



AAPDI BRIEFING PAPER SERIES

International Law Policy Brief No5

COVID-19 ET LE DROIT INTERNATIONAL : FAIRE FACE A LA CRISE ET IMAGINER L'AVENIR EN AFRIQUE

Jean Baptiste HARELIMANA





INTRODUCTION

La question des pandémies est aujourd'hui devenue un enjeu majeur dans l'agenda politique internationale et un des défis du XXI^{ème} siècle que nos sociétés mondialisées doivent relever. Le Covid-19 est un défi inédit adressé à l'humanité tout entière. Un défi économique, sanitaire et sociétal face aux conséquences du confinement mis en place au sein de nombreux pays, et au ralentissement de l'économie mondiale. En l'espace de quelques semaines, la phase de mondialisation la plus profonde de l'histoire, tant sur le plan commercial, que financier ou encore touristique, s'est brutalement interrompue. En cela, l'épidémie a en commun avec la question du climat qu'elle nous rappelle que nous sommes tous dans le même bain et que nous ne nous en sortirons qu'ensemble. Elle doit être traitée comme un moment de rupture qui apportera des changements majeurs dans nos vies, nos sociétés et notre monde.

L'Afrique est relativement peu touchée pour le moment mais ce n'est qu'une maigre consolation. L'Union africaine s'est heureusement engagée à soutenir une réponse coordonnée à l'échelle du continent¹. La plupart des pays ont déjà adopté des mesures fermes pour ralentir la propagation du virus et sont prêts à aller plus loin si nécessaire. La plupart des pays d'Afrique ont mis en place des mesures de prévention immédiate comme la fermeture des frontières aériennes, terrestres et maritimes, la mise en place de couvre-feux, l'interdiction de rassemblements, la fermeture des lieux de culte, des écoles, des restaurants et des cafés. Les affres inquiétantes du Covid-19 invitent à tracer des perspectives d'avenir, en proposant des alternatives durables aux mesures actuelles. « La plus grande gloire n'est pas de ne jamais tomber, mais de se relever à chaque chute ». Disait feu Nelson Mandela.

Du point de vue du droit international, si l'on veut éviter la reproduction de ce type de situation, les régimes juridiques que nous connaissons actuellement ne pourront pas ignorer cette rupture. Le commerce international est essentiel pour garantir l'accès aux médicaments et autres produits médicaux : aucun pays n'est entièrement indépendant quant aux produits et aux matériels dont il a besoin pour son système de santé publique. Aussi, la question du rôle de l'OMS à l'avenir est soulevée entre une organisation scientifique et technique, dont la crédibilité est affectée, et une organisation politique et normative, dont la légitimité est plus aujourd'hui qu'hier questionnée.

Passés le temps de la stupéfaction et le long effort d'accommodation du regard à une crise sanitaire inédite, le temps de la réflexion et de l'intelligence collective doit reprendre ses droits. Non pour dominer les événements de toute la hauteur d'analyses définitives – qui le pourrait ? – mais pour s'efforcer de mettre en partage les réflexions, observations, témoignages et questionnements que suscitent, chez chacun d'entre nous, les développements de l'épidémie et les multiples conséquences qu'elle aura aussi bien à court qu'à moyen et long terme.

¹ Voir, Mutoy MUBIALA, « L'union africaine et la lutte contre les pandémies », in : *Révue Congo-Afrique*, 2020 (à paraître), voir également son article : « Le rôle des organisations régionales africaines dans la lutte contre les pandémies », in Thibaut Fleury-Graff, Guillaume Le Floch (dir.), *Santé et droit international, Actes du colloque de Rennes 1 de la SFDI* (Pedone, 2019).



Quel est le rôle du droit et quels sont les défis juridiques liés à la crise du Covid-19 ? Quelles sont les pistes de réflexion à approfondir dans la perspective de changement des paradigmes actuels de gouvernance globale ? L'objet de cette contribution est, d'une part de s'interroger sur les réponses apportées à la crise par les gouvernements et les sociétés. D'autre part d'essayer de tirer parti de « cette expérience de la réalité » pour mieux réfléchir à des défis juridiques liés à la crise du covid19.

I. L'AFRIQUE A L'EPREUVE DU COVID-19

La flambée du covid-19 constitue toujours une urgence de santé publique de portée internationale. Les Plans de Riposte visant à endiguer la propagation de la maladie mettent sous tension le fonctionnement habituel de l'ensemble des secteurs du pays : administration, commerce, agriculture, santé, éducation, etc. Les services de santé présentent de nombreuses fragilités structurelles et se trouvent souvent sous pression en situation normale. La plupart des pays manquent de médicaments, de personnel soignant, d'équipements de protection et, ont des capacités d'accueil limitées en soins intensifs.

1.Des facteurs d'aggravation de la crise

Outre des infrastructures sanitaires exsangues dans la plupart des pays africains, la situation sur le continent peut constituer à certains égards un frein dans la lutte contre la COVID-19. Sur le plan sanitaire d'abord, les conditions d'accès à l'eau et aux produits d'hygiène de base restent en effet encore problématiques, puisque 63 % de la population en Afrique subsaharienne (258 millions de personnes) établis dans les centres urbains ne peuvent pas se laver les mains avec du savon, selon l'Unicef. Ensuite, l'éclosion du coronavirus en Afrique vient s'ajouter à d'autres maladies qui sévissent sur le continent : les maladies infectieuses comme le sida, le paludisme et la tuberculose font toujours des ravages, tandis que les maladies chroniques (le diabète, la drépanocytose, l'hypertension), les accidents vasculaires cérébraux, les maladies cardiovasculaires, concernent une population de plus en plus importante, en raison notamment de l'urbanisation, la sédentarisation, l'alimentation plus riche, l'alcool, le tabagisme, la pollution automobile et industrielle, etc. Au nord-est de la République Démocratique du Congo (RDC), la dixième épidémie de fièvre hémorragique à Ebola touche à peine à sa fin après avoir causé la mort de plus de 2 000 personnes.

Dans la lutte contre la propagation de la COVID-19 en Afrique, le nombre très limité de kits de dépistage représente indéniablement le principal obstacle à la mise en place d'une action efficace et concertée entre les acteurs publics et privés. Le financement de la santé est donc fortement dépendant de l'aide extérieure qui se manifeste par des investissements en termes d'infrastructures, d'équipements et de formations des agents de santé. Compte tenu de la forte demande de fournitures médicales dans le monde, l'aide nécessaire pour soutenir les États africains face aux difficultés dues au Covid-19 risque d'être insuffisante².

² La Chine, par exemple, a acheminé des milliers de kits de dépistage sur le continent dont 2 000 ont été remis au Centre africain de prévention et de lutte contre les maladies (CDC Afrique) de l'Union africaine. Le milliardaire chinois Jack Ma, quant à lui, a fait parvenir 5,4 millions de masques médicaux et 1,08 million de tests de dépistage, la livraison étant arrivée dimanche 22 mars à l'aéroport international d'Addis-Abeba.



2. Impact du Covid-19 sur la stabilité économique et politique en Afrique

Une récession mondiale d'une ampleur encore sans précédent se profile à l'horizon. Au-delà de la tragédie humaine causée par le Covid-19, l'impact déstabilisateur de la crise sanitaire se voit largement renforcé par l'impact économique démesuré induit par le ralentissement de la croissance mondiale. Le commerce mondial devrait enregistrer une baisse comprise entre 13 % et 32 % en 2020. La Banque mondiale table sur une récession en Afrique subsaharienne entre -2,1 % et -5,1 % en 2020, la plus forte depuis 25 ans. Plusieurs économistes et institutions internationales soulignent également que cette crise aura un impact très négatif sur la croissance économique mondiale³. Alors que les chaînes de valeurs mondiales sont à l'arrêt, handicapant fortement les entreprises industrielles, les licenciements massifs et l'effondrement éventuel des transferts des migrants accroîtraient la crise économique.

Les secteurs touristiques, commerciales sont plus touchés au regard des retombées qu'ils peuvent générer, lesquels sont immédiatement ressentis par les ménages mais aussi par les Etats. Partant de ce constat, les pays situés en bordure de la zone maritime, les contrecoups de cette pandémie peuvent être désastreux surtout que le secteur du transport connaît un ralentissement ne pouvant plus jouer un rôle catalyseur de développement économique malgré l'édification d'infrastructure. Par ailleurs, les régions qui jadis constituaient entre elles, un relai et remède de la disparité des niveaux de développement sont enfermées ou entrecoupées. Quant aux pays sans aucune ouverture maritime, le risque de contamination étant élevé plonge les économies à dépendance étroite dans une crise accentuée par la faiblesse de l'interconnexion.

Le secteur du tourisme, véritable levier de développement pour certains pays car générateur de devises étrangères, d'emploi ou encore d'infrastructures, est en berne. Des secteurs connexes tels que l'hôtellerie et la restauration sont fermés. La production nationale s'effondre et le flux de denrées agricoles des campagnes vers les villes diminue en raison d'une perturbation des transports routiers. De nombreuses petites entreprises rurales connaissent des difficultés à cause du retard ou de la non vente de leurs produits. Les activités économiques affectées sont de nature à compromettre d'une part les taux de croissance économique escomptés d'autre part l'atteinte des Objectifs du développement durable (ODD).

Le prix du pétrole, ressource qui représente 40 % des exportations africaines, a diminué de moitié et d'autres exportations majeures de l'Afrique, comme les textiles et les fleurs, se sont effondrées. Le tourisme - qui représente jusqu'à 38 % du produit intérieur brut (PIB) de certains pays africains - est pratiquement à l'arrêt, tout comme l'industrie aérienne qui y contribue.

3. Impact du Covid-19 sur le transport aérien en Afrique

³ Voir comme exemple le rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE) sur le coronavirus intitulé : « Coronavirus : l'économie mondiale menacée »



La crise engendrée par le COVID-19 a bouleversé l'ordre de l'économie mondiale. Le transport aérien a une responsabilité toute particulière dans ce phénomène en raison de l'explosion des flux de passagers aériens, dont le nombre a quadruplé en 25 ans pour atteindre 4,3 milliards en 2018. Elle montre à quel point les économies sont très interdépendantes, vulnérables et ne sont pas préparées à faire face à un choc sanitaire de cette ampleur. La diffusion des virus et sa vitesse sont directement fonction des flux humains, lesquels dépendent de la nature des moyens de transport de l'époque. L'aviation commerciale à titre principal pour la pandémie de Covid-19 en 2020. Le 14 avril dernier, l'Association internationale du transport aérien (IATA) annonçait que la baisse du chiffre d'affaires des compagnies aériennes pourrait atteindre 314 milliards de dollars en 2020, une baisse de 55 % par rapport à 2019. En avril, le nombre de vols a diminué de 80 % par rapport à l'an dernier.

Que la pandémie de Covid-19 cloue désormais au sol 75 % à 95 % de la flotte commerciale mondiale est le revers de la même pièce. A. de Juniac, directeur de l'Association internationale du transport aérien (IATA), craint ainsi que la moitié des compagnies aériennes soit en risque de faillite à courte échéance, si les États ne vont pas à leur secours.

L'Afrique représente un immense potentiel de développement de l'aviation commerciale. Le continent abrite 15 % de la population mondiale et constitue 20 % de la masse continentale dans le monde et pourtant, le secteur de l'aviation est restreint et ne représente que 3 % du marché mondial. Le secteur de l'aviation en Afrique a enregistré ces dernières années des taux de croissance annuels élevés (4,8 %) et se caractérise par un fort potentiel de croissance, comme en témoignent les tendances démographiques et l'extension de la masse continentale. Pourtant, le secteur du transport aérien africain est confronté à de nombreux défis faisant obstacle au développement du secteur.

Au début des années 1960, de nombreux États africains nouvellement indépendants ont créé leurs propres compagnies aériennes nationales, en partie dans le but d'affirmer leur statut de nations indépendantes. Un Marché unique des transports aériens africains (SAATM) a été créé en janvier 2018 à cette fin et constitue l'un des projets phares de l'Agenda 2063 de l'UA. En effet, les compagnies aériennes non africaines contrôlent actuellement environ 80% du trafic aérien en provenance et à destination de l'Afrique et prennent en charge environ 80% du trafic intercontinental à destination et en provenance de l'Afrique. La SAATM facilitera également la réalisation du passeport africain et la libre circulation des personnes et des biens, ainsi que la création de la zone de libre-échange continentale (CFTA). La mise en œuvre du SAATM, qui est similaire au marché unique de l'aviation de l'UE, contribuerait grandement à rendre les voyages aériens en Afrique plus compétitifs en réduisant les politiques protectionnistes.

Depuis que sévit le coronavirus, on assiste à un effondrement mondial du transport aérien. Alors que l'Afrique semblait jusqu'ici épargnée, ses compagnies commencent à subir de plein fouet les effets de la crise sanitaire. On savait d'avance, selon les prévisions de l'IATA formulées l'an dernier, qu'elles devaient enregistrer une perte collective de 200 millions de dollars en 2020. Mais la survenue de la pandémie fait désormais craindre le pire pour la plupart d'entre elles. En marge du récent sommet Avia Africa, le 4 mars 2020 à Addis Abeba, l'International Air Transport Association (IATA) indiquait que les compagnies africaines devraient collectivement perdre environ \$ 400 millions en raison



de ce qui était jusqu'ici une épidémie. Mais au regard de l'ampleur de la propagation, ces dernières semaines, l'institution table désormais sur des pertes plus importantes.

La plupart des transporteurs africains sont en réalité des compagnies régionales. L'Afrique du Sud, l'Égypte, le Nigeria et le Kenya pourraient être les plus grands marchés du transport aérien unifié en Afrique, tandis que l'Éthiopie conserverait sa position de principal opérateur des voyages aériens entre l'Afrique et le reste du monde. Rappelons que l'aviation en Afrique contribue à hauteur de 72 milliards de dollars au PIB du continent et soutient près de 6,8 millions d'emplois directs et indirects. C'est toute l'industrie et ses secteurs affiliés qui jouent désormais leur survie. Avec la crise sanitaire liée au Covid-19, tous les pays africains ont fermé leurs aéroports. Les compagnies aériennes ont immobilisé leurs avions au sol. A l'exception de quelques vols d'avions-cargos, toutes les liaisons régionales et internationales ont été annulées. Du jamais vu. Sans le moindre revenu, certaines sont tout simplement condamnées à disparaître, redoute l'Association des compagnies aériennes africaines (AFRAA).

Avec l'avènement du Covid-19, la chute des cours du pétrole altère les capacités financières des pays dont les revenus du pétrole sont relativement importants. D'une façon générale, le ralentissement de l'économie chez les partenaires principaux, se traduit par une réduction de la demande de ces pays, notamment de la demande de matières premières dont les prix sont très sensibles à la demande. Cette situation qui entraîne une réduction des investissements dans les secteurs de l'énergie, des mines, mais surtout dans les programmes sociaux, d'éducation et de santé publique, avive les tensions sociales et risque d'ébranler encore plus profondément le contrat social.

4. L'impact de la pandémie COVID-19 sur les droits de l'Homme

Cette pandémie de la Covid-19 représente probablement la plus grave crise sanitaire depuis un siècle et cet événement ouvre indéniablement une nouvelle période créatrice d'un ordre international inédit. Au-delà de l'aspect sanitaire, il gangrène pays par pays, région par région, les schémas sociaux quotidiens et des pans entiers d'activités économiques. La crise liée au Covid-19 est un rappel brutal de l'importance d'assurer un progrès durable en matière de jouissance des droits sociaux, notamment par le développement de services de santé publique universels. La pandémie montre concrètement l'indivisibilité des droits de l'homme. En effet, le confinement nous démontre une fois de plus que les droits économiques, sociaux et culturels, tels que le droit à l'alimentation, le droit à la santé, le droit au logement, le droit au travail ou le droit à l'éducation sont aussi cruciaux que les droits civils et politiques.

Comme il s'agit d'une crise sanitaire, ce qui figure en premier dans la liste des droits remis en cause, c'est le droit à la santé et le droit d'avoir accès aux soins de santé. La tentation de tout sacrifier à la lutte contre la pandémie et de perdre le sens des principes juridiques existe inévitablement. Le droit international des droits de l'homme reconnaît en effet que dans le cadre de graves menaces pour la santé publique et en cas d'urgences publiques menaçant la vie de la nation, les restrictions de certains droits peuvent être justifiées si elles ont une base légale et sont strictement nécessaires, si elles s'appuient sur des preuves scientifiques qui ne sont ni arbitraires, ni discriminatoires dans leur application, et si elles sont limitées dans la durée, respectueuses de la dignité humaine, sujettes à



examen et proportionnées en vue d'atteindre l'objectif fixé. Dans un contexte de montée du nationalisme, du populisme, de l'autoritarisme et d'un recul des droits de l'homme dans certains pays, la crise peut fournir un prétexte pour adopter des mesures répressives à des fins sans rapport avec la pandémie. C'est inacceptable », a déclaré M. Guterres, qui a appelé les gouvernements à être - « plus que jamais » - transparents, réactifs et responsables⁴. Le contexte actuel lié au Covid-19 menace la stabilité des pays et risque de générer des tensions internes supplémentaires dans les États fragiles. Une propagation du virus dans ces États, marqués entre autres par des structures de santé défaillantes, des équilibres sociaux fragiles et une faible résilience économique face aux chocs, serait difficile à endiguer, et aurait des conséquences encore plus dramatiques que celles observées ailleurs.

Les décisions de fermetures des écoles et l'impossibilité d'une formation à distance pour cause de technologie défaillante, font perdre aux élèves des occasions d'apprendre, constituant par ricochet un accélérateur des inégalités sociales qui sont déjà profondes. Il faut relever également tout un éventail d'autres droits sociaux fondamentaux touchés par la pandémie, notamment le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail ou les droits des enfants et des personnes âgées, auxquels les autorités doivent prêter attention.

En l'absence de vaccin contre le Covid-19, partout dans le monde, les gouvernements cherchent à endiguer la propagation du virus. La plupart d'entre eux ont décidé de recourir à la stratégie du confinement. Si le confinement semble la solution idoine contre la propagation du virus, sa mise en œuvre nécessite des filets de sécurité sociale adéquats de la part de l'autorité publique pour atténuer les impacts sur les moyens de subsistance.

II. LE MONDE FACE AU CORONAVIRUS : LE ROLE DU DROIT

Face à la transmission rapide du virus Covid-19 à partir de janvier 2020, la menace d'une pandémie mondiale a incité nombre d'États à restreindre drastiquement les libertés publiques. L'emploi de la notion d'« État d'exception » a le mérite de s'intéresser aux liens constitutifs entre politique et droit, problématique que le droit international ne peut éluder. Cette pandémie de la Covid-19 ouvre indéniablement une nouvelle période créatrice d'un ordre international inédit. Il s'agit ici d'une expérience sociale sans précédent en temps de paix. Des institutions de toutes natures, adoptent des normes d'impérativité variable, sans réelle articulation entre elles, si ce n'est de manière lâche au sein du système des Nations-Unies. Leur foisonnement donne une impression de désordre qui nuit à l'effectivité. Et pourtant selon F. WOLF : « *la sève qui alimente le droit international est de provenance variée et ne peut qu'être le produit d'éléments multiples se complétant harmonieusement les uns les autres* ». ⁵ Une « lecture harmonieuse » tendant à la cohérence et la coexistence entre divers instruments internationaux s'impose. Notre démarche sera ici celui de l'archéologue du droit, en ce sens qu'il faut fouiller dans les confins de plusieurs régimes juridiques pour évaluer le degré et la portée de leurs interactions.

⁴ <https://news.un.org/fr/story/2020/04/1067342>

⁵ F. WOLF, « L'interdépendance des conventions internationales du travail », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1967, p.119.



1. Le Règlement sanitaire international et les pandémies

L'OMS est une organisation internationale spécialisée qui soutient les États dans leur développement sanitaire et le renforcement de leurs services de santé. Elle établit également des normes et standards internationaux, mène des actions de formation de personnel, de promotion de la recherche, et de surveillance des épidémies. Combinés à l'article 2 (k) de la Constitution, les articles 19 à 23 confèrent à l'OMS la compétence d'adopter des conventions ou accords, des règlements et des recommandations. Selon la catégorisation traditionnelle en droit international public, ces instruments juridiques sont dit contraignants ou *hard law* (conventions ou accords et règlements) ou non contraignants ou *soft law* (recommandations, standards, principes directeurs, guidelines, stratégies). En d'autres termes, les instruments contraignants, une fois adoptés, ont force contraignante c'est-à-dire qu'ils intègrent des obligations qui s'imposent aux États signataires. À la différence des instruments non contraignants qui ne prévoient simplement en général que des aspirations soumises à aucune obligation contraignante.

Enfin – et surtout dans le cadre de la crise actuelle – le Règlement sanitaire international (RSI), adopté en 1951 mais dont la dernière version date de 2005, impose aux États membres de l'OMS de très nombreuses obligations afin de « prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux » (Art. 2). Ces obligations sont, notamment, des obligations de surveillance et de notification de « tout événement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale » (Art. 6§1).

Il s'agit, notamment, de procéder à une déclaration d'urgence sanitaire en cas de maladie infectieuse, répondant à certains critères ; de partager les informations de manière prompte et transparente ; d'échanger les données épidémiologiques ; de mettre en commun les avancées de la recherche ; de procéder au renforcement des systèmes nationaux de santé. Son article 6 impose à chaque État d'évaluer les événements qui surviennent sur son territoire au moyen d'un algorithme et de notifier à l'OMS, dans les 24 heures suivant l'évaluation, tout événement pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale, ainsi que toute mesure sanitaire prise face à ces événements. Le texte du Règlement indique expressément que le SRAS fait partie de la catégorie des maladies à déclaration obligatoire, qui doivent automatiquement être notifiées à l'OMS sans qu'il soit besoin de recourir à l'algorithme.

Le RSI couvre de nombreux pans du droit international, qu'il s'agisse du droit international du commerce, du droit international des accidents nucléaires ou radioactifs, du droit du transport aérien, du droit international des droits de l'homme, du droit international du terrorisme ou du droit international de la santé animale, etc⁶.

Le droit international des droits de l'homme s'est converti en un *corpus juris* pour la protection des êtres humains, constitué d'une multiplicité d'instruments qui opèrent au

⁶ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale : réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005. In: Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles : Bruylant, 2007. p. 1179.



niveau régional et universel et qui montrent qu'il existe une unité fondamentale quant à leur conception et leur finalité.

Ces instruments reconnaissent le droit à la santé. Il en découle des obligations pour les États, dont certaines sont fonction de leur niveau de développement, notamment celle d'informer les personnes concernées de l'existence de risques pour leur santé dès que ceux-ci sont connus ou encore celle de mettre en place un système sanitaire adéquat, capable de faire face à des situations d'urgence (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 de 2000). La constitutionnalisation progressive de ces droits a induit une transformation dans la manière dont l'État se conçoit ou est conçu, ces droits représentant, fondamentalement des obligations pour ceux-ci. Le préambule de la Constitution sert de source également à la reconnaissance a posteriori d'un droit à la santé en considérant que "la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale et participe de l'ancrage du principe de respect des droits de l'homme comme éléments constitutifs de l'ordre public international. Il est plus que jamais nécessaire de cerner l'étendue de l'amplitude et la force normative de ces corpus juridiques.

La responsabilité d'un État ne peut être engagée que s'il a commis un fait internationalement illicite. Les mesures prises par la Chine pour lutter contre la maladie ont été inexistantes dans un premier temps – elles ont plutôt consisté à faire taire les premières alertes – et la notification de l'épidémie à l'OMS, le 31 décembre 2019, soit plusieurs mois, semble-t-il, après les premiers cas, a été trop tardive.

Les tracas des médecins lanceurs d'alerte et la répression qui a frappé les « journalistes-citoyens » continuent d'ailleurs de servir à beaucoup d'observateurs comme explications du retard pris par le gouvernement pour révéler l'épidémie et mettre en place les premières mesures pour y remédier. Ces carences ont entraîné un retard dans la prise de mesures de confinement et ont au moins contribué à la propagation mondiale du virus qui a contraint l'OMS à reconnaître l'existence d'une pandémie le 12 mars 2020. Pour l'heure, la question de la responsabilité internationale de la Chine, qui soulève celle de la réparation des dommages subis, va très certainement se poser, puisque, selon toute vraisemblance, la Chine a gravement manqué à ses obligations internationales⁷. Certains analystes ont déjà envisagé la saisine de la Cour internationale de justice (CIJ)⁸. L'article 56 du Règlement régit également le règlement des différends qui pourraient résulter de l'interprétation ou de l'application (ou les deux) du Règlement. L'article 75 de la constitution de l'OMS prévoit que : « toute question ou différend concernant l'interprétation ou l'application de cette constitution qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou par l'Assemblée de la Santé, sera déféré par les parties devant la Cour Internationale de Justice conformément au statut de ladite cour, à moins que les parties intéressées ne conviennent d'un autre mode de règlement ».

7 Il convient de rappeler à ce niveau que la Cour de justice a condamné le manque de transparence de l'agence européenne de sécurité alimentaire (EFSA) dans l'affaire du glyphosate. En annulant une décision de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), le tribunal a confirmé que « l'intérêt du public à accéder aux informations » en matière d'environnement était supérieur aux intérêts commerciaux.

8 Peter Tzeng, Taking China to the International Court of Justice over COVID-19, Blog of the European Journal of International Law, April 2, 2020.



Selon le professeur Thibaut Fleury Graff, trois possibilités principales d'engagement de la responsabilité de la Chine sont théoriquement envisageables : la voie juridictionnelle internationale, la voie juridictionnelle interne ou, enfin, certaines options non-juridictionnelles. Les dernières sont les plus probables : « *Les voies juridictionnelles, internationales ou internes, sont assez certainement vouées à l'échec, pour deux raisons : d'une part, la Chine ne reconnaît pas la compétence de la Cour internationale de Justice, ce qui exclut la compétence de celle-ci ; d'autre part, si une action devait être intentée devant des juridictions internes hors de la Chine, comme cela est déjà **le cas au Missouri**, elle se heurterait à l'immunité de juridiction dont jouissent les États sur le fondement de la coutume internationale. Reste donc la voie non-juridictionnelle, qui peut prendre elle-même plusieurs formes : si des sanctions du Conseil de Sécurité sont hors de propos puisque la Chine dispose, en sa qualité de membre permanent, d'un droit de veto, il est possible aux États d'adopter, de manière unilatérale, des sanctions – économiques notamment – visant l'État auquel une violation du droit international est imputable* »⁹.

À ce stade, on peut déjà conclure que les performances de l'OMS ont été fortement entravées par une insuffisante communication d'informations par la Chine et par sa posture officielle de déni, à l'œuvre jusqu'au 20 janvier¹⁰. Depuis la pandémie du VIH/Sida et la flambée épidémique d'Ébola, les crises sanitaires sont entrées dans la sphère des compétences du Conseil de Sécurité des Nations unies.

La riposte face au Covid-19 aurait pu amener le conseil de sécurité à se prononcer contre ce fléau. Le silence assourdissant du Conseil de sécurité des Nations Unies, dont la Chine assurait la présidence au mois de mars 2020 et au sein duquel elle possède un droit de veto, peut se comprendre sur ce registre. Jusqu'à la fin du mois de mars 2020, la Chine et la Russie (membres permanents) et l'Afrique du Sud (membre non-permanent) continuaient de s'opposer à voir le Conseil de Sécurité se saisir d'un sujet dominé par la santé et qui, de leur avis, ne constitue pas une menace pour la paix et la sécurité dans le monde. Ce n'est que le jeudi 09 avril 2020 que le Conseil de Sécurité a réussi à tenir sa première réunion spécialement consacrée à la pandémie. Toutefois, aucune résolution n'a été adoptée.

C'est dans ce contexte que le Président américain, après avoir régulièrement critiqué l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour sa gestion de la crise mondiale provoquée par le coronavirus, a annoncé la suspension de la contribution américaine à l'OMS, coupable à ses yeux d'avoir commis de nombreuses « erreurs » sur le coronavirus et d'être trop proche de la Chine. « Le monde a reçu plein de fausses informations sur la transmission et la mortalité » du Covid-19, a lancé le président américain dans un long et

⁹ Thibaut Fleury Graff, Covid-19 et droit international : la Chine peut-elle être tenue juridiquement responsable de la crise sanitaire ? <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/covid-19-et-droit-international-la-chine-peut-elle-etre-tenue-juridiquement-responsable-de-la-crise-sanitaire-par-thibaut-fleury-graff/>
¹⁰ On se souviendra ici la crise de l'OMS qui, en 1970, et pour la première fois de son histoire, avait à communiqué publiquement la présence d'une pandémie de choléra en Guinée sans attendre l'accord des autorités de ce pays. Cette époque correspondait à l'entrée en vigueur d'un nouvel ensemble de régulations concernant la santé au niveau international – le Règlement Sanitaire International de 1969 (OMS, 1969). Cette intervention, qui fut ouvertement critiquée par les pays membres, la communauté internationale et les autres institutions onusiennes, a vivement rappelé à l'OMS sa subordination face aux États-nations et la prépondérance de la souveraineté nationale dans le droit international. La gouvernance internationale de la santé sous l'égide de l'OMS fut grandement affectée par cet événement et fit perdre presque instantanément toute substance et crédibilité au RSI de 1969. Elle a aujourd'hui la capacité et le mandat de déclarer les alertes pandémiques dont elle suspecte la présence sans l'accord des pays concernés.



violent réquisitoire contre l'OMS. Mais cette posture des États-Unis dans la gestion de la crise actuelle s'inscrit dans un mouvement de repli américain de plus long terme. Les intellectuels et les responsables politiques américains expriment de plus en plus clairement leur méfiance à l'égard de la Chine¹¹, l'accusant d'être un « passager clandestin » profitant des efforts déployés par la communauté internationale sans s'astreindre elle-même aux mêmes règles et comme une puissance commerciale qui abuse des passe-droits que lui a accordés l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de son influence excessive d'un bout à l'autre des Nations Unies¹².

Dans ce monde globalisé, souligne Mireille Delmas-Marty il n'y a plus de pôle nord, en ce sens qu'il est impossible de choisir parmi les vents contraires de la mondialisation (tels que liberté et sécurité, compétition et coopération, innovation et conservation, exclusion et intégration). C'est pourquoi nous avons imaginé une boussole inhabituelle (Une boussole des possibles¹³).

Dans quelle mesure le droit peut-il nous aider à comprendre et à bâtir une boussole commune dans ce vaste chaos. En effet, la crise sanitaire que nous traversons soulève de nombreux questionnements juridiques relativement au rôle de l'État et des différents acteurs politiques, juridiques et économiques. Comme le souligne dans une tribune publiée dans *Marianne*, David Djaïz: « *La puissance publique devra jouer le rôle d'une écluse. En langage maritime, il s'agit d'un bassin séparé par deux vannes servant à réguler la dénivellation d'un canal. Lorsqu'un bateau qui navigue souhaite passer un dénivelé, il est invité à entrer dans un bassin de mise à niveau. Celui-ci se remplit ou se vide, ce qui permet au bateau d'être au même niveau que l'eau en aval, et ainsi de poursuivre sa navigation ... Les États-nations doivent en quelque sorte redevenir les écluses de la mondialisation Il ne s'agit pas de se claquemurer derrière des remparts mais au contraire d'organiser une régulation des flux de la mondialisation, comme les écluses organisent la circulation des bateaux sur un canal. Les écluses constituent des valves de sécurité qui évitent la propagation rapide et exponentielle des incidents dans des systèmes complexes* »¹⁴.

Pour paraphraser la formule du biologiste François Jacob (1920-2013), décrivant l'évolution du vivant, les juristes devront bricoler. Autrement dit, « faire du neuf avec de l'ancien » et recycler l'ancien droit national, et l'ancien droit international, en inventant

11 Le représentant américain au commerce avait ouvert une enquête de sept mois sur le vol des droits de propriété intellectuelle et avait émis des recommandations à l'administration Trump, estima que "les vols chinois de propriété intellectuelle coûtent entre 225 et 600 milliards de dollars chaque année". Le budget prévisionnel de base (hors polio et autres programmes spéciaux) de l'OMS en 2020 s'élève à 3,8 milliards de dollars. Les États-Unis sont les premiers bailleurs de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), avec plus de 400 millions de dollars par an. La contribution chinoise est de 86 millions de dollars en 2019, dont une contribution volontaire de 10,4 millions de dollars en 2017 (dernière année connue). C'est moins du dixième de la contribution globale des États-Unis pour la même année, et 2,5 % des contributions volontaires américaines (la Fondation Gates pèse à elle seule pour 8 % de l'ensemble des contributions volontaires dont bénéficie l'OMS). 80 % de son budget provient de contributions volontaires.

12 Il faut rappeler que la Chine part de haut aujourd'hui : quatre agences spécialisées des Nations Unies sur quinze ont désormais à leur tête des ressortissants chinois (soit trois de plus que n'importe quel autre pays), et sept Chinois y occupent des postes de Directeurs généraux adjoints, un chiffre également record. La Chine est devenue le deuxième pays contributeur au budget de l'ONU après les États-Unis. Elle a par ailleurs mis en place un Fonds d'affectation spéciale pour la paix et le développement, dont l'allocation est décidée conjointement par des diplomates chinois et par le Secrétaire général des Nations Unies. La Chine a ainsi acquis une force dans les procédures onusiennes qui va bien au-delà de son simple usage du veto, et également au-delà de son traditionnel pouvoir d'influence à l'Assemblée générale de l'ONU, où elle était parvenue, depuis une décennie, à former plus de coalitions de votes que n'importe quel autre État membre.

13 Mireille Delmas-Marty: A l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit, article publié dans *Le grand continent*, le 18 mars 2020.

14 Voir David Djaïz, *Coronavirus : pour une nouvelle architecture de la mondialisation* Publié le 23/03/2020 ,p.5



des formes plus complexes, comme le droit national « internationalisé » ou le droit international « contextualisé ». Les mesures de politique générale prévues par le droit international et le droit national de la propriété intellectuelle pour gérer et tempérer les situations d'urgence et de catastrophe comprennent les licences obligatoires et les licences de droit des technologies brevetées incorporées dans des fournitures médicales et des médicaments essentiels.

2. Licences obligatoires de médicaments : une application dans la crise du Covid-19

Si la recherche s'active sur différents fronts, une question cruciale se pose : ces produits seront-ils accessibles partout dans le monde une fois leur efficacité avérée ? La question de la préférence nationale reste plus que jamais d'actualité, et elle va se renforcer au fur et à mesure du lancement, en quantités inévitablement limitées, de traitements ou vaccins contre le COVID-19¹⁵.

L'accès au traitement et à la prévention est une question de santé nationale et internationale. L'accès aux médicaments est aussi un enjeu vital pour le développement économique. L'OMS a fait une intervention à la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC (qui a adopté la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique), dans laquelle elle a affirmé que « l'accès aux soins est un droit universel [...] [qui] implique l'accès aux services de santé, à la prévention, aux soins, aux traitements, au soutien et, bien-sûr, aux médicaments indispensables » (Déclaration de l'OMS à la Conférence ministérielle de l'OMC, Doha (Qatar), 2001. Selon article 31 de l'Accord sur les ADPIC : « *dans des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales* ». La Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique de 2001 est venue préciser cette notion d'urgence en indiquant notamment que « *Chaque Membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence* ».

Le principal défi à l'heure actuelle n'est pas l'accès aux vaccins, aux traitements ou aux médicaments contre la COVID-19, mais l'absence de tout vaccin, traitement ou médicament autorisé auquel nous pourrions accéder. A l'heure où de nombreux laboratoires dans le monde se mobilisent pour la recherche d'un traitement contre le covid-19, où les essais cliniques se multiplient il est naturel de s'interroger sur les mécanismes légaux qui pourraient faciliter une exploitation quantitativement et qualitativement suffisante, et financièrement acceptable, des droits de brevet qui s'avèreront utiles pour enrayer l'épidémie et en prévenir une nouvelle.

Le président français Emmanuel Macron a appelé à « *construire, autour de l'OMS, une initiative forte sur les diagnostics, les traitements et les vaccins accessibles à tous*¹⁶ ». Une vingtaine de sociétés privées et entités académiques sont impliquées dans la course au

15 Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler la tentative, début mars, du président des États-Unis Donald Trump de faire main basse sur un laboratoire allemand, CureVac, développant un vaccin contre le COVID-19, afin de s'assurer de son exclusivité future pour le marché états-unien !.

16. <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/04/24/lancement-pour-une-initiative-mondiale-sur-les-diagnostics-les-traitements-et-les-vaccins-contre-le-covid-19>.



vaccin. La recherche la plus avancée est menée par la firme américaine Moderna, qui a démarré, le 16 mars dernier dans un délai record (42 jours après l'identification du virus), le premier essai clinique sur l'être humain d'un potentiel vaccin COVID-19 aux États-Unis. D'autres suivent de près, mais sont toujours en phase préclinique, dont l'allemande CureVac ainsi que les géants pharmaceutiques Johnson & Johnson (USA), GlaxoSmithKline (Royaume-Uni), Pfizer (USA) et Sanofi (France).

Une OMS habilitée à redistribuer les droits de propriété intellectuelle ainsi que tout ce qui est nécessaire à la production et à l'accès aux technologies COVID-19 partout dans le monde. Le directeur général de l'OMS s'est déclaré également favorable à la mise en place d'un accès libre ou une licence à des conditions raisonnables pour tous les pays sur les médicaments, vaccins et produits de diagnostic utilisés contre la COVID-19.¹⁷

Les vaccins et les traitements antiviraux doivent être accessibles de façon équitable en tant que biens publics mondiaux. Les États doivent inclure une clause d'accessibilité pour tous leurs financements, en se donnant les moyens d'agir au cas où la pharma profiterait de la situation pour gonfler les prix. Les traitements et vaccins issus de cette recherche doivent être considérés comme des biens publics mondiaux, vu l'effort financier déterminant des gouvernements.

Si tous les mécanismes de redistribution et de garde-fous sur les prix mentionnés plus haut ne suffisent pas, ou ne sont pas encore en place, les États ont toujours la possibilité de recourir à la licence obligatoire pour les médicaments brevetés. Cet instrument, reconnu par le droit international, permet de lever temporairement le monopole d'un traitement afin de le produire eux-mêmes ou d'importer des versions génériques moins chères. C'est ce que semble avoir fait l'État d'Israël. Israël serait en effet le premier pays où une licence obligatoire liée à Covid-19 aurait été accordée et cette licence aurait été délivrée en vertu de l'article 104 de la loi sur les brevets permettant à l'État de contourner la loi des brevets à des fins de défense nationale. Cette licence autorise l'État d'Israël à importer d'Inde une version générique du Kaletra d'AbbVie, uniquement pour le traitement des patients atteints de coronavirus. Il s'agirait de la première licence obligatoire délivrée dans le pays en vertu de l'article 104 depuis l'introduction de cette disposition en 1967. Va-t-on assister à une succession de licences obligatoires liées aux traitements COVID-19, même dans des pays riches longtemps réfractaires à cet instrument ?

3. Le covid-19 et droit international des investissements

L'évolution du Covid-19 nous amène à constater qu'il s'agit d'un risque systémique car la crise économique mondiale est sous-jacente et succèdera à la crise sanitaire mondiale. De ce fait, l'aléa sanitaire produit par le Covid-19 empêche une protection optimale des investissements étrangers pendant la période de l'état d'urgence sanitaire. Alors que l'avenir reste incertain, la réponse à la pandémie Covid-19 est susceptible de contrevenir à diverses protections prévues dans les traités bilatéraux d'investissement et peut apporter lieu à des réclamations à l'avenir par les investisseurs étrangers. Aussi bien États

¹⁷<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-april-2020> ;
<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/12/coronavirus-international>.



et banques centrales à travers le continent ont immédiatement réagi avec des mesures visant à éviter que cette crise sanitaire ne se transforme en crash économique et financier.

Les Etats d'accueil de l'investissement étranger les plus vulnérables à l'instar des pays africains peuvent se trouver dans l'impossibilité d'honorer leurs engagements sur le plan financier. Lors de l'affaire CIRDI (ARB/15/46) «*BSGR c/ République de Guinée*» du 14 février 2016, l'épidémie de l'Ebola avait eu un impact sur le budget de la Guinée, ce qui a été avancé par la partie défenderesse comme étant un aléa sanitaire qui ne pouvait pas lui permettre de payer les frais d'arbitrage, ni de dédommager l'investisseur étranger à l'origine de la requête.

Cependant, la présence de clause de force majeure dans les TBI de seconde génération peut comprendre d'une manière large l'aléa sanitaire voire la pandémie telle que le Covid-19. Les répercussions de cette crise sanitaire mondiale et l'interdépendance économique mondiale aura un impact certain sur les investissements internationaux. L'aléa sanitaire est appréhendé comme un risque systémique car l'effet domino du Covid-19 a poussé tous les Etats à entreprendre des mesures de sauvegarde économique face à la crise économique internationale qui se profile suite à l'arrêt partiel d'une bonne partie de la production économique mondiale. L'expropriation ou la nationalisation devient la règle primaire qui se substitue au droit de propriété et à la liberté d'investir. L'évaluation de l'action juridique des Etats dépendra probablement du degré d'urgence et de la menace que fait peser sur leurs populations le Covid-19.

Bien que les tribunaux arbitraux ont accepté les effets néfastes de la (essentiellement économique) crises dans le passé, ils ne sont pas toujours reconnu que les mesures d'un Etat étaient justes et équitables. Dans le cas d'une pandémie, lorsque les systèmes de santé nationaux sont en jeu, cette approche peut être différente.

Abondamment invoquée par les investisseurs, ce standard est présent dans une très grande majorité de traités. Alors, lorsque l'Etat hôte effectue des changements dans le cadre national et que certaines des réglementations en matière d'investissements sont modifiées alors que l'investisseurs étranger ne s'y attendait pas, celui-ci est en droit d'obtenir des compensations pour des pertes encourues. La critique repose sur le fait que le comportement de l'investisseur n'est pas toujours intégré dans l'évaluation de la responsabilité de la partie étatique.

Lorsqu'ils examinent la conformité des actes de l'Etat au regard de la règle du « traitement juste et équitable », les tribunaux d'arbitrage en viennent souvent à juger du caractère « acceptable » des actes politiques susceptibles de porter atteinte à l'investissement. C'est souvent le cas lorsque les investisseurs étrangers dénoncent la « politisation » ou le caractère « irrationnel » des actes accomplis par l'Etat.

Malgré une jurisprudence arbitrale abondante, la ligne de démarcation entre une mesure réglementaire constituant une expropriation indirecte et une mesure réglementaire légitime n'exigeant pas d'indemnisation n'est pas clairement établie¹⁸. La conséquence

¹⁸ Dans *LG&E v. Argentine*, par exemple, le tribunal arbitral a reconnu l'impact de la crise économique. Il a accepté la défense de l'Argentine d'un état de nécessité et, ainsi, exclut sa responsabilité pour les dommages causés aux investisseurs étrangers. Toutefois, le tribunal a conclu que l'Argentine a manqué à son obligation de FET. Selon le tribunal, l'état "est allé trop loin en démontant complètement le cadre juridique très construit pour attirer les



directe de ce manque de clarté des termes est que la disposition ne comporte aucune limite et qu'elle laisse à l'entière appréciation des tribunaux la délimitation d'un traitement « juste » ou « équitable ».

Avec l'impact de la pandémie, de nombreux Etats seront incapables de remplir leurs obligations en vertu du droit international public. Les États peuvent compter sur des motifs tels que *force majeure* et l'état de nécessité pour justifier l'inexécution des engagements internationaux ? Selon l'article 23 des articles de la CDI, un plaidoyer de *force majeure* doit être le résultat des forces irrésistibles ou d'événements imprévus : sont hors du contrôle de l'État, et rendre matériellement impossible d'exécuter l'obligation. Compte tenu de la propagation rapide de Covid-19, les États peuvent difficilement fonctionner comme d'habitude, sans mettre en danger les grands segments de leur population. Toutefois, Les États ont beaucoup de choix différents pour faire face à la crise. Un mauvais choix peut porter atteinte à un plaidoyer potentiel *force majeure*.

L'état de nécessité est une autre défense qui peut être invoqué par les Etats en fonction de leurs actes pour lutter contre la pandémie Covid-19, devraient se produire réclamations. Selon l'article 25 des articles de la CDI, un état de nécessité doit remplir les conditions suivantes : L'État fait face à un péril grave et imminent. Le péril menace un intérêt essentiel de l'État. La loi de l'État est le seul moyen de protéger cet intérêt.

4.Le droit à la rescousse de la santé mondiale et à la cohérence du système international.

Le champ de la santé mondiale est déjà fragmenté entre de nombreuses organisations (multiples fonds verticaux comme le Fonds mondial contre le sida, la tuberculose et le paludisme ou programmes ad hoc comme le Pefpar, programme américain d'urgence contre le sida par exemple). Cette complexité pose déjà de nombreux problèmes de coordination et de cohérence. Appeler à la création de nouvelles structures ne pourrait que les aggraver, alors que la santé mondiale ne peut prendre le risque de davantage d'éclatement.

Nous nous trouvons face à ce que Marcel Mauss appelait un « fait total », qui se trouve être aussi un fait mondial. Du coup, on se retrouve face à une situation dans laquelle le droit est mal à l'aise. Une société dont le droit se serait dissous dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale¹⁹. Si le droit international tel qu'il existe déjà avait été respecté, la pandémie de COVID-19 n'aurait peut-être eu lieu. Le RSI encourage le partage d'informations exactes et suffisamment détaillées sur la santé publique pour aider les processus de vérification, d'évaluation et d'assistance. Face aux dérèglements provoqués par ces crises systémiques, c'est une nouvelle architecture de la mondialisation qu'il nous faudra pourtant inventer, et d'un véritable « droit international de la sante ».

investisseurs ». V. *LG&E Energy Corporation v. République argentine*, ICSID Affaire. ARB / 02/01, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, ¶ 259.

¹⁹Voir François Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, 570. Dans cet ouvrage, l'auteur s'inquiète d'une possible « évaporation » du droit, évoquant le scénario d'une société post-juridique dans laquelle « le droit se serait dissout dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale ».



Dans une tribune publiée dans *Le Monde*, Mireille Delmas-Marty nous invite au passage d'une souveraineté solitaire à solidaire, à faire la paix avec la planète. » Ce devrait être le rôle du droit. Mais pour concevoir un Etat de droit sans véritable Etat mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, replié sur les communautés nationales, trop frileux. Les concilier nécessite de les penser de façon interactive : nous avons besoin des communautés nationales pour responsabiliser les divers acteurs, à commencer par les services de santé mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent pour les acteurs globaux – Etats, organisations internationales, entreprises transnationales. Seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques se heurtent dans un vaste chaos »²⁰.

Sur le plan économique, insiste-t-elle, il faudra que les biens communs, à commencer par les services de santé, échappent aux contraintes du « tout-marché »²¹. Najat Vallaud-Belkacem ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme qu'il faut que le futur vaccin ait « le statut de bien public mondial pour s'assurer de sa distribution équitable et que les États prennent à bras-le-corps la lutte contre l'indécence de l'évasion fiscale, qui les prive des moyens de subvenir aux besoins minimaux de leur population »²². Il est nécessaire de mettre en place de nouveaux mécanismes permettant de promouvoir à la fois l'innovation et l'accès aux médicaments, et revivifier la pense sédimentée mais foisonnante les biens communs.

Les pandémies révèlent à la fois l'étendue et les limites de nos savoirs scientifiques. C'est là qu'apparaît peut-être l'essentiel le rôle du droit, suivant le projet épistémologique de Foucault, c'est-à-dire de lier étroitement l'analyse du savoir à celle du pouvoir. Il s'agit de déterminer les conditions d'émergence des manifestations du binôme « pouvoir-savoir » dont les constituants sont étroitement imbriqués. Dans cette perspective, Foucault explicite clairement son projet qui est de « suivre la formation de certains types de savoir à partir des matrices juridico-politiques qui leur ont donné naissance et qui leur servent de support »²³.

Conformément à la Constitution de l'OMS, l'Assemblée mondiale de la Santé peut, aux termes de l'article 19, adopter des conventions. Pour répondre aux critiques faites à l'encontre de l'OMS et qui remettent en cause sa légitimité et sa crédibilité en tant qu'institution spécialisée de la santé mondiale, l'OMS devrait revisiter sa fonction normative pour construire un véritable « droit international de la santé ». En adoptant un instrument juridiquement contraignant, tel que le permet l'article 19 de sa Constitution, l'OMS pourrait reprendre son rôle prééminent dans le domaine de la santé et aider à redéfinir la gouvernance sanitaire mondiale. Les négociations et l'adoption d'un instrument international sur les pandémies devrait donc être un élément clé de la mise en œuvre de sa Stratégie futur. Le cas échéant, il s'agirait de la plus grande réussite de l'OMS dans le domaine des médicaments depuis sa création. Il va sans dire que le fléau sanitaire

20. Mireille Delmas-Marty, Profitons de la pandémie pour faire la paix avec la terre, tribune publiée dans *Le Monde* du 18 mars 2020.

21. Idem

22. Najat Vallaud-Belkacem, *Jeune Afrique*, 14 avril 2020,

<https://www.jeuneafrique.com/927009/politique/najat-vallaud-belkacem-il-faut-donner-au-futur-vaccin-contre-le-coronavirus-le-statut-de-bien-public-mondial/>

23. M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, Résumé du cours, p. 231



que représentait le covid-19 pourra fédérer un consensus international sur le besoin de réglementation internationale ambitieuse.

Il faut rappeler que l'adoption de la convention cadre pour la lutte antitabac (CCLAT) qui est perçue comme un instrument juridique novateur et de portée internationale n'a été possible par ce qu'il correspondait, pour certains observateurs, à la fin de la Guerre Froide ce qui a permis une coopération internationale plus accrue. En dépit de l'influence pratique inhibitrice qu'elle a eue sur l'effectivité du droit international, la bipolarisation s'est paradoxalement attachée à invoquer de façon concurrente certaines règles du droit international. Peut-on dire véritablement que le schisme de la Guerre froide est derrière nous ²⁴ ?

Le système international actuel résulte de trois évolutions majeures de la conjoncture historique et de trois moments de ré-configuration stratégique concernant les acteurs principaux de la scène mondiale. L'explication du système international par la théorie de l'équilibre multipolaire continue d'assigner aux États-Unis un rôle essentiel, tandis qu'une nouvelle bipolarité porte à préconiser un condominium global" entre les États-Unis et la Chine. Dans un contexte de coopération détériorée, les terrains vagues de l'incertitude stimulent les accusations réciproques et la volonté d'imposer son propre récit, au détriment de ce que pourrait être un récit global. Construire un véritable « droit international de la santé » nécessite d'avoir une organisation à vocation universelle, où tous puissent se retrouver, malgré les tensions politiques.

Par définition, l'OMS est une organisation intergouvernementale, avec les contraintes politiques et financières que cela suppose. Cette question conduit naturellement à interroger la place de l'OMS en tant qu'organisation internationale la plus naturellement destinée à assurer une fonction de convergence des objectifs de santé à l'échelle mondiale, mais dont la plus grande part des ressources est ainsi fournie par les contributions volontaires, dont 91 % sont affectées à des projets et programmes spécifiques. Ainsi ce sont les donateurs qui exercent le contrôle sur l'action de l'OMS plutôt que l'assemblée des États-membres. L'incidence majeure de cette évolution est que les priorités de l'OMS sont dictées par les financeurs dominants et orientées par des motivations éloignant conséquemment l'OMS d'une approche de la santé comme bien public mondial au sens d'un projet commun de réduction des inégalités de santé à l'échelle mondiale.

A la fois globale et totale, cette pandémie conduit à une rupture d'intelligibilité majeure. On ne peut afficher aujourd'hui qu'une certitude : sans une nouvelle grammaire de la mondialisation, de grands drames mondiaux redeviennent possibles et même probables. La crise actuelle arrive sur fond d'un néonationalisme montant. La gestion de cette crise appelle une réponse internationale forte, guidée par un impératif de solidarité et de responsabilité partagée. Il faudra batailler pour donner au futur vaccin le statut de bien public mondial, ce qui implique, les vaccins et les traitements antiviraux doivent être accessibles de façon équitable en tant que biens publics mondiaux.

²⁴Voir Louise Arbour, haut-commissaire de l'ONU aux Droits de l'homme, Le Temps, 10 décembre 2007. Pour elle le « schisme de la Guerre froide » : il ne s'agit pas d'idéologie, mais d'un schisme juridique qui, dans le cadre des neuf grands traités internationaux qui ont offert un fondement contractuel et contraignant à la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), a donné successivement prééminence aux droits civils et politiques, ou aux droits économiques, sociaux et culturels.



CONCLUSION

La crise pandémique mondiale actuelle de COVID-19, qui nous touche aux quatre coins de la planète, révèle de façon dramatique notre interdépendance totale et permanente en tant qu'êtres humains et met en lumière la nécessité de mettre en place des solutions mondiales, multilatérales aux défis de la santé. Il révèle également le besoin extrême de solidarité pour l'aborder et le surmonter pleinement et avec efficacité, ainsi que les nombreux autres défis mondiaux auxquels l'humanité est confrontée.

Jusqu'ici peu de place a été faite dans les débats au droit international qui a pourtant une fonction centrale dans ce domaine. De plus, l'idée de mettre en avant les obligations dont l'inobservation en l'espèce pourrait parfaitement permettre d'engager la responsabilité de plusieurs États ne vise pas tant à sanctionner les manquements observés²⁵, mais plutôt, dans une démarche prospective, à susciter des réflexions sur la prévention des prochaines crises sanitaires. L'humanité doit chercher davantage ce qu'elle a « en-commun ». Le réchauffement climatique nous avait déjà avertis de l'importance du collectif, la pandémie du Covid-19 achève de nous convaincre que la protection de nos vies l'emportera sur l'égoïsme absolu. Des principes globaux comme la solidarité, la vulnérabilité, la responsabilité sociale et la protection des générations futures peuvent ainsi contribuer à inspirer des pratiques mettant de l'avant une globalisation non uniquement basée sur l'idéologie du marché et la croissance économique. Une telle approche pourrait aussi inspirer l'esprit du droit de la santé et tisser plus étroitement le rapport droit et pandémies. Principe fécond du droit international, la due diligence (notamment l'alerte prompte et le partage d'informations, est aujourd'hui appelée à jouer un rôle central dans la régulation de la sécurité sanitaire collective et dans la construction d'un véritable « droit international de la santé ».

25 Jean Didier Boukongou, *Les défis juridiques liés à la pandémie Cov-19 en Afrique*, sur le site de l'académie(www.aailp.org)



Créée en 2017, l'Académie africaine de la pratique du droit international (AAPDI) vise à faire progresser l'étude, la connaissance et la pratique du droit international dans une perspective africaine et d'innovation normative et des contextes qui l'influencent. Elle se veut non seulement un lieu d'éveil et de veille scientifique mais aussi de formation et d'émergence de nouvelles rationalités juridiques. Grâce à son réseau mondial de chercheurs pluridisciplinaires et de partenariats stratégiques, l'AAPDI offre des solutions juridiques adaptées à l'ère de la ZLECAF dans le seul but répondre au besoin de l'Afrique.



101 rue de sèvres-75006 Paris
info@aailp.org
www.aailp.org