Les conséquences juridiques de la crise de la covid-19 pour les pouvoirs publics

Annoncée, voire attendue depuis des années, le monde connait actuellement la première épidémie globale de l'ère moderne, c'est-à-dire de l'ère de la mondialisation. Venue de Chine, il n'aura fallu que quelques semaines pour que ce nouveau coronavirus, la Covid-19, ne sème la panique à travers le monde et n'ébranle nos certitudes sanitaires, politique, économiques et sociales.

En France, nous avons d'abord assisté au déni. Ce que nous n'appelions pas encore la Covid était présentée comme une forme sévère de grippe, un virus saisonnier comme il en circule tous les hivers. Puis face à l'ampleur prise chez nos voisins européens, les autorités françaises ont basculé en quelques jours vers la panique : cette grippe se transformait alors en nouvelle Peste Noire s'apprêtant à tout dévaster. C'est dans ce contexte que furent décrétés l'urgence sanitaire et le confinement général. Enfin, la vague passée et les langues scientifiques se déliant, le coronavirus semble replacé à son juste niveau de gravité : une infection sévère qui met, certes, les autorités face à des défis nouveaux mais qui ne surpasse pas la dangerosité des pandémies du XXème siècle, grippe espagnole (1919), grippe asiatique (1957), grippe de Hong-Kong (1968).

Ce que révèle le vent de panique mondial, ce n'est pas que les virus tuent plus que par le passé, c'est que le monde a changé. En 1957, la grippe asiatique touche près de 10 millions de Français et fait 100 000 morts dans l'indifférence quasi-générale. Le 17 mars 2020, premier jour du confinement, seules 244 personnes sont officiellement décédées de la Covid-19.

La mort ne fait plus partie de nos vies, et c'est heureux, grâce aux progrès incessants de la médecine. Plus généralement les sociétés humaines du XXIème siècle n'acceptent plus le risque comme l'acceptaient les générations qui nous ont précédés. C'est finalement cela le véritable enjeu de la gestion du nouveau coronavirus : concilier l'arrivée d'une maladie nouvelle avec la société du zéro risque. Cette situation est amplifiée par la société de la transparence, où l'on dissèque jour après jour les chiffres de l'épidémie dans les médias et sur les réseaux sociaux.

A l'heure où la France semble affronter une nouvelle montée de cette épidémie et où de nouvelles mesures de restrictions sont prises, la question de la responsabilité des pouvoirs publics ressurgit dans l'actualité.

En France, l'article 5 de la Charte de l'environnement constitutionnalise le « principe de précaution » qui s'énonce ainsi : *« les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à la mise en œuvre d'application des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».* Le principe de précaution n'est pas seulement conçu pour la défense de l'environnement. Depuis au moins deux décennies il a été élargi plus généralement aux enjeux de santé publique.

L'urgence sanitaire contre les droits fondamentaux

Le gouvernement français fait le choix du confinement général. Le lundi 16 mars à 20h, le président de la République donne jusqu'au lendemain midi aux Français pour choisir leur lieu de « confinement ». A compter de ce moment, la liberté d'aller et venir, droit fondamental garanti par la constitution, est fortement restreinte au nom de « l'urgence sanitaire ».

La loi du 23 mars 2020 fait entrer ce nouvel état d'urgence dans le code de la santé publique. Désormais, il est loisible au gouvernement, qui constate une menace sanitaire grave, de restreindre provisoirement toute une série de droits fondamentaux parmi lesquels la liberté d'aller et venir, la liberté du commerce, la liberté d'entreprendre ou encore le droit de rassemblement. Les états d'exception ne sont pas étrangers au droit français : état de siège (article 36 de la Constitution), pouvoirs exceptionnels (article 16 de la Constitution), état d'urgence (loi du 3 avril 1955). Mais il s'agissait jusqu'alors de prévenir les atteintes à l'intégrité du territoire, à la sûreté nationale ou au fonctionnement des institutions, soit des cas où l'existence même de la France, comme nation souveraine, était menacée.

Pourtant, aucune des situations extrêmes citées ne prévoit d'aller aussi loin dans la restriction des droits fondamentaux que l'état d'urgence sanitaire, même si c'est en théorie possible avec l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Pour la première fois de notre histoire, un gouvernement faisait le choix, face à un risque, de compromettre l'équilibre économique et social du pays et d'assumer la plus brutale récession économique de l'après-guerre.

Le Conseil constitutionnel valide ce choix. Dans sa décision du 11 mai 2020 concernant la loi prorogeant l'urgence sanitaire, le Conseil juge que le législateur a assuré 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. Il faut rappeler que les objectifs de valeur constitutionnelle énoncés par le Conseil constitutionnel ont en principe une place inférieure dans la hiérarchie des normes aux droits et libertés fondamentaux[1]. En prenant une telle position, le Conseil constitutionnel fait de la pandémie de Covid-19 une situation d'une gravité extrême qui justifie la mise entre parenthèses de la protection des droits fondamentaux.

Doit-on réellement s'en étonner ? Le Conseil constitutionnel n'est pas une cour purement juridique. Du fait des règles de nomination, il est en même temps une instance politique qui sait s'adapter à l'air du temps et n'est pas adepte du scandale. Il s'est par exemple toujours refusé de juger les lois adoptées par référendum alors que le Constitution ne le lui interdit pas[2]. Le référendum est un choix politique dicté par la volonté populaire que les juges constitutionnels ne veulent pas remettre en cause, quand bien même il serait inconstitutionnel.

Il est incontestable que la culture du principe de précaution gagne du terrain dans la société. Or le confinement général a été l'expression de ce principe. Face à un mal inconnu, inquiétant, la société ne pouvait que prendre des mesures exceptionnelles. Les Français ont très largement soutenu l'état d'urgence sanitaire et ils ont accepté leur enfermement temporaire.

Selon un sondage YouGov réalisé les 17 et 18 mars, 93% des personnes interrogées étaient favorables aux restrictions de déplacement, à la fermeture de commerces et restaurants et aux sanctions en cas de sortie non justifiée. Même avec la marge d'erreur habituelle d'un sondage, l'état d'urgence sanitaire avait gagné. La « proportionnalité » des mesures gouvernementales était tacitement validée par l'opinion publique et le Conseil constitutionnel semble avoir acté ce fait.

Du principe de précaution à la responsabilité des gouvernants

La gestion de l'épidémie de Covid-19 est bien en réalité une conséquence du principe de précaution. Comme nous l'avons vu précédemment, ce principe

[1] Pierre de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel, 2006 n°20.*
[2] Décision DC n°62-20 du 6 novembre 1962 / Décision DC n°92-313 du 23 septembre 1992.

avait déjà été étendu dans le domaine de la santé publique. A ce titre, un arrêt de la Cour de justice de la communauté européenne à propos de l'embargo sur le bœuf britannique à la suite de l'épidémie de « Vache folle » est intéressant : *« il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »*[3].

La fin de l'attendu de la Cour est particulièrement forte car il permet d'agir même sans avoir à démontrer scientifiquement le bien-fondé des mesures. C'est exactement la situation que nous connaissons, même si l'état d'urgence sanitaire se donne une coloration scientifique avec la mise en place du désormais célèbre « Conseil scientifique ».

Cependant, il ne faut pas prendre cette résignation apparente de l'opinion pour de la simple résilience ou un blanc-seing donné au gouvernement. Il ne suffit pas d'énoncer un principe pour le rendre effectif. Le propre même du principe de précaution est d'éviter un risque. Si ce risque survient quand même, il doit y avoir des responsables. L'état d'urgence sanitaire est la réponse à la responsabilité administrative, civil et pénale des responsables politiques et des administrations.

La phrase qu'aurait prononcée le président de la République à l'égard du premier ministre Edouard Philippe, *« il gère son risque pénal »,* traduit vraisemblablement l'esprit qui a guidé les décisions. Par ailleurs plusieurs ministres font d'ores et déjà l'objet d'une plainte devant la Cour de justice de la République, entrainant des perquisitions le matin même de l'annonce du couvre-feu dans les villes les plus touchées par la reprise épidémique. Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel, amené à juger de la constitutionnalité de l'état d'urgence sanitaire, a lui-même fait l'objet d'une plainte comparable dans l'affaire du sang contaminé, ce qui explique peut-être pour partie sa position en faveur des mesures de restrictions.

La loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire évoque le risque pénal des personnes en responsabilité dans une disposition qui a parfois été interprétée, à tort, comme une clause d'exonération de responsabilité : *« 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*

[3] CJCE C-180/96, 5 mai 1998, Royaume-Uni c. Commission.

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 ».

Le faible risque de responsabilité des élus et des administrations

L'article 121-3 du code pénal rappelle qu'il peut exister des délits d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Un élu pourrait-il être attaqué sur ce fondement si des groupes de citoyens considéraient qu'il n'avait pas protégé sa population ? L'objectif constitutionnel de protection de la santé pourrait-il avoir des conséquences pénales ?

C'est bien ce que semblent craindre le gouvernement et les élus locaux et les a conduits à prendre des mesures extrêmes. Pourtant, le risque pénal est objectivement faible. Pour constituer, par exemple, un délit de contamination par imprudence d'un administré, il serait nécessaire d'une part de constater une faute de l'élu, et d'autre part d'établir un lien de causalité avec la conséquence de cette faute, la contamination. Depuis 2000, la Société mutuelle d'assurance des collectivités locales a comptabilisé environ 200 plaintes contre des élus pour mise en danger de la vie d'autrui ou d'atteintes involontaires aboutissant à 31 condamnations. Eu égard au nombre d'élus que compte la France, ce nombre est anecdotique.

Mais face à un risque nouveau, une épidémie mondiale, le gouvernement a craint une explosion du contentieux, notamment parce que les insuffisances de l'Etat ont rapidement éclaté au grand jour. Le président de la République a lui-même reconnu, lors de son allocution du 13 avril, des défaillances des pouvoirs publics et l'impréparation à une pandémie. Il y a de quoi donner des sueurs froides aux élus et aux administrations !

Le législateur a donc recadré l'article 121-3 du code pénal par l'article L.3136-2 du code de la santé publique. Une manière de rassurer les élus locaux alors que la seule nouveauté de l'article en question est la prise en compte du contexte de crise sanitaire pour juger de la responsabilité d'un élu[4]. Cette nouveauté étant elle-même très relative car la jurisprudence prend déjà en

[4] Pierre Januel, « Responsabilité pénale des élus et câlinothérapie de l'Etat », *Dalloz Actualité*, 4 juin 2020.

compte le contexte pour juger les responsabilités pénales. Pour le dire trivialement, le gouvernement a fait de la câlinothérapie auprès des élus locaux.

Sur le plan de la responsabilité civile, nous sommes obligés de constater qu'il sera difficile pour des victimes de la Covid-19 d'obtenir une quelconque réparation de l'État en compensation d'une contamination survenue ces dernières semaines. Bien sûr, les services de santé n'étaient pas prêts mais caractériser une faute et un lien de causalité avec un dommage, concernant une infection pour laquelle les médecins eux-mêmes sont dans l'expectative, sera extrêmement difficile. Seuls des cas isolés, très particuliers pourraient aboutir à des condamnations.

En sera-t-il de même avec la reprise actuelle ? C'est peut-être aujourd'hui que nait le véritable risque. Premièrement, l'État ne pourra pas invoquer un cas de force majeure pour exonérer sa responsabilité car il est au courant que ce virus continue de parcourir le monde. Deuxièmement la recherche sur le virus progresse, son comportement est de mieux en mieux cerné. Les médecins ont désormais une idée plus nette des mesures sanitaires à prendre et des protocoles à envisager. Les hôpitaux, débordés lors de la première vague, ont normalement été préparés à une seconde. L'opinion publique comprendrait mal un nouveau cataclysme dans les services de réanimation.

Dans ce contexte, il n'est pas anodin que le gouvernement ait tant de prudence à redonner sa plénitude aux libertés fondamentales. Au contraire, les chiffres se dégradant, c'est une nouvelle série de restrictions qui a été annoncée le 14 octobre par le président de la République. N'oublions pas qu'en droit de la responsabilité civile, il existe des causes de minoration de responsabilité lorsque la victime n'a pas elle-même été suffisamment diligente. Lorsque l'on dit aux petits-enfants de ne pas embrasser leurs ainés ou à des collègues de travail de ne pas se serrer la main, n'est-ce pas une façon de responsabiliser aussi les Français ? Idem pour les entreprises. Le législateur, en imposant des règles sanitaires strictes dans le cadre du déconfinement, reporte en réalité une part de sa responsabilité sur les citoyens et les acteurs de la vie économique.

Conclusion

En conclusion, face à ce risque nouveau qu'a constitué l'épidémie de Covid-19 et à l'augmentation du risque contentieux à mesure que ce virus aura été appréhendé par la médecine et les administrations, le gouvernement a ouvert tous les parapluies pour protéger les pouvoirs publics. Il a pris des mesures extrêmes, avec l'assentiment des Français. Mais il a aussi partagé la responsabilité entre tous les acteurs de la société : pouvoirs publics, administrations, entreprises, associations, individus. En agissant ainsi, il écarte presque à coup sûr le risque de condamnation pénale ou civile. Néanmoins, en voulant donner l'impression de tout pouvoir contrôler, le gouvernement s'est placé dans une situation « d'Etat-nourrice » qui peut *in fine* devenir risquée. En poussant très loin l'objectif de protection de la santé publique et le principe de précaution, il crée un précédent qu'il sera difficile de circonscrire et qui s'avérera peut-être contraire à la protection qu'il a voulu offrir aux élus.

Note rédigée par Maxime Vergnault

Le Millénaire est un groupe de réflexion spécialisé sur les questions de politiques publiques. Il porte un projet gaulliste, réformateur, disruptif et guidé par l'intérêt national. Il est composé d'une cinquantaine de contributeurs de divers horizons - cadres du privé, du public, chercheurs, chefs d'entreprises - et chacun expert dans son domaine.

Président : William THAY
Vice-Président : Gilles BÖSIGER
Secrétaire générale : Marion PARISET

Directeur des études : Jean-Claude BERNARDON
Directeur des affaires publiques : Emeric GUISSET
Directrice de la communication : Alexandra MONET

Communication : communication@lemillenaire.org
Presse : presse@lemillenaire.org

Et pour suivre toutes les actualités du Millénaire :
http://lemillenaire.org

Mentions légales *: L'ensemble de ce rapport relève de la législation française et internationale sur le droit d'auteur et de la propriété intellectuelle. Tous les droits de la reproduction sont réservés à l'association « Le Millénaire », la reproduction de tout ou partie de ce rapport sur quelque support que ce soit est formellement interdite sauf autorisation expresse du Président de l'association.*