



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Séminaire judiciaire annuel de la CEDH 2022

Obligations positives des États pendant une pandémie

Discours de Lady Arden de Heswall

Strasbourg, le 24 juin 2022

1. Présentation générale

Dans cette contribution, j'aborde principalement le concept d'obligation positive incombant à un État, en particulier en vertu de l'article 2 de la Convention, dans le contexte de la pandémie de COVID-19. J'avance que trois principes doivent être respectés : égalité, équité et commodité.

2. Obligation de l'État face aux risques menaçant l'exercice des droits garantis par la Convention

La doctrine relative aux obligations positives découlant du droit à la vie est exposée dans l'arrêt ***Osman c. Royaume-Uni (requête 87/1997/871/1083)***. L'affaire concernait, non pas la pandémie, mais un meurtre commis par un acteur non étatique. En l'espèce, un enseignant qui nourrissait des sentiments obsessionnels et perturbants pour un élève avait tué le père de celui-ci. La famille avait déjà demandé la protection de la police. Le droit du Royaume-Uni ne permettait pas d'engager un recours contre la police pour défaut de protection.

La Grande Chambre a estimé que cinq conditions devaient être réunies pour qu'un manquement à l'obligation positive puisse être constaté :

1. Il devait y avoir un risque pour la vie
2. La vie menacée devait être celle de personnes identifiées
3. Le risque devait être réel
4. Le risque devait être immédiat et
5. L'État en connaissait ou aurait dû en connaître l'existence.

La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) a clairement considéré qu'il fallait mettre en balance les mesures que l'État devait prendre dans l'intérêt de la société d'une part et dans l'intérêt de la personne concernée d'autre part, mais que la Convention n'imposait pas à l'État d'agir au-delà de ce qui était raisonnable. Autrement dit, le fait que la vie soit menacée ne doit pas automatiquement conduire à présumer que l'État devait prendre des mesures pour protéger la vie. La Grande Chambre s'est exprimée ainsi :

« 116. Pour la Cour, et sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. [...] Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par l'article 2, essentiel pour l'économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. »

Elle a ajouté que la question de savoir si l'État avait failli à son obligation positive dépendait des faits de l'espèce :

« Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question. » (*Osman*, paragraphe 116)

Cet élément est important parce qu'au vu des faits, la Grande Chambre a estimé que l'État n'avait pas failli à son obligation, la police ayant pris les mesures concrètes qui pouvaient raisonnablement être prises pour empêcher que le risque réel et immédiat pour la vie ne se matérialise.

Il est possible de dégager quatre conclusions de principe pertinentes pour le sujet qui nous intéresse aujourd'hui.

1. L'État n'avait pas seulement une obligation négative : il avait aussi une obligation positive de protéger le droit à la vie. Rien, dans la Convention, n'indique que les obligations mises à la charge de l'État devraient être limitées à des obligations négatives. La jurisprudence *Osman*, maintenant ancienne, le réaffirme.
2. L'essentiel est de déterminer s'il existait un risque réel et immédiat et si l'État a pris des mesures raisonnables pour y remédier. Un risque réel n'est pas nécessairement immédiat, et l'évaluation du caractère immédiat d'un risque dépend du contexte. De surcroît, l'accent étant mis sur le « risque », les obligations positives dans ce contexte ne consistent pas tant à réparer les conséquences qu'à examiner la nature du risque. Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat.
3. Dans l'affaire *Osman*, il y avait un conflit entre l'intérêt de la société (l'affectation des ressources disponibles pour le maintien de l'ordre) et celui de la personne concernée. Pour résoudre ce conflit, la Grande Chambre a ménagé un équilibre entre le risque pour les droits individuels, dont le droit absolu qu'est le droit à la vie, et l'intérêt de la société. L'État jouit en outre d'une ample marge d'appréciation. Néanmoins, en présence de plusieurs victimes potentielles, les mesures prises ne doivent pas introduire de discrimination entre les victimes sans justification légitime. La Cour examine alors ces mesures de façon extrêmement attentive (voir *Safi c. Grèce*, 5418/15, 7 juillet 2022, paragraphe 152).

4. La deuxième condition a été quelque peu modifiée, en ce sens qu'il n'est plus besoin de démontrer qu'il y a nécessité de protéger certains individus en particulier – plutôt que la société en général (voir *Cevrioglu c. Turquie*, 69546/12).

3. Durant la crise du COVID-19, les pouvoirs publics ont été confrontés à de multiples problèmes

Le COVID ne ressemblait à aucune des catastrophes naturelles que l'Europe ait connues au cours de la période récente. Pour mémoire, voici quelques exemples des difficultés auxquelles les pouvoirs publics se sont trouvés confrontés :

- Faut-il rendre le port du masque obligatoire ?
- Faut-il imposer un confinement ?
- Faut-il reporter les soins courants pour permettre l'hospitalisation des patients atteints du COVID ?
- Que faut-il faire pour protéger les plus vulnérables durant un éventuel confinement ?
- Quelles dispositions faut-il prendre pour les élèves dont la scolarité risque d'être gravement perturbée ?
- Que faut-il faire pour protéger les détenus et les immigrés en rétention ?
- Faut-il privilégier les jeunes par rapport aux plus fragiles pour l'accès aux soins hospitaliers ?
- Faut-il interdire les visites des amis et proches à l'hôpital ou dans les établissements d'accueil ?
- Faut-il admettre les personnes âgées en maison de retraite ou les faire sortir de maison de retraite ?
- Faut-il que les tribunaux restent ouverts et doivent-ils rester accessibles au public ?
- Faut-il rendre la vaccination contre le COVID-19 obligatoire et, dans l'affirmative, pour qui ?
- Faut-il autoriser l'immigration et le tourisme ?

Cette liste n'est pas exhaustive. L'État avait d'innombrables occasions de commettre des erreurs. Au début de la pandémie, le Royaume-Uni a été confronté à une énorme pénurie de vêtements de protection individuelle, et des histoires épouvantables ont circulé concernant des professionnels de santé dans l'incapacité de se protéger correctement contre le risque d'infection. Les mesures prises pour remédier à cette pénurie ont été amplement critiquées. Au Royaume-Uni, il est également reproché à l'exécutif d'avoir abusé de son pouvoir lorsqu'il agissait dans le cadre de pouvoirs spéciaux, sans contrôle du Parlement. De surcroît, les dispositions législatives adoptées ont parfois été obscures voire contradictoires. Une enquête officielle, qui devrait commencer en janvier 2023 sous la direction de la baronne Hallett, devrait permettre d'évaluer la gestion du COVID par le Royaume-Uni et son impact dans le pays, ainsi que de dégager des leçons pour l'avenir.

4. Les diverses approches adoptées par les différents pays du monde pour maîtriser le risque de santé publique

Autre difficulté : les pays ont adopté des stratégies différentes face au COVID. À titre d'exemple, la Nouvelle-Zélande a fermé ses frontières et a appliqué une stratégie « zéro COVID », mais lorsqu'une

personne a introduit le variant Omicron dans le pays, la population était vulnérable. À l'inverse, la Suède a estimé qu'il fallait légiférer le moins possible et s'en remettre à la responsabilité individuelle. Par ailleurs, il y a eu des avancées scientifiques considérables concernant le traitement de la maladie, son mode de transmission et l'approche thérapeutique à adopter. Bien souvent, la Cour n'est pas qualifiée pour évaluer quelle politique est la bonne dans telle ou telle situation. Alors qu'un gouvernement dispose d'une marge raisonnable pour adopter une politique particulière, la Cour n'a pas la liberté de dire qu'elle aurait agi différemment. Dans la plupart des situations, elle doit respecter le choix du gouvernement.

5. Le texte de la Convention est d'une aide limitée

La Convention ne comporte aucune disposition sur un éventuel droit aux soins de santé. Les obligations qui incombent à l'État doivent être déduites des autres dispositions de la Convention, par exemple des articles 2 et 3, et de la jurisprudence de la Cour.

Il n'est pas fait clairement mention des droits en jeu en cas de pandémie, si ce n'est que l'article 5 § 1 e) autorise la détention régulière d'une personne afin d'éviter la propagation « d'une maladie contagieuse ». Même si la protection des personnes en détention est peut-être implicitement visée dans cette disposition, il n'est pas possible de considérer qu'une obligation positive plus large, visant la population dans son ensemble, en découle. Il est important et pertinent de souligner que la détention telle que prévue dans cette disposition doit être envisagée comme une solution de dernier recours (***Enhorn c. Suède, 56529/00***).

6. Présentation de quelques affaires

Vavříčka c. République tchèque, 47621/13 (document de référence, page 10)

Cette affaire ne concernait pas le COVID-19 mais elle avait trait à la vaccination. Selon la législation tchèque, les enfants doivent être vaccinés contre certaines maladies connues. S'ils ne le sont pas, les parents risquent une sanction pénale et les enfants qui n'ont pas de contre-indication à la vaccination ne peuvent pas être admis à l'école maternelle. Dans cette affaire, des parents ont saisi la Cour sur le terrain de l'article 8, mais ils ont été déboutés. La Cour s'est livrée à un examen très détaillé des preuves et elle est parvenue à la conclusion que la vaccination servait à la fois l'intérêt des enfants et celui de la société, dans la mesure où elle était soutenue et approuvée à l'échelle internationale et reconnue comme un moyen efficace de promouvoir la santé publique. Elle perdrait en outre son efficacité si elle était volontaire.

L'arrêt *Vavříčka* est une décision courageuse et novatrice dans le domaine de la santé publique, mais il n'avait pas pour enjeu la vaccination obligatoire. La vaccination pose la question de l'équilibre entre intérêt particulier et intérêt collectif. En Europe et aux États-Unis, des tentatives ont été faites pour imposer la vaccination contre le COVID à certaines catégories de travailleurs, mais d'après mes informations, en Europe, ces projets ont avorté.

Au Royaume-Uni, le programme de vaccination volontaire a, comme ailleurs, été un succès. Il s'est accompagné d'une vaste campagne d'information sur la sûreté et les avantages de la vaccination contre le COVID. L'objectif était de contrer les arguments que les « antivax » diffusaient dans les réseaux sociaux et ailleurs. Des mesures ont également été prises pour compliquer certains aspects de la vie des personnes qui refusaient de se faire vacciner. La vaccination obligatoire en revanche supposerait de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne et serait donc difficile à justifier. Néanmoins, si des salariés choisissent de travailler dans un secteur particulier et sont en contact avec des personnes à risque face au COVID, il semble en principe envisageable d'exiger qu'ils soient vaccinés ou portent un masque dans la mesure du possible (il ne s'agirait cependant pas d'imposer une interdiction générale arbitraire).

Q et R c. Slovaquie, 19938/20 (document de référence, page 25)

Communauté genevoise d'action syndicale (GCAS) c. Suisse, 21881/20 (document de référence, page 8)

R(Gardner) c. Secretary of State for Health and Social Care [2022 EWHC 967]. Dans cette affaire très récente dont a eu à connaître la *Divisional Court of England and Wales*, deux séries de directives émises par le secrétariat d'État à la santé et aux affaires sociales relativement au transfert en maison de retraite de personnes âgées hospitalisées étaient contestées. Les arguments tirés des droits protégés par la Convention ont été écartés, mais celui fondé sur des principes internes a prospéré au motif que les directives ne soulignaient pas que les personnes admises en maison de retraite pouvaient être asymptomatiques et auraient dû être placées en quarantaine.

7. Recoller les morceaux du puzzle – principales caractéristiques de l'obligation de protéger durant une pandémie

Quelles sont les principales caractéristiques de l'obligation de protéger ?

1. **Ne rien faire est impossible.** En présence d'une menace réelle et immédiate contre la vie, le gouvernement ne peut pas mener la politique de l'autruche et prétendre que le COVID n'est rien de plus qu'une forme de grippe et qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter. Il doit prendre des mesures pour protéger la vie de la population.
2. **Ménager un équilibre.** En cas de conflit potentiel entre les droits individuels et ceux de la société, un exercice de mise en balance est indispensable. Il faut tenir compte des ressources. À titre d'exemple, certains États sont mieux placés que d'autres pour fournir des vaccins.
3. **Mesures de santé publique.** Les pouvoirs publics ne doivent pas se livrer à une discrimination sans justification.
4. **Ample marge d'appréciation.**
 - a. **Ressources et priorités.** En matière de santé publique, l'action exige souvent des ressources considérables. Le plus souvent, les pouvoirs publics doivent être capables de décider par eux-mêmes de ce qu'il faut faire et de la priorité à donner à diverses dépenses publiques – faut-il financer les hôpitaux ou préserver la santé des personnes qui ne peuvent plus gagner leur vie en raison d'un confinement ou encore agir pour que le système éducatif ou l'économie soient le moins perturbés possible, et ainsi de

suite. La question qui se pose est celle de savoir si le gouvernement a pris des mesures raisonnables compte tenu de ce qu'il savait ou aurait dû savoir au sujet des risques.

- b. **Formes de protection.** L'arrêt *Osman* a trait à l'atténuation des risques et non à l'obligation d'éviter tous les risques ou de protéger la vie en toute circonstance. Il existe pour l'État différentes manières de protéger. Dans certains contextes, il lui suffit d'adopter une réglementation, à condition toutefois que cette réglementation soit efficace. Dans d'autres, il peut suffire qu'il garantisse un recours civil ou érige un comportement en infraction pénale.

- 5. **Obligation d'assurer un contrôle des mesures :** Lorsqu'il ne leur est pas possible d'avoir du recul, les pouvoirs publics doivent rester en phase avec les progrès scientifiques. De plus, lorsque les mesures ne sont plus nécessaires, ils doivent en réduire l'ampleur ou les retirer.

En somme, pour que l'État s'acquitte des obligations positives mises à sa charge par l'article 2 de la Convention face à la menace existentielle que représente une pandémie, trois conditions doivent être réunies : équité, égalité et commodité.