambitieux qui a le mérite de reposer sur une solution commune empreinte de solidarité. Il reste

¹⁶ Le président français et la chancelière allemande avaient appuyé cette idée en proposant d'emprunter en commun 500 milliards d'euros tandis que plusieurs groupes politiques au sein du Parlement européen ont proposé des programmes de relance.

¹⁷ TFUE, art. 312

néanmoins plusieurs zones de floues, notamment autour de l'existence de conditions attachées à ces subventions ainsi que sur l'amplitude des nouvelles ressources propres. Ces questions seront bien sûr largement débattues par les chefs d'États et de gouvernements au cours de la réunion du Conseil européen des 18 et 19 juin. Les oppositions seront certainement très fortes et les négociations aboutiront probablement à un résultat original autour de ce qui est présenté comme le défi européen de cette génération.

Risque, libertés, Covid !

Une nouvelle devise pour la République

Karine FAVRO
Professeure de droit public
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Le discours du Président de la République du jeudi 13 mars 2020, annonçant le confinement, a provoqué une prise de conscience de la situation sanitaire sur le territoire français sans précédent. Pour certains, cette prise de conscience fut violente, aussi mal vécue que l'annonce d'un pays en guerre, à l'image de la lettre de l'écrivaine Annie Ernaux¹. Y sont dénoncés pêle-mêle, l'état de la société, des services publics et notamment hospitaliers, le sort durant cette crise sanitaire des métiers les plus essentiels et pourtant si dévalorisés en temps normal. La violence du confinement a également été ressentie par ceux qui vivent l'épidémie par procuration, au travers des chaînes d'information tournant en boucle sur la question, sans pouvoir mettre un visage familier sur ce virus. Pour d'autres enfin, l'annonce du Président fut vécue comme un réel soulagement en raison de la situation particulière d'une poignée de territoires en France, appelés du bout des lèvres « *clusters* », au sein desquels le maintien d'une vie normale s'est rapidement révélé particulièrement anxiogène par peur de la contamination... bien réelle cette fois-ci !

Pour autant, l'Homme ne se contraint pas naturellement. Sans l'obligation de se confiner à peine de sanction en l'absence de motifs légitimes, la lutte contre la Covid-19 était d'emblée bien compromise. Les attermoissements constitutionnels sur les fondements juridiques possibles du confinement² ont mis en perspective non seulement la gravité de la situation, son caractère inédit, mais également son aspect paradoxal. L'impact du virus a été largement sous-estimé. D'ailleurs, les connaissances scientifiques sont toujours incertaines et les probabilités d'occurrence à parfaire, ce qui a justifié la mise en œuvre de mesures de précaution faute de pouvoir se limiter aux gestes barrières.

De nombreux États ont confiné leur population, dans la même perspective, mais sans réelle concertation les uns avec les autres et sans démarche *a priori*. S'en

¹ « Sachez, Monsieur le Président, que nous ne laisserons plus nous voler notre vie... », <https://www.franceinter.fr/emissions/lettres-d-interieur/lettres-d-interieur-30-mars-2020>.

² J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, n°15/2020, 27 avril 2020, p. 833.

sont suivies des pratiques et logiques sanitaires distinctes selon les territoires, pour des résultats assez similaires en l'absence de vaccin ou de traitement efficace. Les contestations vont bon train sur l'utilité du confinement qui serait, selon les dires de certains, seulement justifié par l'agonie de nos services publics, et tout particulièrement les services publics de santé, et l'absence d'anticipation des pouvoirs publics.

La réalité est tout autre ; c'est notre modèle de société qui est questionné. Le confinement a exacerbé les violences conjugales, les tensions familiales, l'isolement physique et numérique, les difficultés matérielles et financières, la détresse psychologique et autres stress post-traumatiques, les situations de handicap, l'absence de suivi médical, le sort des sans-abri... Cette nouvelle « visibilité » des situations de détresse interroge sur la manière dont elles vont être prises en charge durablement. En tout état de cause, cela renvoie à la nécessité de réinvestir nos services publics et pas seulement pour atténuer les effets de la crise économique à venir.

Pour autant, c'est l'incertitude scientifique qui a guidé le raisonnement, mettant l'humain au centre du processus au détriment de considérations économiques et des revendications de l'Homme de la rue, privé de « ses libertés » ou plus exactement de sa liberté d'aller et venir et celle de se regrouper. Mais que valent « ces libertés » si l'on ne garantit pas le droit à la vie, l'accès aux soins ? Aucun service de santé ne peut absorber une épidémie d'une telle ampleur. C'est la carence du service public de la santé qui a occasionné un dialogue des juges des juridictions administratives sur cette question de droit à la vie en période d'incertitude³. La Haute juridiction a pu rappeler que « *dès lors qu'il existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai et qu'il est possible de prendre utilement de telles mesures [...] celles-ci doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte* ». Et d'ajouter que « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises* »⁴. De manière plus pragmatique, le fait d'enjoindre aux autorités nationales de commander des doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine et de prescrire à titre temporaire l'utilisation de ces médicaments, de commander des masques, des tests de

³ P.-Y. CHICOT, « Dialogue entre un tribunal administratif et le Conseil d'Etat à propos du droit à la vie », *AJDA*, 2020, p. 1178.

⁴ CE ord. 4 avril 2020, Union générale des travailleurs de Guadeloupe, req. n°439904.

dépistage, du gel hydroalcoolique, etc., ne lève pas les incertitudes scientifiques et ne permet pas de garantir le respect des libertés⁵. C'est ce que répond le juge considérant qu'« *il y a peu de certitudes, sinon celle qu'il incombe aux services hospitaliers de tout faire pour tenter de sauver, avec les connaissances et les moyens dont ils disposent, les malades qui leur sont confiés* »⁶. C'est le principe de précaution qui guide en l'espèce le raisonnement du juge et non le jeu des médias qui n'ont pas hésité à établir le lien de causalité entre l'absence d'anticipation des pouvoirs publics et la fin de l'épidémie⁷. À cette appréciation mesurée de la carence administrative, s'ajoute une extrême frilosité de l'administration, héritage français de l'affaire du sang contaminé, qui peine à trancher de peur d'engager la responsabilité de l'État.

Le déconfinement, se matérialisant dans le cadre d'une temporalité différente et avec les précédents que nous connaissons, ne saurait reposer sur le même raisonnement, même s'il s'agit de lutter durablement contre l'épidémie. C'est d'ailleurs ce qui a été rappelé par le Conseil constitutionnel lors de sa décision sur la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire considérant qu'il appartient au législateur « *d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée, qui découle de cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration* »⁸. Si louable soit-il, le respect de l'ordre public ne doit pas nous faire oublier que cette crise sanitaire doit avoir une fin et les dispositifs mis en œuvre, proportionnés au but à atteindre.

L'état d'urgence sanitaire a pris fin le 10 juillet 2020, aux termes de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire sauf à Mayotte et en Guyane, justifiée par une évolution positive de la situation sanitaire sur le territoire français. Ce texte signe la fin du confinement généralisé et le retour des préoccupations économiques sur le devant de la scène politique. Le texte précise, cependant, que des mesures restrictives de droit commun pourront, en cas de reprise de l'épidémie de Covid-19, être mises en place

⁵ *Idem.*

⁶ P. WACHSMANN, « Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : l'individualisme subordonné à une logique de santé », préc.

⁷ *Idem.*

⁸ Cons. const., n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

jusqu'au 30 octobre. Ainsi en est-il des restrictions sur la circulation des personnes, de l'accès aux transports en commun (port du masque, capacité d'accueil des établissements, etc.), de la fermeture au public de certains établissements, de l'obligation de réaliser un test sérologique pour les voyages en avion, du droit de se rassembler ou la possibilité de placer en quarantaine ou à l'isolement les voyageurs en provenance d'outre-mer à leur arrivée en métropole. Des sanctions, identiques à celles prévues par l'état d'urgence sanitaire et notamment l'amende forfaitaire de 135 euros, sont possibles en cas de non-respect des mesures ordonnées. Inutilement cependant, le texte à l'initiative des parlementaires, précise que toutes ces mesures peuvent faire l'objet d'un référé devant le juge administratif. S'agit-il d'inciter davantage les requérants à remettre en cause la légalité des dispositifs et notamment les initiatives des préfets sur des portions de territoires dans l'hypothèse d'une réactivation du virus ? De tels recours existent en droit positif et ont été abondamment introduits durant la période. Il convient probablement d'y voir la volonté du législateur d'organiser tout à la fois, au travers du maintien de quelques dispositions, la survivance du régime d'exception fondée sur l'incertitude scientifique, mais également la sortie de l'urgence. Au titre de la survivance, le parlement reste informé sans délai des mesures prises par le gouvernement et peut demander toute information complémentaire afin de les contrôler et de les évaluer. Par ailleurs, le Conseil scientifique est maintenu pendant ce régime transitoire. Cependant, la sortie de l'urgence est marquée par la réaffirmation du principe de proportionnalité dans la protection des libertés, comme s'il avait été mis entre parenthèses ces derniers mois.

C'est d'ailleurs ce qui a été précisé par le Conseil constitutionnel reconnaissant la conformité à la Constitution de la présente loi⁹. Il considère les prérogatives conférées au Premier ministre par l'article 1^{er} de la loi sont adaptées et proportionnées à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Reste que le respect du principe de proportionnalité de l'atteinte aux libertés n'a jamais été balayé par l'urgence sanitaire, car ce principe « *offre en quelque sorte un moyen pour penser le bon sens et la justice en termes de droit* »¹⁰, et ne fait en aucun cas obstacle à l'application du principe de précaution. Il en constitue l'essence en autorisant des mesures provisoires et proportionnées à la situation

⁹ Cons. Const., n°2020-803 DC, 9 juillet 2020.

¹⁰ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression – Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, thèse Strasbourg, 28 novembre 2019, p. 30.

d'incertitude¹¹. Il guide concrètement le choix des barrières à mettre en œuvre même dans l'urgence.

Le principe de proportionnalité doit être vérifié « *tout au long du maintien en vigueur des mesures restrictives, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme le rappelle régulièrement et pas seulement sur le terrain de la privation de liberté avant jugement. Le fait de privilégier la répression pénale pour faire respecter le caractère restrictif des mesures dérogatoires admises constitue également un facteur à prendre en compte* »¹². Ce principe ne saurait assurer la prédominance systématique des droits fondamentaux sur l'intérêt général¹³.

Mais la sortie de crise ne doit en aucun cas se traduire par un recul de la protection des libertés, le principe de proportionnalité permet au juge de garantir aux justiciables la protection effective des libertés dans le cadre d'un contrôle prévisible, explicite et qui débouche sur une véritable mise en balance des différents intérêts en présence de manière à garantir l'équilibre aristotélien¹⁴, plus exactement le juste milieu. « L'effet cliquet » qui repose sur cette protection effective et progressive des libertés au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé¹⁵ doit guider la posture des pouvoirs publics dans la gestion de l'épidémie. La proportionnalité des atteintes aux libertés se mesure par le recours à un ensemble de dispositifs très concrets¹⁶. Il conviendra d'en apprécier la nécessité et d'en circonscrire les effets.

Les développements à suivre ne prétendent pas à l'exhaustivité. Ils envisagent la protection des libertés individuelles au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle, orientation dégagée par le Conseil constitutionnel et mise en œuvre par le législateur, laissant volontairement de côté les libertés économiques et notamment la liberté d'entreprendre.

¹¹ L'article 5 de la charte environnementale à valeur constitutionnelle dispose : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesure provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédure d'évaluation des risques encourus.* »

¹² P. WACHSMANN, « Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : sanctuariser le noyau dur des libertés », 13 mai 2020, [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/les-libertes-et-les-mesures-prises-pour-lutter-contre-la-propagation-du-covid-19-sanctuariser-le-noyau-dur-des-libertes/>].

¹³ J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, le 17 mars 2017, site du Conseil d'État.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 70 qui dégage l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique.

¹⁶ V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017. 123.

I) La protection des libertés « confinée » ou l’affirmation de l’urgence sanitaire

L’urgence renvoie au temps qu’il se suspende ou qu’il s’étire... Le confinement a suspendu le temps dans sa dimension purement physique et matérielle par un maintien au domicile, signifiant « *outré une extrême limitation du droit de sortir de chez soi, l’impossibilité de mener un nombre important d’activités culturelles, religieuses, sociales, économiques, sportives, bref de décider de sa propre existence* »¹⁷ et de « passer le temps » (A). Mais dans le même temps, il a réorganisé le lien social en sa forme dématérialisée en supprimant les distances, qu’elles soient géographiques ou temporelles (B). Le confinement a enfin suspendu le temps du droit, par des mécanismes de prorogation des délais de recours et de procédure (C).

A) Le maintien au domicile

1) Le maintien au domicile imposé par le confinement

C’est aux termes de la loi du 23 mars 2020 que l’étendue des pouvoirs de police administrative du Premier ministre doit être appréciée. Il peut, sur le fondement du nouvel article L3131-15 du Code de la santé publique, priver toute personne de la liberté d’aller et de venir en assignant à domicile sans limitation de durée quotidienne – ce qui va très au-delà de l’assignation à domicile de la loi du 3 avril 1955 sur l’état d’urgence qui limite l’assignation à domicile à douze heures par jour. Il peut prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d’entreprendre, dans la seule finalité de sortir de la catastrophe sanitaire. L’atteinte à la liberté d’entreprendre est ainsi appréciée comme la conséquence légitime du confinement.

De manière à limiter la propagation de la pandémie, le confinement est apparu comme la réponse adaptée à la situation. Certes, l’absence d’anticipation en la matière a probablement compromis les effets du confinement sur les parties du territoire les plus impactées, tout en apparaissant inutile sur les portions les moins impactées. Le niveau de confinement exigé par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 a fait débat ainsi que la constitutionnalité du dispositif.

¹⁷ P. WACHSMANN, « Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : l’individualisme subordonné à une logique de santé », 13 mai 2020, [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/libertes-mesures-prises-pour-lutter-contre-propagation-covid-19-lindividualisme-subordonne-logique-sante/>].

Le caractère constitutionnel du dispositif « *relevant des circonstances particulières de l'espèce* » est reconnu de manière très lapidaire à la loi organique du 30 mars 2020¹⁸ et non à la loi ordinaire du 23 mars qui n'a fait l'objet d'aucun recours devant le juge constitutionnel. Or, c'est sur son fondement que le report du second tour des élections municipales a été organisé, que l'état d'urgence sanitaire a été instauré, de même que les mesures d'urgence économique et d'adaptation pour lutter contre le virus. Si le caractère constitutionnel de la loi organique fait débat, il en va de même de la loi ordinaire qui porte en germe des atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution. La saisine du Conseil aurait permis de lever quelques doutes sur la constitutionnalité et la proportionnalité d'un « état d'urgence sanitaire »¹⁹ qui a duré 16 semaines.

La contestation essentielle procédait des délais de prorogation de ce nouveau dispositif législatif inspiré de la loi de 1955 sur l'état d'urgence et aménagé en 2015 suite aux attentats. Il s'en distingue cependant par l'imprécision rédactionnelle des mesures à adopter, sa durée et son automaticité²⁰. C'est d'ailleurs cette imprécision qui a justifié la mise en œuvre de ce nouveau dispositif expérimental²¹ qui se distingue également du régime d'exception sanitaire relevant de l'article L3131-1 du CSP, de la mise en œuvre de la police administrative générale, ou de la théorie des circonstances exceptionnelles²². En réalité, c'est l'incertitude scientifique qui mobilise le raisonnement, le principe de précaution imposant l'action dans le doute. Il admet l'existence de mesures d'interdiction (confinement, fermetures d'entreprises) tant que l'incertitude scientifique demeure. Indépendamment des choix politiques, la décision est liée à l'expertise scientifique. Dans le prolongement, reste à espérer que la précaution cède face à la mise en œuvre du principe de prévention dans les délais les plus brefs. Seul un traitement médical, la découverte d'un vaccin ou l'aléa pourraient nous y conduire, car le respect des gestes barrières était en

¹⁸ M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 27 avril 2020, n°15/2020, p.839 ; J. Jeanneney, « La non-théorie des circonstances particulières », *AJDA*, préc., p. 843.

¹⁹ A. LEVADE, « Coronavirus-État d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception », *JCP* 2020, n°13, p.369. ; S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exception au droit », *RDLF* 2020, chron. n°13 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les régimes de crise à l'épreuve de circonstances sanitaires exceptionnelles », *RDLF*, 2020, chron. n° 20 ; P. VILLENEUVE, « État d'urgence sanitaire, un objet juridique mal identifié », *JCP adm.* 2020, n° 13, *actu.* 183.

²⁰ D. MAUS, « Loi contre le coronavirus : il faut saisir le Conseil constitutionnel », 22 mars 2020, [https://www.opinion-internationale.com/2020/03/22/loi-contre-le-coronavirus-il-faut-saisir-le-conseil-constitutionnel-la-chronique-de-didier-maus_72177.html].

²¹ J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, préc., p.833.

²² Dispositifs sur lequel le Conseil d'État fonde le décret du 16 mars 2020, CE, ord. 22 mars 2020, Syndicat jeunes médecins, req. n° 439674.

l'espèce insuffisant. La décision est donc suspendue à l'état de l'art ce qui a conduit le pouvoir réglementaire à intervenir le 16 mars avant celle du législateur en date du 23 mars, arguant de l'urgence à confiner²³.

Le niveau de confinement a fait également l'objet de critiques acerbes : pas suffisant pour certains, inutile pour d'autres. Pour autant, c'est sur le fondement du droit à la vie que les juges ont pu dialoguer autorisant la Haute juridiction administrative²⁴ à considérer que le confinement total n'est pas nécessaire, adapté et proportionné à l'objectif de sauvegarde de la santé publique. Autrement dit, pour sauvegarder la santé publique et garantir le droit à la vie, il ne s'agit pas de confiner totalement sauf à prendre des mesures attentatoires à la santé publique et de nature à porter atteinte à la vie²⁵... À l'inverse, un trop grand laxisme ou imprécision des textes réglementaires ne permet pas davantage de protéger les libertés, autorisant la Haute juridiction à contester la portée de certaines dispositions de l'autorisation de déplacement comme le degré d'urgence des déplacements pour motif de santé, les conditions de pratique du jogging, ainsi que l'ouverture des marchés. Le juge a ainsi enjoint au Premier ministre et ministre de la Santé de revoir le dispositif, ce qui a donné lieu au décret n°2020-293 du 23 mars 2020. Reste que les marges d'interprétation n'ont jamais totalement disparu des textes²⁶, et ont généré les comportements les plus extrêmes : certains se sont posés leurs propres contraintes en renonçant aux soins courants, aux visites de contrôle liées aux maladies chroniques, alors que d'autres se sont octroyés des latitudes qu'il s'agisse des « nouveaux joggeurs du confinement » ou les acheteurs du « paquet de pâtes ». Ces comportements extrêmes nourrissent de la même manière les phases de déconfinements. La peur du lendemain génère des comportements

²³ J. BOUDON, « De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles », 3 avril 2020 ; « Note complémentaire sur l'illégalité du décret n° 2020-260 du 16 mars », 7 avril 2020, [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>].

²⁴ CE, ord. 22 mars 2020, Syndicat jeunes médecins, req. n° 439674.

²⁵ « *Si un confinement total de la population dans certaines zones peut être envisagé, les mesures demandées au plan national ne peuvent, s'agissant en premier lieu du ravitaillement à domicile de la population, être adoptées, et organisées sur l'ensemble du territoire national, compte tenu des moyens dont l'administration dispose, sauf à risquer de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie et à retarder l'acheminement des matériels indispensables à cette protection. En outre, l'activité indispensable des personnels de santé ou aidants, des services de sécurité de l'exploitation des réseaux, ou encore des personnes participant à la production et à la distribution de l'alimentation rend nécessaire le maintien en fonctionnement, avec des cadences adaptées, des transports en commun, dont l'utilisation est restreinte aux occurrences énumérées par le décret du 16 mars 2020. Par ailleurs, la poursuite de ces diverses activités vitales dans des conditions de fonctionnement optimales est elle-même tributaire de l'activité d'autres secteurs ou professionnels qui directement ou indirectement leur sont indispensables, qu'il n'apparaît ainsi pas possible d'interrompre totalement* », point 8.

²⁶ C. VALLAR, « Covid-19 : Le Conseil d'État en faveur d'un confinement modulé et adapté », *AJDA* préc. 854.

humains bien singuliers allant de la crainte pathologique du déconfinement au déni de la situation sanitaire.

Les autorités locales en renfort ? Les maires sont considérablement muselés par les préfets dans le cadre de cet état d'urgence sanitaire. La loi du 23 mars 2020 leur confère un pouvoir de police sanitaire autorisant l'édiction de mesures générales et individuelles justifiées par les circonstances locales (article L3131-17 du Code de la santé publique) et le décret d'application du 23 mars les habilite à adopter des mesures plus restrictives en matière de trajet, de déplacement, de rassemblements, réunions et activités collectives de personnes en vertu des mêmes circonstances. Les pouvoirs de police spéciale dont ils bénéficient font obstacles à ce que les maires prennent au titre de leur pouvoir de police générale des mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire pendant la période de l'état d'urgence sanitaire. Les deux autorités de police sont ainsi renvoyées à l'application classique de règles liées à l'exclusivité du pouvoir de police. Les maires peuvent retrouver leur pouvoir de police seulement pour des raisons impérieuses liées à des circonstances locales rendant l'édiction indispensable, et à condition de ne pas compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures prises par l'État²⁷. En somme, rien de nouveau sur les concours de police dans la mesure où la police spéciale déroge bien à la police générale... Seul l'objet des dispositifs a engendré une surmédiation auprès d'une opinion publique fragilisée (port du masque obligatoire, couvre-feu, interdiction de s'asseoir sur les bancs publics, etc.) en tentant de montrer que la crise sanitaire était mieux gérée sur les territoires de la République que par l'action d'un État unitaire démuni. Or, l'État reste garant de la cohérence nationale.

2) Le maintien au domicile facilité par le droit d'accès à internet

Le droit à la connexion n'existe pas... Le droit d'accès internet devient prioritaire dans ce contexte de mobilité réduite, mais tel qu'il a été dégagé par le Conseil constitutionnel²⁸, il ne met en place qu'une obligation négative incombant à l'État de ne pas couper l'accès au réseau. Inspiré du principe de la neutralité du net, le droit d'accès à internet tend à garantir l'égal traitement de tous les utilisateurs dès lors qu'ils sont connectés. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique garantit cette égalité de traitement aux personnes handicapées devant bénéficier d'un accès aux sites internet publics, et garantit également un droit au maintien de la connexion internet en cas de difficultés financières, sur le modèle de la fourniture d'énergie et d'eau. Aux termes de la

²⁷ CE, 17 avril 2020, Commune de Sceaux, req. n°440057.

²⁸ Cons. const., n° 2009-580 DC, 10 juin 2009.

loi, « le débit du service d'accès à internet maintenu peut être restreint par l'opérateur, sous réserve de préserver un accès fonctionnel aux services de communication au public en ligne et aux services de courrier électronique ». Ce dispositif qui ne prévoit aucun décret d'application est cependant conditionné par l'existence d'un fonds de soutien départemental alloué aux opérateurs de télécommunications concernés, et une demande préalable des personnes bénéficiaires. Cela étant, le dispositif permet simplement de garantir l'accès à la boîte mail dans le respect de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 et plus globalement la liberté d'expression.

En revanche, **le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu l'obligation positive de garantir l'accès de tous les français à internet** en reconnaissant à leur profit un véritable droit-créance²⁹. Au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme, ce droit d'accès, composante de la liberté d'expression, suppose simplement que le public dispose de moyens d'accès suffisants à l'information³⁰. Dans un cas comme dans l'autre, c'est la liberté d'expression qui sert de fondement à la reconnaissance du droit d'accès à internet.

Le droit d'accès technique n'est pas garanti. La fracture numérique se creuse car certains territoires restent isolés³¹ et cet isolement, renforcé par le confinement, ne peut être compensé, de fait, par l'accès aux services publics se faisant désormais en ligne. D'autres se trouvent propulsés en zone grise du fait d'un usage intensif de services gourmands en bande passante, et parmi ceux-là, les services de visioconférence. Si la tendance est de pointer du doigt la défaillance des réseaux fixes attendant que le plan *France THD* soit déployé d'ici la fin 2020, il ne faut pas oublier le rôle des réseaux mobiles. Quel que soit le mode de raccordement des territoires ruraux, les contraintes de rentabilité sont présentes lorsque l'on envisage ce raccordement seulement au regard des usages personnels. Il est clair que la fibre ne sera pas déployée dans tous les foyers, et 36 millions de français en sont encore exclus. Pour autant, les considérations industrielles sont désormais déterminantes et c'est de cette manière que le réseau sera rentabilisé par la création d'écosystèmes³². En réalité, la crise a mis en évidence que le retour à une situation normale ne se

²⁹ Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux, Rapport annuel 2014*, Doc. Franç., p. 92.

³⁰ CEDH, 18 déc. 2012, *Yildirim c. Turquie*, aff. 3111/10 ; CEDH, 11 mars 2014, *Akdeniz c. Turquie*, aff. 20877/10 ; CEDH, 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, aff. 64569/09.

³¹ A. LÉCHENET, « Un déploiement de la fibre à petit pas », *La Gazette des communes*, 10 avril 2020.

³² A. LÉCHENET, R. MAZON, « Les opérateurs ont pris des engagements et il faudra bien juger de leur respect » – Sébastien Soriano », *La Gazette des communes*, 30 avril 2020, [<https://www.lagazettedescommunes.com>].

ferait pas sans le recours aux services numériques. Reste à savoir dans quelle proportion et pour quels types d'usages...³³ !

La confusion est de mise. Si l'on considère, à juste titre, que ces services ont caractérisé l'essentiel du lien social durant le confinement, cela ne signifie pas que nous avons dématérialisé durablement le modèle des relations interpersonnelles. Les ambitions les plus inavouées en la matière ont certes été comblées. Les citoyens se sont appropriés les services de visioconférence (*Teams, Webex, Zoom, etc.*), que cela soit dans un cadre professionnel ou personnel alors qu'ils étaient réservés jusqu'alors aux plus initiés ou aux plus jeunes. La fracture générationnelle est ainsi pratiquement résorbée. Même si l'on pense immédiatement aux conséquences sanitaires dramatiques de la Covid-19 sur les anciens, la vérité est ailleurs. Le numérique a permis de conserver les liens familiaux, de partager des tranches de vie, de sortir de l'isolement, même temporairement, certains d'entre eux. Cet effort accompli à connecter les anciens n'est pas vain. Même s'il ne remplace pas une réunion familiale, il est précieux pour l'avenir, car le marché du travail conduit inexorablement à la mobilité. Le fait est qu'insidieusement, pour continuer à vivre, les citoyens ont consenti dans l'urgence à l'intrusion des services en ligne dans l'espace privé. Un équilibre reste à trouver entre ce qui est nécessaire au maintien du lien social et ce qui est nécessaire au maintien durable des libertés collectives et individuelles.

B) Le respect du domicile

Une appréciation fonctionnelle du domicile. Le Doyen Carbonnier avait fait du domicile un lieu de non-droit ; « *aujourd'hui encore nos maisons sont nos forteresses ; et quoique le droit puisse y pénétrer, à l'occasion, par voie de perquisitions et arrestations selon la loi, la pression juridique y est infiniment moins lourde que dans les rues ou les lieux publics* »³⁴. Tout en considérant, dans le cadre d'une vision purement civiliste, que le domicile permet de localiser de manière permanente et stable des sujets de droit, il y attache « *une présomption simple de présence permanente* »³⁵. En réalité, le droit saisit le domicile tout en nuance en l'isolant des autres biens. Il en fait un lieu d'habitation inviolable, mais également un lieu de localisation et donc un élément d'individualisation. La définition du domicile dépend de l'étendue de la protection apportée par son inviolabilité³⁶ qui se comprend « *comme une interdiction de toute immixtion d'un*

³³ M.-C. DE MONTECLERC, *AJDA* 2020, p.1140.

³⁴ J. CARBONNIER, *Flexible Droit – pour une sociologie du droit sans rigueur-*, LGDJ, 1^{ère} éd. 2001, p. 28.

³⁵ Préc.

³⁶ Cons. const. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.

tiers dans le domicile d'une personne en dehors de son consentement »³⁷. « En d'autres termes, plus le domicile est entendu largement, plus la sauvegarde de la liberté, de la sécurité, de la tranquillité et de la vie privée de la personne occupant le domicile est accrue en ce lieu »³⁸.

Lien entre domicile et vie privée. Le domicile est le siège de l'intimité et de la vie privée de toute personne : il est protégé au titre de l'article 9 du Code civil. Or, la notion de domicile n'est pas définie par le Code civil. L'inviolabilité du domicile est surtout garantie par les articles 226-4 et 432-8 du Code pénal, sanctionnant le délit de violation de domicile commis respectivement par un particulier ou par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Pour autant, le législateur s'est contenté, dans les deux hypothèses, de faire référence au « domicile d'autrui » sans le définir. La violation est donc caractérisée lorsque le consentement de l'occupant est défaillant, sauf si la violation repose sur des motifs légitimes relevant notamment de la sauvegarde de la sécurité.

Lien entre protection de la vie privée et protection des données à caractère personnel. La question se pose notamment au sujet du dispositif de drones mis en place à Paris pour apprécier le respect des conditions de confinement telles que définies dans une note administrative du 14 mai 2020. *La Ligue des droits de l'homme* et *la Quadrature du net* ont saisi le juge pour enjoindre au Préfet de police de cesser « *immédiatement de capter des images par drones, de les enregistrer, de les transmettre ou de les exploiter* » dans le but de surveiller et contraindre la population à l'aide de haut-parleurs à regagner le domicile sous peine de verbalisation. Saisi d'un référé-liberté sur ce point, le Conseil d'État a constaté, le 18 mai 2020³⁹, l'illégalité du dispositif en raison de l'absence de garanties techniques empêchant ainsi la collecte de données à caractère personnel. Il était possible d'individualiser des personnes par l'utilisation du zoom et l'altitude du drone (entre 80 et 100 mètres), mais sous cette réserve, la Haute juridiction administrative n'a pas remis en cause le principe de la surveillance. Or si ce traitement n'est pas interdit par la loi informatique et libertés, il requiert un acte administratif explicite, soumis à l'avis de la CNIL, encadrant spécifiquement le dispositif, précisant notamment les durées de conservation des données et le droit à l'information des personnes filmées. L'atteinte au domicile ou à la vie privée n'est pas visée par le juge en ce qu'elle n'entraîne pas dans le champ de l'action en référé relevant seulement de la

³⁷ I. GRAVELAIS, *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile*. Thèse Droit, Université de Bourgogne, 2013.

³⁸ Préc., p.22.

³⁹ Req. n° 440442.

protection autonome⁴⁰ du droit des données à caractère personnel. Ceci dit, même si le lien qui unit la protection de la vie privée et des données à caractère personnel est consacré par les textes⁴¹ et la jurisprudence⁴², par référence aux droits de la personnalité⁴³, la donnée ne peut se dissoudre dans la notion de vie privée, qui est plus circonscrite.

Le juge s'est donc contenté d'appliquer la loi informatique et libertés, tout en précisant que l'utilisation de drones dans le respect des conditions prévues par la note administrative ne serait pas de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales. Des commentateurs ont pu souligner, non sans étonnement, qu'il suffit simplement de désactiver le zoom et de voler à plus de 80 mètres pour qu'il n'y ait aucune atteinte aux libertés fondamentales⁴⁴. L'avis de la CNIL est attendu, de manière à porter une position nationale dans le cadre d'un arrêté ministériel pris sur le fondement de cet avis. La ville de Paris n'est pas la seule ville à faire usage de drones, et le déconfinement déporte la question de l'utilisation de drones sur la voie publique pour le contrôle du port du masque ou le respect des règles de distanciation sociale.

La protection du domicile par le droit des données personnelles. C'est donc sur fond de protection des données personnelles que le respect du domicile est analysé durant la période de confinement en raison de l'utilisation massive de services numériques qui tracent l'individu. Son consentement explicite est exigé⁴⁵, ressortant d'un acte affirmatif et spécifique⁴⁶. Le confinement a conduit les individus à exprimer, parfois plus clairement, leur consentement pour

⁴⁰ De ce point de vue, le RGPD est clair car il assure la protection « *des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel* », sans distinguer la vie privée comme c'était le cas sous l'empire de la Directive 95/46. En distendant le lien entre les deux, il faut probablement y voir la consécration officielle d'un droit autonome à la protection des données à caractère personnel, consécration qui est d'ailleurs réalisée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui distingue les deux ; v. M. CLÉMENT-FONTAINE, « L'union du droit à la protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée », *Légicom*, n° 59, mars 2018.

⁴¹ Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janv. 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractères personnel et à la libre circulation de ces données.

⁴² Ex. Cass. civ. 1^{ère}, 2 juill. 2014, n° 13-21929 : l'atteinte à la vie privée ne peut être justifiée par le droit à la liberté d'expression ; CJUE 13 mai 2014, *Google Spain*, aff. C-131/12.

⁴³ V. V.-L. BENABOU, J. ROCHFELD, *A qui profite le clic ?*, Odile Jacob, coll. Corpus, 2015.

⁴⁴ W. MAXWELL et C. ZOLYNSKI, « Protection des données personnelles », *D.* 2020. 1262.

⁴⁵ V. les débats autour de la feuille de route de la CNIL, CE 16 octobre 2019, req. n° 433069 ; W. MAXWELL et C. ZOLYNSKI, « Protection des données personnelles », préc. ; *Dalloz IP/IT* 2020. 189, obs. F. COUPEZ et G. PÉRONNE ; *Légipresse* 2019. 588, et 694, étude C. THIÉRACHE et A. GAUTRON ; *RFDA* 2019. 1075, concl. A. LALLET ; CCE 2020. Comm. 1, obs. N. METALLINOS.

⁴⁶ CJUE, 1^{er} octobre 2019, *Bundesverband des Verbraucherzentralen c/ Planet 49*, aff. C-673/17, *D.* 2019. 1884.

préserver leur domicile et leur vie privée. Pour autant, leur traçabilité progresse du fait de l'utilisation massive des services numériques. La continuité pédagogique en constitue une illustration intéressante, conduisant les enseignants à basculer *a minima* le contenu des cours sur support numérique, les versant, par exemple, sur des plateformes pédagogiques interactives comme Moodle et/ou à utiliser la visioconférence. Dans le premier cas, et à la différence du monde physique et matériel, non seulement l'enseignant sait si l'étudiant a pris connaissance du cours, quel jour et à quelle heure, mais il est techniquement possible de connaître le temps passé aux apprentissages. Dans le second cas, la caméra est certes intrusive, mais elle permet d'établir un contact et de préserver les émotions. En tout état de cause, la connexion acte de la présence d'une personne que l'on suppose être l'étudiant car se pose la question de son authentification. Ne consentant pas à l'utilisation de la caméra, et en utilisant une connexion qui ne permet pas d'authentifier l'étudiant, l'enseignant se retrouve face à une situation inédite ou plutôt un écran noir dont les cases mentionnent dans le meilleur des cas des noms et prénoms, mais plus souvent des adresses mails et pseudonymes. C'est bien là tout le paradoxe du confinement faisant apparaître un étudiant à double visage, se cachant derrière le caractère intrusif du service de visioconférence, arguant de sa volonté de protéger le domicile, tout en utilisant massivement les réseaux sociaux sans la moindre pudeur⁴⁷. L'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 qui autorise et encourage la tenue d'examens dématérialisés et invite à la télésurveillance doit être analysée à l'aune de ces éléments factuels. Certes, le traitement de données à caractère personnel collectées par la télésurveillance est licite car nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt général. Mais comment sanctionner une fraude identifiée par un traitement automatisé, alors qu'un tel traitement ne saurait être autorisé dans le cas d'une décision produisant des effets juridiques ou affectant l'étudiant de manière significative ?⁴⁸. Ce raisonnement repose sur la protection des données personnelles mais, par effet ricochet, se pose une autre question ayant trait à la preuve de la fraude commise au domicile de l'étudiant.

Ce raisonnement exclut les « oubliés » du numérique se retrouvant par la force des choses, en situation de décrochage. Le Professeur Arnaud See⁴⁹ relève à cet effet la recommandation du Défenseur des droits qui invite à conserver plusieurs modalités d'accès aux services publics, afin de ne pas rendre obligatoire le

⁴⁷ J.-M. SAUVÉ, « La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique », Fondation Varenne, 12 déc. 2017, [<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique>]. L'auteur qualifie ce comportement « d'hypermnésie collective ».

⁴⁸ A. SEE, « L'enseignement supérieur face au covid-19 », *AJDA*, 5 mai 2020, p.822.

⁴⁹ A. SEE, préc.

recours aux téléservices⁵⁰ ou, si tel est le cas, de vérifier que l'utilisateur dispose des moyens techniques requis pour passer des épreuves⁵¹. Cette recommandation, fondée sur le bon sens, fait apparaître dans le cadre de la situation sanitaire des atteintes au principe d'égalité, en l'absence de modalités alternatives d'accès aux services publics. En réalité, c'est le principe constitutionnel de continuité du service public qui doit guider le raisonnement en la matière. Les deux lois de Rolland sont ainsi renvoyées dos à dos, privilégiant la continuité à la rupture du service public. Dans cette hypothèse, il semble difficile de concevoir les effets sur la société de l'interruption pure et simple du service public de l'enseignement. La conciliation de ces deux principes à valeur constitutionnelle en appelle à l'application de la théorie du bilan « coût/avantage » justifiée par le contexte d'urgence et d'incertitude. Sortie du contexte, une telle situation est sans nul doute attentatoire aux libertés, et plus précisément aux libertés universitaires⁵². C'est la raison pour laquelle elle ne doit pas se pérenniser.

C) La suspension du temps

En raison du fonctionnement en mode dégradé de certains services administratifs, l'état d'urgence a prorogé les délais de recours et de procédure.

Le respect de l'État de droit. L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 a prorogé de deux mois les délais de procédure naissant entre le 12 mars et le 24 juin 2020⁵³, et met en œuvre un dispositif fondé sur le bon sens, quoique particulièrement mal rédigé. Ce dispositif laisse logiquement de côté, les délais impératifs. En réalité, la difficulté tient moins à la prorogation des délais qu'au droit au juge et par conséquent au respect de l'État de droit. La loi organique du 30 mars 2020 constituant le prolongement procédural de la loi ordinaire du 23 mars, composée d'un unique article, suspend au 30 juin 2020, le délai de trois mois imparti au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel pour statuer sur les questions prioritaires de constitutionnalité dont ces institutions ont été saisies. Saisi de ce texte, le Conseil constitutionnel, lui-même dans sa décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, a validé le dispositif

⁵⁰ CE, 27 novembre 2019, La CIMADE, req. n°422516.

⁵¹ Décret n°2017-619 du 24 avril 2017 relatif à la mise à disposition d'enseignements à distance dans les établissements d'enseignement supérieur, *JORF* 26 avril 2017.

⁵² J.-M. FÉVRIER, « L'enseignement supérieur face au covid-19, *AJDA*, préc., p.823.

⁵³ Le texte s'applique aux démarches (recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration) ; aux mesures administratives ou juridictionnelles (interdiction, autorisation, permis, agrément, aide..) ; aux astreintes ; aux délais de réponse des administrations dans les procédures où le silence de l'administration vaut acceptation ; aux délais imposés par l'administration pour faire un contrôle, des travaux, ou pour se conformer à une règle sont interrompus jusqu'à la fin de cette période, sauf exceptions ; aux créances recouvrées par le Trésor public sont interrompues jusqu'à la fin d'un délai de 2 mois suivant la fin de cette période.

dans le cadre d'une décision tout aussi lapidaire qui écarte d'un revers de main la question du respect des délais d'adoption d'une loi organique prévus à l'article 46 de la Constitution au motif des « *circonstances particulières de l'espèce* ». Ni les parlementaires, ni le Conseil constitutionnel, n'acceptent de reconnaître le caractère impératif de ce délai faisant prévaloir l'urgence. Doté de compétences d'attribution qui en fait le garant du respect de la Constitution, le Conseil constitutionnel se trouve dans une posture surprenante. D'autant « *qu'écarter ce texte revient à le violer, alors au demeurant qu'il n'y avait aucune urgence particulière ici puisque si le délai de trois mois n'est pas respecté par la Cour de cassation et le Conseil d'État, la seule conséquence est que la question prioritaire de constitutionnalité est automatiquement transmise au Conseil constitutionnel, qui n'est lui pas lié par ce délai (indicatif pour ce qui le concerne) de trois mois* »⁵⁴. Le caractère inédit de la situation place le Conseil dans une situation hors cadre, qui est celle d'un gestionnaire d'une crise hors cadre qui n'est à ce titre, pas prévue par les textes. Il en va ainsi de l'ensemble des pouvoirs publics. Dans la mesure où le parlement n'a pas pleinement assuré sa fonction de contrôle du gouvernement durant l'état d'urgence sanitaire, il revient aux juges « *d'exercer des pouvoirs exceptionnels, à la mesure de ceux mis en œuvre par le gouvernement* »⁵⁵.

La continuité de la justice. Le juge administratif a soutenu un raisonnement quelque peu différent sur le fondement de la continuité de la justice, se prononçant à la fois dans le cadre des procédures administratives, mais également dans le cadre des procédures judiciaires. Les ordonnances n° 2020-303, 304 et 305 du 25 mars 2020 qui adaptent les règles applicables devant les juridictions pénales (allongement des délais en matière de détention provisoire)⁵⁶, administratives (recours aux visio-audiences sans l'accord des requérants) et judiciaires (modalités simplifiées de renvoi des audiences, recours à la procédure écrite sans audience, prononcés de mesures d'assistance éducative sans audience)⁵⁷ en période de crise sanitaire ont été considérées par le Conseil d'État comme garantissant la continuité de la justice et le droit au recours effectif. Les garanties offertes aux justiciables sont en revanche mises de

⁵⁴ P. CASSIA, « État d'urgence sanitaire et État de droit », 20 avril 2020, <https://lundi.am/Entretien-avec-Paul-Cassia>.

⁵⁵ P. CASSIA, « Le Conseil d'Etat et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », 11 avril 2020, [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/100420/le-conseil-d-etat-et-l-etat-d-urgence-sanitaire-bas-les-masques>].

⁵⁶ CE ord., 3 avril 2020, n° 439894.

⁵⁷ CE ord., 10 avril 2020, Syndicat des avocats de France, req. n° 439903 ; *Conseil national des Barreaux et autres, Syndicat des avocats de France et autres*, n° 439883.

côté. Ces ordonnances ont d'ailleurs été modifiées le 13 mai 2020 à la sortie du confinement, pour faire cesser l'atteinte au respect des droits de la défense⁵⁸.

Pour autant, le juge administratif n'a remis en cause aucune ordonnance sur le fondement de l'atteinte aux libertés faisant prévaloir le respect de l'ordre public et la continuité de l'État lorsque les mesures sollicitées ne relèvent ni de l'extrême urgence, ni du champ des possibles dans le cadre d'un État qui se retrouve dans la difficulté, l'incapacité de faire respecter ses propres règles du fait de la situation. Plus simplement, le référé-liberté n'est pas le bon outil pour contester les mesures mises en œuvre sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 ; *« le requérant peut se prévaloir d'un seul type de moyens de légalité, tiré de ce qu'un acte de l'état d'urgence sanitaire viole de manière grave et manifestement illégale (l'illégalité doit apparaître de manière grossière, flagrante, évidente) une liberté fondamentale, et qu'il est nécessaire de mettre fin à cette violation dans un délai de 48 heures ; il n'est donc pas possible d'invoquer par cette voie de recours exceptionnelle un moyen tiré par exemple de la méconnaissance de la loi du 23 mars 2020 par un acte administratif de l'état d'urgence sanitaire »*⁵⁹.

II) La protection des libertés « déconfinée », ou la réaffirmation du principe de proportionnalité

Le déconfinement a très rapidement été perçu par une partie des citoyens comme une forme d'atteinte permanente aux libertés, justifiée par la peur d'une contamination, sur laquelle plane la menace d'un reconfinement, même partiel, à l'approche des vacances. Cette forme d'angoisse qui se nourrit depuis quelques années d'événements particulièrement douloureux, accoutume les citoyens aux régimes d'exception, et imprègne désormais leur quotidien d'un slogan : il ne s'agit pas de *« reprendre sa vie d'avant »*.

La dégradation des libertés *« s'opère souvent insidieusement, par petites touches, et obéit à un mouvement continu, qui a pour caractéristique de ne jamais se réparer, nonobstant les alternances politiques. Il suffit qu'apparaissent de nouvelles menaces : terrorisme meurtrier, pandémie, perturbations économiques, et la liste n'est pas exhaustive, pour que l'on cède immédiatement*

⁵⁸ Ord. 2020-557 et 558.

⁵⁹ P. CASSIA, « Le Conseil d'Etat et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », 11 avril 2020, [<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/100420/le-conseil-d-etat-et-l-etat-d-urgence-sanitaire-bas-les-masques>].

et sans débat approfondi sur les libertés »⁶⁰. Le seul garde-fou de cette peur irréprouvable qui plonge notre société dans une forme d'obscurantisme moyenâgeux grandement portée par les réseaux sociaux qui contiennent leur lot de rumeurs, reste l'application du principe de proportionnalité. Sans urgence à agir, il appartient aux pouvoirs publics de reconstruire une situation durable dans le respect des libertés. C'est la raison pour laquelle l'attention se mobilise sur les systèmes de surveillance de la population et plus spécialement sur la proportionnalité des traitements visant à lutter contre la Covid-19.

La collecte des données, moyen de lutte contre l'épidémie. L'utilisation des données personnelles pour juguler la pandémie a cheminé dans certains États comme la Chine, Israël ou l'Autriche, par le recours à la traçabilité et à la surveillance des correspondances dans la perspective de comprendre la propagation du virus⁶¹. La géolocalisation systématique permet d'informer tous les contacts des personnes diagnostiquées positives à la Covid-19 et de prendre les mesures en conséquence : confinement, désinfection par les autorités sanitaires des lieux fréquentés par la personne infectée... Ceci dit, les critères utilisés pour envisager de telles mesures restent opaques et l'on voit bien les effets pervers d'un tel système de détection s'il n'est pas circonscrit dans le temps et maîtrisé par les États dans le respect des règles de protection des données. Comment se passer d'une telle collecte qui pourrait améliorer la connaissance scientifique et permettre *in fine*, la mise en œuvre d'une véritable politique de prévention.

Le Commissaire européen chargé du marché intérieur a demandé à plusieurs opérateurs, dont *Orange*, de fournir les données mobiles liées aux déplacements de leurs clients. L'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) a d'ailleurs travaillé sur les données fournies par *Orange* pour adapter les modèles épidémiologiques aux mesures de confinement⁶². Les données de géolocalisation ainsi recueillies doivent être anonymisées afin de permettre l'établissement d'une cartographie de la propagation de l'épidémie sans qu'il soit possible de tracer les individus. Mais dans l'hypothèse où il s'agirait d'alerter la population, la traçabilité suppose la levée de l'anonymat. C'est la raison pour laquelle un tel dispositif requiert une loi dont le contenu répond aux exigences

⁶⁰ P. WACHSMANN, « La liberté et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : une accoutumance aux régimes d'exception », 13 mai 2020, [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/les-libertes-et-les-mesures-prises-pour-lutter-contre-la-propagation-du-covid-19-une-accoutumance-aux-regimes-d-exception/>].

⁶¹ M. UNTERSINGER, « Contre la pandémie due au Coronavirus, de nombreux pays misent sur la surveillance permise par le big data », *Le Monde* 20 mars 2020.

⁶² M. UNTERSINGER, « Pourquoi les données téléphoniques aident à comprendre la pandémie de Covid-19 », *Le Monde* 30 mars 2020.

du contrôle de proportionnalité et à l'article 15 du RGPD relatif aux droits des utilisateurs. Les justiciables doivent disposer d'un droit au juge. Le Défenseur des droits souhaite en France un débat démocratique sur la question, sachant que tout l'enjeu du débat se situe sur la durée d'application d'un tel dispositif et que la fin de l'épidémie reste bien incertaine.

Tous les dispositifs imaginés présentent des atteintes durables à l'ensemble des libertés individuelles, instaurant un système de contrôle à double détente particulièrement insidieux et sans le recours au consentement des intéressés. Or la mission d'intérêt public peut justifier une collecte et le traitement de données personnelles au regard de la réglementation européenne (RGPD, art. 6-1 d et f). En particulier, le « *traitement (...) pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé* » est licite (RGPD, art. 9-2 i). Enfin, la protection des intérêts vitaux de la personne ou d'une autre personne physique peut aussi être invoquée (RGPD, art.9.2.c), et le considérant 46 se réfère explicitement au contrôle d'une épidémie : « *Certains types de traitement peuvent être justifiés à la fois par des motifs importants d'intérêt public et par les intérêts vitaux de la personne concernée, par exemple lorsque le traitement est nécessaire à des fins humanitaires, y compris pour suivre des épidémies et leur propagation.* » Les deux fichiers de « *contact tracing* », visés par la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, *SIDEP* (Système d'information national de dépistage populationnel) et *Contact Covid*, sont au cœur du dispositif mis en œuvre (A). Quant au sort particulier réservé à l'application *StopCovid*, dispositif d'alerte, il est justifié par les enjeux d'un tel dispositif qui pourrait être dupliqué pour régler un ensemble de questions sociétales. La CNCDH souligne qu'il est à craindre l'accoutumance au recours aux outils numériques légitimés dans le contexte de protection de la santé publique, ouvrant à l'avenir l'usage de ce même type de mesures pour d'autres fins et justifiant une critiquable interconnexion élargie des fichiers⁶³ (B).

A) La proportionnalité des systèmes d'information de lutte contre l'épidémie

Le traitement de données pour dépister, identifier les malades et traiter les cas contacts. L'idée de ces deux fichiers est de permettre à de nouvelles brigades sanitaires, dénommées « ange gardien » par le ministre de la Santé, d'identifier et tester les patients, mais aussi de retracer leurs cas contacts, et de leur proposer un accompagnement médico-social. Cet accompagnement peut conduire à la mise en quarantaine ou l'isolement des patients à risque. Le dépistage s'organise dans le cadre d'une chronologie visant tout d'abord les

⁶³ CNCDH, *Avis sur le suivi numérique des personnes*, 28 avril 2020.

personnes présentant des symptômes d'infection, les personnels soignants ayant été en contact avec des personnes infectées, et les personnes ayant, au cours des dix jours précédents, assisté des personnes infectées au domicile de ces dernières. Le fichier *SIDEP* permet l'identification, le dépistage et le suivi des personnes infectées. Les laboratoires alimentent la base de données et les médecins prennent en charge les patients diagnostiqués positifs. L'alimentation de ce fichier suppose la collaboration active des médecins pour l'orientation des patients. Le second fichier *Contact Covid* permet aux brigades sanitaires d'identifier les cas contacts afin de proposer les mesures idoines. Ce dernier fichier impose notamment aux médecins de villes et établissements de santé de créer une fiche de suivi pour chacun de leurs patients testés positifs, et aux plateformes téléphoniques de l'Assurance maladie d'appeler les personnes à risque pour évaluer leur degré d'exposition⁶⁴. Il recenserait l'identité des cas contacts indiqués par le malade et des informations relatives au risque d'exposition. Les données collectées peuvent être traitées et partagées sans le consentement des intéressés dans le cadre de traitements mis en œuvre par le ministre de la Santé.

Une atteinte disproportionnée à la vie privée ? L'étude d'impact sur le texte de loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire dispose à l'égard de ces fichiers très controversés qu'il n'existait pas « *d'autre option que de permettre la création de systèmes et l'adaptation des systèmes existants à cette fin* »⁶⁵. Pour autant, la liste des données est considérée comme ouverte et poursuit de vastes finalités qui restent au demeurant clairement définies⁶⁶. La difficulté procède à la fois du nombre de personnes ayant accès à ces données dans la mesure où il existe trois niveaux de détection (par les médecins, la plateforme d'assurance maladie et par les ARS). A tous les niveaux, les implications de ce fichier doivent être évaluées. A titre d'exemple, la seule volonté de détecter les chaînes de

⁶⁴ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* 12 mai 2020 ; Décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁶⁵ Etude d'impact sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions relatives à son régime, 2 mai 2020, [<https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl19-414-ei/pjl19-414-ei.html>].

⁶⁶ - l'identification des personnes infectées, par l'organisation des examens de biologie médicale de dépistage et la collecte de leurs résultats ;

- l'identification des personnes présentant un risque d'infection, par la collecte des informations relatives aux contacts des personnes infectées et, le cas échéant, par la réalisation d'enquêtes sanitaires, en présence notamment de cas groupés ;

- l'orientation des personnes infectées, et des personnes susceptibles de l'être, en fonction de leur situation, vers des mesures médicales d'isolement prophylactiques, de mise à l'isolement ou en quarantaine (dont la violation sera pénalement sanctionnée), ainsi que le suivi médical et l'accompagnement de ces personnes pendant et après la fin de ces mesures ;

- la surveillance épidémiologique aux niveaux national et local, ainsi que la recherche sur le virus et les moyens de lutter contre sa propagation.

contamination est une atteinte à la vie privée, en ce qu'elle permet de vérifier que les citoyens ont bien respecté les règles de distanciation sociale notamment au regard du nombre de cas contacts. La CNCDH rappelle à ce titre que l'éventuelle conformité à la réglementation sur la protection des données à caractère personnel n'équivaut pas à un respect des droits et libertés fondamentaux. La constitution des fichiers mentionnés seraient susceptibles de présenter un risque transversal d'atteinte aux droits de l'Homme. Il convient d'y apporter un contrôle indépendant et un suivi dans le temps de ces mesures et éviter toute stigmatisation⁶⁷.

Pour autant, le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi considère que *« les conditions générales prévues par le législateur pour la mise en œuvre de ces traitements de données à caractère personnel ne portent pas, par elles-mêmes, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par les articles 2 de la Déclaration de 1789 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne méconnaissent pas les dispositions du RGPD »*. Tout en précisant que cet avis ne vaut qu'en *« l'état des informations qui lui ont été communiquées par le Gouvernement ainsi que des avis scientifiques sur lesquels celui-ci s'est appuyé, que les systèmes d'information autorisés sont nécessaires à la réalisation des finalités poursuivies. Il souligne cependant que cette nécessité devra être réévaluée périodiquement au vu de l'évolution de l'état de l'épidémie »*⁶⁸.

Les réserves émises par le Conseil constitutionnel. Tout en validant la loi de prorogation de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a rappelé que *« la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »*, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de données de santé dont la collecte n'a fait l'objet d'aucun consentement. Ces dispositions portent atteinte au droit au respect de la vie privée tout en poursuivant l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

De cette conciliation, il en résulte d'une part, qu'il est inconstitutionnel que des organismes assurant l'accompagnement social des personnes aient accès à des données médicales, en dehors du consentement des patients, dès lors que cet accompagnement n'est pas en lien avec l'objectif du fichier : la lutte contre la

⁶⁷ CNCDH, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020.

⁶⁸ [<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-prorogeant-l-etat-d-urgence-sanitaire-et-completant-ses-dispositions>].

pandémie. Par ailleurs, le juge constitutionnel émet trois réserves d'interprétation du dispositif pour déclarer le dispositif conforme en discrétisant les trois niveaux de détection. La première concerne l'exigence de suppression des noms et prénoms des personnes, de leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques et de leur adresse. Pour être conforme à la Constitution, cette suppression doit s'étendre aux coordonnées de contacts téléphoniques ou électroniques des intéressés. Il appartiendra au pouvoir réglementaire de définir les modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant une stricte confidentialité et notamment sur l'habilitation des agents chargés de participer à la mise en œuvre du système d'information. Par une troisième réserve d'interprétation, le Conseil note que le législateur a le droit d'autoriser le recours à des sous-traitants pour récolter les données médicales mais à condition qu'ils soient tenus à des exigences de confidentialité. Enfin, le Conseil rappelle que le dispositif de collecte des informations ne doit pas s'étendre au-delà du temps « strictement nécessaire » à la lutte contre la propagation de la pandémie ou au plus tard, au-delà de six mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.

L'article 11 « toilé », par le Conseil constitutionnel, de la loi n° 2020-546 encadre ainsi le partage des données quant à sa durée et ses finalités, renforce les droits des personnes concernées sur leurs données, impose un principe de minimisation dans la collecte ainsi que des garanties de confidentialité et un encadrement de l'action des sous-traitants et prévoit que les organismes qui pourront avoir accès aux données seront définis par décret pris en Conseil d'État. Il est prévu que le gouvernement adresse un rapport détaillé de l'application de ces mesures au parlement tous les trois mois, complété par un avis public de la CNIL.

A ce titre, la CNIL entend veiller à la pertinence et la conservation des données, et à l'utilité des données collectées par les brigades. La CNIL ne semble pas céder à l'urgence ou à la crainte de contamination, et fidèle à sa doctrine, elle veille à la protection des données personnelles conformément à la réglementation européenne renforcée par les marges de manœuvres laissées à la discrétion des autorités françaises. Reste la durée de vie de ces fichiers, et l'instauration d'un régime impensable, il y a seulement quelques années. La loi du 9 juillet 2020 vient allonger la durée de conservation des données collectées dans le cadre des systèmes d'information instaurés pour lutter contre l'épidémie. Ces données peuvent désormais être conservées pendant six mois maximum à partir du 10 juillet 2020 à des fins de surveillance épidémiologique aux niveaux national et local, ainsi que pour la recherche sur le virus et développer les moyens de lutter

contre sa propagation. La loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire⁶⁹ prévoyait initialement une durée de conservation des données de trois mois à l'issue de leur collecte. L'allongement doit être justifié pour chaque type de données, qu'elles soient ou non médicales, après avis public de la CNIL et du Comité de contrôle et de liaison Covid-19 chargé d'associer la société civile et le parlement aux opérations de lutte contre la propagation de l'épidémie par suivi des contacts ainsi qu'au déploiement des systèmes d'information prévus à cet effet. Un décret en Conseil d'État est prévu par la loi du 9 juillet pour en préciser les modalités. Ce dispositif ne sera donc pas éphémère...

B) La proportionnalité des systèmes d'alerte pour lutter contre l'épidémie de Covid-19

L'application *StopCovid*, créée par le décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, s'inscrit dans la stratégie de déconfinement mise en place depuis le 11 mai 2020. Il s'agit d'une application pour *smartphone* qui a pour objectif de limiter la diffusion du virus en identifiant des chaînes de transmission. Elle permet de prévenir les personnes qui ont été en contact avec une personne testée positive, de façon à ce qu'elles puissent être elles-mêmes testées et qu'elles se confinent le plus rapidement possible, si besoin, voire qu'elles soient prises en charge. L'idée est de limiter les *clusters*.

Cette application a ému l'opinion publique. Elle ne fait pas l'objet des mêmes garanties que les deux autres fichiers de *contact tracing*. Il n'existe pas de dispositif de contrôle institutionnel notamment pour en évaluer l'efficacité, comme le recommandait pourtant la CNIL dans sa délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020. L'articulation de ces différents systèmes numériques ne semble pas conforme à la loi du 11 mai 2020, qui exclut le développement d'applications de suivi des contacts telle que *StopCovid*⁷⁰. En effet, cette application a fait l'objet d'un texte spécifique pour la mettre en œuvre.

La position de la CNIL. Les réserves émises par la CNIL dans le cadre de sa délibération du 24 avril 2020, ont été prises en compte par le gouvernement. Si la conformité au RGPD ne semble pas poser de difficulté, c'est sous réserve de respecter certaines conditions : il est indispensable que la non-utilisation de l'application n'ait pas de conséquences négatives, notamment en ce qui concerne l'accès aux tests et aux soins. L'installation de l'application ne doit pas non plus conditionner l'accès à certains services, comme les transports en

⁶⁹ DC n°2020-800 DC du 11 mai 2020, loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁷⁰ *Idem*.

commun. Par ailleurs, cette application ne peut être déployée qu'à partir du moment où son utilité est avérée et qu'elle est partie prenante de la stratégie sanitaire ce qui suppose des moratoires réguliers. Ensuite, il appartient à la CNIL de vérifier le recueil du consentement et d'information des personnes ayant téléchargées *StopCovid*, ainsi que leur droit d'accès, d'opposition et à l'effacement des données pseudonymisées enregistrées. Ces contrôles couvriront toute la période durant laquelle l'application restera en vigueur.

Le dispositif doit rester transitoire. C'est ce que souligne la CNIL dans sa délibération du 25 mai 2020, relevant tout d'abord la nécessité de procéder à une réévaluation périodique de l'efficacité du dispositif. L'information fournie aux utilisateurs doit être améliorée notamment s'agissant des conditions d'utilisation de l'application par les familles et de l'effacement des données. La CNIL recommande enfin que l'intégralité du code source de l'application soit en libre accès. Le décret du 29 mai 2020 reprend certaines de ces recommandations, et déploie l'application *StopCovid*, à compter du 2 juin 2020 pour une période maximale de six mois au terme de l'état d'urgence sanitaire. Un rapport public sur son fonctionnement est attendu dans les trente jours suivant la fin de sa mise en œuvre, et au plus tard le 30 janvier 2021.

Une application fondée sur le volontariat, libre et gratuite. Un nombre résiduel de Français a activé l'application depuis le 2 juin et rien ne permet d'affirmer qu'ils l'utilisent, sachant que treize millions de français n'ont pas de smartphone. Si le volontariat reste la règle, l'efficacité du dispositif nécessite une adoption par plus de 60 % de la population. Ce constat a mis en perspective un paradoxe : ce dispositif qui fonctionne sur la base du volontariat pourrait se révéler moins proportionné qu'un dispositif obligatoire⁷¹. Il suppose pour fonctionner que deux personnes se croisent pendant une certaine durée, et à une distance rapprochée grâce au *bluetooth*. Le téléphone portable de l'un peut alors enregistrer les références de l'autre dans son historique. Si un cas positif se déclare, ceux qui auront été en contact avec cette personne sont prévenus de manière automatique. L'on voit tout à fait les limites territoriales d'un tel dispositif qui reste urbain, peu enclin à fonctionner dans le cadre des territoires ruraux. Le volontariat soulève également la délicate question du consentement libre et éclairé dès lors qu'il est soumis à la pression sociale. C'est bien là tout l'enjeu de l'application si le virus venait à se réactiver....

⁷¹ W. MAXWELL et C. ZOLYNSKI, « Protection des données personnelles », préc.