

GUIDE D'ANALYSE JURIDIQUE
DES DECISIONS LIEES A LA COVID

Cabinet DI VIZIO
Avocats à la Cour
203 rue de Vaugirard
75015 PARIS

Préambule

La crise sans précédent que la plupart des pays du globe traverse aura ébranlé en moins d'un an toutes nos certitudes.

Nous nous pensions immortels, et voici que la mort nous a rattrapé, brutalement, par surprise, frappant sournoisement.

Nous étions plongés dans nos rêves de voyages d'affaires ou d'agrément et nos avions ont été cloués au sol, nous contraignant à nous replier sur nos territoires perdus !

Nous nous pensions à l'abri de la pluie de ces étranges épidémies qui ne mouillent que ceux qui n'ont guère suffisamment de ressources pour s'offrir la protection des tuiles, et voici que nous avons été inondés comme personne et comme jamais ce ne fut le cas dans l'histoire récente de nos sociétés occidentales

Nous rêvions d'avenir, et nous avons dû nous plonger dans notre passé lointain pour trouver une façon de se protéger contre le Tsunami qui nous a dévasté, en usant d'un confinement dont l'efficacité est de plus en plus discutée

« Restez chez vous ! » est devenu le nouveau cri de ralliement d'un monde ébranlé par la stupeur.

Tout ceci, nous l'avons vu, tout ceci, nous l'avons vécu !

Mais il est une autre réalité que peu de monde a vu, il est une autre pièce macabre qui s'est jouée sous nos yeux, mais que seuls ont pu voir quelques initiés : **celle de la liberté devenue exception, et de la police devenue règle.**

La mort de nos personnes âgées n'aura eu d'égale que la disparition de nos principes fondateurs de société, ceux là qui avaient traversé les siècles et que quelques mois d'une épidémie venue de loin auront suffi à anéantir à peu de frais.

Choisir c'est renoncer, et il n'est de liberté sans choix, et ici tout porte à croire que c'est aveuglés par la peur que les pouvoirs publics ont exercé leur mission régaliennne de protection de l'ordre public.

Ont-ils mesuré les conséquences des renoncements auxquels ils ont consenti ?

C'est peu probable, et cet ouvrage, modeste, issu de la réflexion d'observateurs de premier plan de la crise sanitaire, n'a d'autre ambition que celle-ci : remettre de la conscience au cœur de la décision politique !

La conscience que chaque renoncement à la liberté est un coup de massue dans le mûr de la démocratie et qu'il faut être prudent avant de lancer l'épais marteau de la protection de la santé publique contre le mur de l'Etat de droit, car une fois effrité, celui-ci résiste bien plus mal aux assauts suivants, même les plus minimes.

Et une fois la démocratie mise à terre, pierre à pierre, c'est un autre tsunami qui nous menacera, et nous serons bien en peine de pouvoir lutter.

La conscience de que le droit de s'arrête jamais à la porte des crises et qu'il en est toujours le phare, indiquant le port aux marins perdus en haute mer !

Quand la tempête fait rage, que la mort frappe l'équipage du navire de l'Etat, celui-ci doit toujours regarder le phare du droit, toujours se repérer à la lumière espérante au milieu de la pluie battante et des vagues prêtes à tout engloutir

Tenir bon, fixer et garder le cap du droit sont les seules armes du pouvoir exécutif lorsque les tourments de la mer se déchaînent

C'est ce cap que nous voudrions ici proposer au législateur !

Fabrice DI VIZIO
Avocat à la Cour

Chapitre 1

Le principe de précaution

Le principe de précaution peut se résumer en une formule facile à entendre : l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées par les autorités publiques afin de prévenir les risques de dommages graves à l'environnement ou à la santé humaine.

Le principe de précaution a une origine assez difficile à définir dans la mesure où il constitue un principe dialectique toujours plus ou moins sous-entendu dans l'élaboration des politiques publiques.

Sa première mention véritable et opposable sur le plan juridique réside dans le traité de Maastricht de 1992.

L'article 130 R de cet instrument énonce que :

« 1. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants :

- la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,*
- la protection de la santé des personnes,*
- l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,*
- la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement.*

2. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté.

Dans ce contexte, les mesures d'harmonisation répondant à de telles exigences comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour des motifs environnementaux non économiques, des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle.

3. Dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, la Communauté tient compte :

- des données scientifiques et techniques disponibles,*
- des conditions de l'environnement dans les diverses régions de la Communauté,*
- des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action,*
- du développement économique et social de la Communauté dans son ensemble et du développement équilibré de ses régions.*

4. Dans le cadre de leurs compétences respectives, la Communauté et les États membres coopèrent avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes. Les modalités de la coopération de la Communauté peuvent faire l'objet d'accords entre celle-ci et les tierces parties concernées, qui sont négociés et conclus conformément à l'article 228.

L'alinéa précédent ne préjuge pas la compétence des États membres pour négocier dans les instances internationales et conclure des accords internationaux ».

Ce principe a ensuite été intégré aux différents instruments européens et en dernier lieu à l'article 191 du TFUE, avant d'intégrer le champ du droit national, d'abord via la charte de l'environnement, qui lui confère une valeur constitutionnelle, puis au domaine de la loi à l'article L. 110-4 du Code de l'environnement.

Toutefois, par la suite, ce principe s'est étendu à d'autres champs et notamment au champ sanitaire, là encore sous l'influence de l'Union européenne et notamment dans un arrêt du 5 mai 1998 relatif à la vache folle.

Dans cette décision la CJCE énonce :

« Or, 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.

Cette approche est corroborée par l'article 130 R, paragraphe 1, du traité CE, selon lequel la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Le paragraphe 2 du même article prévoit que cette politique, visant un niveau de protection élevé, se fonde notamment sur les principes de précaution et d'action préventive et que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté » (CJCE, 5 mai 1998, n° C-180/96, § 99 et 100).

Percevant les dangers de ce principe, la Commission européenne dans une communication du 2 février 2000, a précisé le champ du principe. Elle y affirme que :

« Selon la Commission européenne, le principe de précaution peut être invoqué lorsqu'un phénomène, un produit ou un procédé peut avoir des effets potentiellement dangereux, identifiés par une évaluation scientifique et objective, si cette évaluation ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude.

Le recours au principe s'inscrit donc dans le cadre général de l'analyse du risque (qui comprend, en dehors de l'évaluation du risque, la gestion du risque et la communication du risque), et plus particulièrement dans le cadre de la gestion du risque qui correspond à la phase de prise de décision.

La Commission souligne que le principe de précaution ne peut être invoqué que dans l'hypothèse d'un risque potentiel, et qu'il ne peut en aucun cas justifier une prise de décision arbitraire.

Le recours au principe de précaution n'est donc justifié que lorsque trois conditions préalables sont remplies :

- ***l'identification des effets potentiellement négatifs;***
- ***l'évaluation des données scientifiques disponibles;***
- ***l'étendue de l'incertitude scientifique »***

La Commission ajoute que :

« De plus, les principes généraux de la gestion des risques restent applicables lorsque le principe de précaution est invoqué. Il s'agit des cinq principes suivants :

- ***la proportionnalité entre les mesures prises et le niveau de protection recherché;***
- ***la non-discrimination dans l'application des mesures;***
- ***la cohérence des mesures avec celles déjà prises dans des situations similaires ou utilisant des approches similaires;***
- ***l'examen des avantages et des charges résultant de l'action ou de l'absence d'action;***
- ***le réexamen des mesures à la lumière de l'évolution scientifique ».***

A l'exception du champ de l'environnement, le principe de précaution n'a pas reçu de consécration en tant que tel, en droit français. Toutefois, sa nature hybride et surtout son statut de guide de raisonnement lui a permis de s'imposer et de se maintenir dans le paysage juridique français.

Le Conseil d'Etat a ainsi pu l'appliquer à de nombreuses reprises. C'est, par exemple en vertu de ce principe qu'il retient la responsabilité de l'état dans l'affaire du sang contaminé en 1993 :

« il appartenait à l'autorité administrative, informée à ladite date du 22 novembre 1984, de façon non équivoque, de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation des produits chauffés qui étaient alors disponibles sur le marché international, d'interdire sans attendre d'avoir la certitude que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés, la délivrance des produits dangereux (...); que cette carence fautive de l'Administration est de nature à engager la responsabilité de l'État à raison des contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins pratiquées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985 » (CE, 9 avr. 1993, n° 138653).

Dans cet arrêt, L'État français est condamné parce qu'il s'est abstenu, alors qu'il savait qu'il y avait un risque sérieux de contamination et qu'il le savait, de prendre les mesures pour éviter la contamination.

Par la suite les applications de ce principe se sont multipliées. Dans l'affaire substance active fenbutatin oxyde le Conseil d'Etat considère que :

« faute de se fonder sur des éléments précis tirés d'analyses scientifiques relatives aux dangers des produits concernés pour la santé publique ou l'environnement ou d'études établissant l'existence de produits de substitution efficaces et disponibles » le ministre de l'environnement ne peut invoquer le principe de précaution pour retirer un produit du marché (CE, 24 juill. 2009, n° 316013).

Cet arrêt illustre le champ du principe de précaution, souvent mal compris et qui ne doit pas être absolu comme l'a détaillé la Commission : ce n'est pas le doute qui permet la mobilisation de ce principe, mais le risque.

Cette approche a été plutôt bien réceptionnée par les juridictions. Ainsi, dans un arrêt de la CJUE récent, relatif à l'interdiction de commercer des produits à base de CBD, la Cour de l'Union européenne a pu juger :

« Certes, l'évaluation que l'État membre est tenu d'effectuer pourrait révéler un grand degré d'incertitude scientifique et pratique à cet égard. Une telle incertitude, indissociable de la notion de précaution, influe sur l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'État membre et se répercute ainsi sur les modalités d'application du principe de proportionnalité. Dans de telles circonstances, il doit être admis qu'un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Toutefois, l'évaluation du risque ne peut se fonder sur des considérations purement hypothétiques (arrêt du 28 janvier 2010, Commission/France, C-333/08, EU:C:2010:44, point 91).

Une application correcte du principe de précaution présuppose, en premier lieu, l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé de l'utilisation proposée du produit dont la commercialisation est interdite et, en second lieu, une évaluation compréhensive du risque pour la santé fondée sur les données scientifiques disponibles les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale (arrêt du 28 janvier 2010, Commission/France, C-333/08, EU:C:2010:44, point 92).

Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives (arrêt du 28 janvier 2010, Commission/France, C-333/08, EU:C:2010:44, point 93) » (CJUE, 19 nov. 2020, n° C-663/18, § 90 à 92, nous soulignons).

Ainsi, ce n'est que si un risque est identifié que des mesures, justifiées par le principe de précaution, peuvent être entreprises à son encontre.

Le principe de précaution est une notion hybride qui doit être utilisée systématiquement mais avec discernement par le juge, ce qui suppose que le plaideur l'invoque intelligemment.

Or, c'est très précisément ce principe que le Conseil d'Etat a abdiqué pendant la crise sanitaire.

Plus exactement, il a fixé un degré d'exigence si élevé dans l'appréciation qu'elle a abouti à quelques rares exceptions près, et pour des mesures particulièrement mineures, à systématiquement confirmer l'action du Gouvernement.

Dit autrement, le Conseil d'Etat a servi de chambre d'enregistrement des décisions du Gouvernement en se refusant à exercer le contrôle qui lui incombe.

Quelques exemples suivent.

Chapitre 2

Le masque en extérieur

On rappellera utilement et en premier lieu, la distinction entre masque chirurgical et masque FFP2, détaillée dans un rapport d'information sénatorial du 6 mai 2009 :

« Quant aux masques de protection, il en existe deux catégories : d'une part, les masques de protection respiratoire de type FFP2 pour les professionnels de santé, destinés à protéger celui qui le porte contre l'inhalation d'agents infectieux, et, d'autre part, des masques anti projections dits « chirurgicaux » destinés à être portés par les malades pour protéger leur entourage ».

Cette distinction est la clé d'utilisation des masques : le masque chirurgical n'a pas vocation à protéger le porteur mais son entourage. Ce sont donc les malades qui doivent porter les masques chirurgicaux, et non les personnes en bonne santé qui ne veulent pas attraper ce virus. A l'inverse, le masque FFP2 a bien une fonction de protection du porteur contre la contamination.

Après plusieurs hésitations, la Doctrine de l'Etat concernant ces protections s'est établie comme suit : les soignants doivent en principe s'équiper de FFP2 et les citoyens doivent s'équiper de masques chirurgicaux, notamment en raison de la forte proportion de porteurs asymptomatiques, à fort potentiel contaminant.

Par plusieurs décrets successifs, le port du masque dans les établissements recevant du public a été décidé. S'est alors posé la question du port du masque à l'extérieur.

Le principe de proportionnalité constitue, en droit français, un mécanisme de contrôle juridictionnel. Le conseil d'Etat considère classiquement que la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception.

L'arrêt Benjamin fournit une illustration classique de ce principe : l'autorité administrative ne peut interdire un rassemblement que si les troubles qui sont susceptibles de s'induire de ce rassemblement ne peuvent être évités par d'autres moyens moins attentatoires, ce qui était le cas en l'espèce, le maire pouvant faire respecter l'ordre public en sollicitant les forces de l'ordre (CE, 9 mai 1933, Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers, n° 17413 17520).

La méthodologie à adopter pour déterminer si une atteinte est disproportionnée ou non est précisée dans un arrêt du 26 octobre 2011 : le Conseil d'Etat instaure un « triple contrôle », c'est-à-dire qu'il appartient au juge de déterminer si la mesure est « adaptée, nécessaire et proportionnée » au but poursuivi (CE, 26 oct. 2011, n° 317827).

L'objectif poursuivi est, bien évidemment, la protection de la santé publique.

le port du masque hors des espaces clos et où le non-respect des gestes barrière ne peut être garanti ne repose sur aucun fondement épidémiologique.

S'appuyant entre autres sur la lettre ouverte publiée le 4 juillet 2020 citée supra, le Haut Conseil de la Santé Publique a pu écrire, rappelant les termes de son avis du 8 avril 2020 :

« Dans l'air extérieur, l'effet de dilution est prépondérant et la probabilité qu'un aérosol contenant des virus soit inhalé avec une charge infectante suffisante, est estimée faible en dehors du champ proche, dans un rassemblement par exemple. Par ailleurs, en milieu extérieur, de jour, les rayons ultraviolets contribuent à une disparition rapide des virus [10] ».

La note de bas de page renvoie aux références suivantes :

« Hessling M, Hönes K, Vatter P, Lingenfelder C. Ultraviolet irradiation doses for coronavirus inactivation—review and analysis of coronavirus photo inactivation studies. GMS Hyg Infect Control. 2020; 15:Doc08. DOI:10.3205/dgkh000343 ; URN:urn:nbn:de:0183-dgkh0003436 »

Actualisant cet avis, le HCSP a indiqué dans son dernier avis du 27 juillet 2020 :

« Le HCSP considère qu'après actualisation des données de la littérature (juillet 2020), une transmission aéroportée du virus SARS-CoV-2 doit être envisagée dans les espaces clos, notamment mal aérés et insuffisamment ventilés, et dans des rassemblements en extérieur »

Puis :

« Le HCSP recommande :

[...]

en cas de rassemblements avec une forte densité de personnes en extérieur, le port du masque grand public, de préférence en tissu réutilisable, couvrant le nez et la bouche, répondant aux spécifications de la norme AFNOR S76-001 » (nous soulignons)

S'appuyant ainsi sur le dernier état de la littérature, le HCSP considère ainsi que le port du masque en extérieur ne se justifie que dans les cas où la densité de personnes ne permet pas le respect de la distanciation sociale.

C'est en vertu de cette analyse que le pouvoir réglementaire a adopté son « plan national de déconfinement » qui n'impose le port du masque que dans les cas où le respect de la distanciation sociale est impossible.

Par conséquent, le pouvoir réglementaire considère que la protection des salariés ne nécessite d'imposer le port du masque que dans les cas où la possibilité de respecter les gestes barrière est impossible.

Ainsi si le port du masque est de nature à combattre la propagation du virus, son port en extérieur hors des cas où le respect de la distanciation physique est impossible n'est ni nécessaire ni proportionné puisque les risques de contamination par le virus, hors des zones

où la densité de population est importante, sont faibles, les rayons ultra-violets ayant, selon le HCSP pour effet de prévenir sa diffusion par aérosol hors d'une courte portée.

Dès lors, imposer le port du masque en extérieur dans les situations où la distanciation sociale serait pourtant théoriquement possible revient à essayer d'empêcher les contaminations dans un milieu où il ne ressort pourtant pas des travaux scientifiques utilisés par le gouvernement pour établir sa stratégie, qu'il y aurait un risque.

Le Gouvernement impose donc une mesure de précaution contre un risque qui n'est pas démontré.

Or, on l'a dit plus haut, le principe de précaution impose que le risque soit identifié et réel. Si un tel risque de contamination en extérieur avait été détecté, nul doute que le HCSP, sans pour autant affirmer qu'il existait, aurait à tout le moins indiqué qu'il ne saurait être exclu et qu'il était sérieux.

En l'absence d'une telle mention, il nous apparaît que le risque a été surestimé par le Gouvernement lorsqu'il a imposé le port du masque.

Bien sûr, on aurait pu arguer qu'il était plus simple pour le citoyen de comprendre le périmètre en imposant le port du masque en extérieur plutôt que de procéder à des distinctions particulièrement subtiles et pas toujours accessibles aux non juristes.

Le Conseil d'Etat a justement été saisi de cet argument dans le cadre des recours contre le port du masque imposé par les préfets dans la période suivant le premier confinement et s'il en a reconnu la justesse, il a toutefois limité sa portée, jugeant notamment :

« Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération. Il en résulte que le préfet, lorsqu'il détermine les lieux dans lesquels il rend obligatoire le port du masque, est en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour englober de façon cohérente les points du territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique, de sorte que les personnes qui s'y rendent puissent avoir aisément connaissance de la règle applicable et ne soient pas incitées à enlever puis remettre leur masque à plusieurs reprises au cours d'une même sortie. Il peut, de même, définir les horaires d'application de cette règle de façon uniforme dans l'ensemble d'une même commune, voire d'un même département, en considération des risques encourus dans les différentes zones couvertes par la mesure qu'il adopte. Il doit, toutefois, tenir compte de la contrainte que représente, même si elle reste mesurée, le port d'un masque par les habitants des communes concernées, qui doivent également respecter cette obligation dans les transports en commun et, le plus souvent, dans leur établissement scolaire ou universitaire ou sur leur lieu de travail » (CE, 6 sept. 2020, n° 443750, nous soulignons).

Dans cette espèce, spécifiquement, le Conseil d'Etat en a déduit que l'arrêté du Préfet du Bas-Rhin était illégal dès lors qu'il aurait dû exclure « certaines zones au moins de plusieurs des

communes considérées, notamment lorsqu'un centre-ville peut être plus aisément identifié, [qui] pourraient, eu égard à leurs caractéristiques, être exceptées de l'obligation de port du masque édictée, tout en respectant le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise ».

Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré que dans les périmètres comprenant une zone où le port du masque pouvait se justifier en raison de la densité de population, les autorités pouvaient imposer le port du masque.

Le Conseil d'Etat a donc dévoyé le principe de précaution, pour ne pas entraver l'action administrative.

Chapitre 3

La liberté de prescription

Le principe de précaution n'est pas le seul à avoir été malmené par le Conseil d'Etat pendant la crise, le principe de séparation des pouvoirs a également été « adapté » par cette juridiction, dans un sens évidemment favorable au Gouvernement.

Il existe, en effet, une distinction nette, en droit français entre le pouvoir législatif qui échoit au Parlement, et le pouvoir réglementaire qui échoit au Gouvernement et à ses représentants.

En principe, ces deux pouvoirs ont des champs de compétence distincts.

L'article 34 de la Constitution dispose que :

« La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

- la création de catégories d'établissements publics ;

- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;

- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense nationale ;

- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

- de l'enseignement ;

- de la préservation de l'environnement ;

- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ».

L'article 37, lui, énonce :

« Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

La compétence en matière réglementaire est donc résiduelle : tout ce qui ne relève pas du domaine de la loi relève du domaine du règlement.

L'article 21, ensuite, réserve au Premier ministre l'exercice du pouvoir réglementaire, tandis que l'article 24 fait du pouvoir législatif le domaine réservé du Parlement.

Il s'agit là d'un principe fondamental irriguant le droit constitutionnel français, celui de la séparation des pouvoirs.

Il est ainsi clairement acté, dans l'architecture institutionnelle Française de 1958 que le Parlement ne peut adopter de mesures réglementaires, quand le Premier ministre, les ministres ou les autorités déléguées ou locales ne peuvent prendre d'actes relevant du domaine de la loi.

Il est à ce titre admis que le pouvoir législatif est hiérarchiquement supérieur au pouvoir réglementaire.

Il n'est donc pas possible de déroger à une loi par un règlement à moins qu'une telle dérogation n'ait été rendue possible par la loi elle-même.

En vertu de ce principe, nous avons estimé que l'arrêté du 26 mai 2020 interdisant aux pharmaciens de délivrer du plaquénil, le nom commercial de l'hydroxychloroquine, contrevenait aux dispositions législatives.

En effet, l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique dispose, à son I que :

« I.- Une spécialité pharmaceutique peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché en l'absence de spécialité de même principe actif, de même dosage et de même forme pharmaceutique disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées, sous réserve qu'une recommandation temporaire d'utilisation établie par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé sécurise l'utilisation de cette spécialité dans cette indication ou ces conditions d'utilisation. Lorsqu'une telle recommandation temporaire d'utilisation a été établie, la spécialité peut faire l'objet d'une prescription dans l'indication ou les conditions d'utilisations correspondantes dès lors que le prescripteur juge qu'elle répond aux besoins du patient. La circonstance qu'il existe par ailleurs une spécialité ayant fait l'objet, dans cette même indication, d'une autorisation de mise sur le marché, dès lors qu'elle ne répondrait pas moins aux besoins du patient, ne fait pas obstacle à une telle prescription.

En l'absence de recommandation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées, une spécialité pharmaceutique ne peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché qu'en l'absence d'alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation et sous réserve que le prescripteur juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique de son patient ».

L'article L 162-2 du Code de la sécurité sociale dispose que :

« Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971 ».

Ces deux articles consacrent ainsi le principe selon lequel le médecin peut légalement prescrire la spécialité pharmaceutique qu'il souhaite au patient qu'il souhaite, la contrepartie de cette liberté étant toutefois la responsabilité.

S'il s'est refusé à le qualifier de droit et liberté fondamentale, le Conseil Constitutionnel a considéré que ce principe, réceptionné aux articles de loi cités *supra*, constituait un « principe déontologique fondamental » :

« Considérant que l'article 17 de la loi ne méconnaît en rien les principes invoqués ; qu'au surplus, demeure en vigueur l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale qui se réfère à des principes déontologiques fondamentaux et notamment au libre choix du médecin par le malade et à la liberté de prescription du médecin » (C. constit., 22 janv. 1990, n°89-269 DC, § 28).

Le Conseil d'Etat pour sa part, lui a conféré la valeur de principe général du droit (CE, 18 févr. 1998, n° 171851 : « *Considérant que dans l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par les articles 9 et 56 de la loi susvisée du 9 novembre 1988, le congrès du territoire est tenu de respecter les principes généraux du droit, qui s'imposent à toutes les autorités réglementaires, même en l'absence de dispositions législatives ; qu'au nombre de ces principes figurent la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription* »).

L'obligation de dispensation du médicament par le pharmacien constitue le prolongement de la liberté de prescription du médecin et est même une condition d'effectivité de ce droit puisque si le pouvoir est en mesure d'interdire à un pharmacien de dispenser une ou plusieurs spécialités alors, la liberté de prescription du médecin sans être formellement violée, a pour effet de priver cette liberté de son effectivité.

Au cas particulier, le virus à l'origine de l'épidémie de covid-19 est très contagieux et présente un risque de mortalité élevé. L'émergence de ce coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19, de caractère pathogène et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020. La propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre des solidarités et de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion. Le législateur, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020.

Une controverse scientifique s'est développée autour de l'efficacité des traitements à base d'hydroxychloroquine.

Le manque de données scientifiques en faveur ou contre l'hydroxychloroquine implique que le débat est avant tout scientifique et non juridique.

C'est, alors, à chaque médecin d'apprécier si l'état de santé du patient justifie le traitement à l'hydroxychloroquine et ce, sous sa propre responsabilité.

Il est indiqué, en tête de l'arrêté du 26 mai 2020 créant l'article 6-2 à l'arrêté du 23 mars 2020, que cet arrêté est adopté :

« Vu le code de la santé publique, notamment son article L. 3131-16 ».

L'article L. 3131-16 du Code de la santé publique énonce :

« Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le ministre chargé de la santé peut prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception des mesures prévues à l'article L. 3131-15, visant à mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12.

Dans les mêmes conditions, le ministre chargé de la santé peut prescrire toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre en application des 1° à 9° du I de l'article L. 3131-15 ».

Dans un attendu devenu classique, le conseil d'Etat a rejeté toutes les demandes formulées devant lui visant à faire autoriser la prescription d'hydroxychloroquine et la dispensation de PLAQUENIL, considérant que :

« à défaut " de données acquises de la science " à la date à laquelle ont été prises les dispositions contestées [il s'agit des mesures de limitation de la dispensation du PLAQUENIL mais également des limitations de prescription de l'hydroxychloroquine mises en place dans le cadre du décret du 23 mars 2020], il n'apparaît pas que le moyen tirés de ce qu'elles portent atteinte à la liberté de prescription du médecin ou au droit des patients de recevoir, sous réserve de leur consentement libre et éclairé, les traitements et les soins appropriés à leur état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, soient propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à leur légalité, sans que les éléments nouveaux intervenus depuis leur édicition qu'invoque la requérante soient de nature à remettre en cause cette appréciation » (CE, 22 avr. 2020, n° 439951 ; 440026).

Néanmoins, s'agissant de l'arrêté du 26 mai 2020, la question de l'existence ou non de « données acquises de la science » est indifférente. En effet, qu'il existe ou non des données acquises de la science, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une atteinte, par voie réglementaire à un principe à valeur législative.

Certes, comme il a été dit *supra*, l'arrêté du 26 mai 2020 a été adopté au visa de l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique, de sorte qu'une lecture rapide pourrait laisser à penser que, l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique ayant une valeur législative, il est susceptible de déroger aux articles L. 5121-12-1 du Code de la santé publique et L. 162-2 du Code de la sécurité sociale, ce qui impliquerait qu'un arrêté adopté conformément à la législation relative à l'état d'urgence pourrait venir déroger au principe de liberté de prescription du médecin.

Toutefois, l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique permet au Ministre de la santé de « prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception des mesures prévues à l'article L. 3131-15, visant à mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 » (nous soulignons).

Ainsi l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique instaure deux limites au pouvoir du Ministre dans le cadre de l'état d'urgence. En premier lieu, la mesure que le Ministre de la santé peut prendre ne peut être que réglementaire, et en second lieu, la mesure adoptée doit avoir pour objet de mettre fin à la catastrophe sanitaire.

La catastrophe sanitaire doit s'entendre de l'évènement qui a conduit au déclenchement de l'état d'urgence sanitaire c'est-à-dire, en l'espèce, et conformément à l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, n° 2020-290, l'épidémie de covid-19.

Or, s'agissant de l'arrêté du 26 mai 2020, les deux gardes fous instaurés à l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique ne sont pas respectés.

S'agissant du caractère réglementaire de la mesure adoptée, l'article 34 de la Constitution énonce :

« La loi détermine les principes fondamentaux :

[...]

-du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

Comme il a été dit *supra*, la liberté de prescription est consacrée à l'article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale. A ce titre, et dans la mesure où cet article a une valeur législative, il doit être regardé comme un principe fondamental de la sécurité sociale.

Par conséquent, seule une loi peut y porter atteinte.

Or, l'arrêté du 26 mai 2020 a pour objet de restreindre la dispensabilité d'une spécialité pharmaceutique pourtant librement prescrite par le médecin.

Il s'agit d'une atteinte à la liberté de prescription du médecin, laquelle constitue un principe législatif. La mesure adoptée n'a donc pas un caractère réglementaire.

Mais il y a plus.

En effet, la mesure adoptée a pour objet de restreindre la dispensabilité de la spécialité pharmaceutique PLAQUENIL.

Or, cette restriction est motivée par le fait que la spécialité Plaquénil était prescrite par plusieurs médecins pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, et ce, alors que plusieurs études avaient, à tort ou à raison, affirmé son inutilité à cet effet.

Par conséquent, la restriction de la dispensabilité de cette spécialité n'avait pas pour objet de lutter contre la catastrophe sanitaire puisque justement son usage était indifférent à la lutte contre cette catastrophe.

La vraie raison qui motive cette restriction est que l'augmentation des prescriptions causait une tension sur l'approvisionnement de cette molécule.

Cet argument ayant été soulevé devant le juge, le Ministre l'a admis volontiers, écrivant :

« [Les dispositions contestées] ont été prises afin d'éviter une tension sur l'approvisionnement de cette molécule pour les patients qui y ont recours dans le cadre des indications de son AMM et concernent donc l'adaptation temporaire de l'organisation et du fonctionnement du système de santé, qui relevait de la compétence

du ministre chargé de la santé sur le fondement de l'article L. 3131-16 du CSP et non un médicament destiné à l'éradication de la catastrophe sanitaire au sens du 9° de l'article L.3131-15 puisque précisément, les données disponibles ne permettaient plus de l'indiquer pour les patients atteints de la Covid 19 ».

Puis, plus bas :

« En l'espèce, réserver la dispensation par les officines de ville de l'hydroxychloroquine aux indications relevant de son AMM permet d'éviter une tension sur son approvisionnement pour les patients qui y ont recours dans le cadre des indications de son AMM tout en garantissant la préservation de la santé publique des patients atteints de la Covid-19 » (nous soulignons).

Or, cette motivation, pour toute justifiée qu'elle puisse être considérée, ne répond pas à un objectif de lutte contre la catastrophe sanitaire.

Le Ministre le reconnaît expressément dans son mémoire...

Par conséquent, l'arrêté adopte des mesures qui ne sont pas réglementaires, et qui n'ont pas pour objet de lutter contre la catastrophe sanitaire.

Il s'en infère que l'arrêté viole l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique.

Saisi en référé, le Conseil d'Etat a rejeté la contestation en retenant que :

« il ressort des motifs de l'arrêté du 26 mai 2020 qui a créé les dispositions contestées, publiés au Journal officiel de la République française, que ces dernières ont été prises « eu égard aux dernières données scientifiques concernant les risques qui s'attachent à l'utilisation de l'hydroxychloroquine dans la prise en charge des patients atteints du Covid 19 ». En prenant, pour ces motifs, qui ne sont pas contestés par les requérants, lesquels se prévalent d'une liberté absolue de prescription des médecins, le ministre des solidarités et de la santé s'est borné à tirer les conséquences, au regard des restrictions à la prescription des spécialités pharmaceutiques fixées par l'article L. 5121-12-1 du code de la santé publique cité au point 17, de l'abrogation par le Premier ministre de l'autorisation spéciale de prescription de la spécialité pharmaceutique Plaquenil, Par ailleurs, ainsi que l'indique le ministre en défense, cette mesure permettant en outre d'éviter une tension sur l'approvisionnement de cette spécialité pour les patients qui y ont recours dans le cadre des indications de son autorisation de mise sur le marché, elle est au nombre des mesures d'organisation du dispositif de santé mentionnées à l'article L. 3131-16 du code de la santé publique. Ainsi, il ne résulte pas de l'instruction que les dispositions contestées auraient excédé le champ de l'habilitation prévue par cet article L. 3131-16 » (CE, 10 juil. 2020, n° 441549).

Le Conseil d'Etat a donc reconnu la justesse de l'argument puisque lui considère également que l'interdiction de délivrance vise à éviter les ruptures de stock pour les patients qui en ont réellement besoin, sous-entendu les patients qui ne sont pas victimes du covid, mais il refuse **pourtant d'en tirer la conséquence, à savoir que la mesure ne permet pas de lutter contre**

l'épidémie et dès lors mécaniquement, le ministre de la santé s'est vu attribuer une compétence qu'il ne tenait d'aucun texte

Chapitre 4

Le passeport vaccinal

Ce sujet est le plus récent et le plus crispant pour le public, notamment au vu du projet de loi déposé le 21 décembre visant à pérenniser l'état d'urgence sanitaire.

En effet, on le sait, le Président de la République a affirmé à plusieurs reprises et de façon constante que le vaccin contre le covid ne serait pas obligatoire.

Pourtant le projet de loi en question a semé le trouble. Selon l'exposé des motifs, l'épidémie de Covid-19 a montré l'insuffisance du cadre légal pour lutter contre la crise sanitaire, ce qui a imposé la prise, en urgence, d'un dispositif permettant l'adoption de mesures permettant de lutter contre l'épidémie.

C'est à cette carence que ce projet de loi a prévu de répondre.

Le projet de loi reprend l'architecture institutionnelle qui a déjà cours dans le régime actuel et donne au Premier ministre le pouvoir de prendre des mesures relatives :

- A la réglementation ou à l'interdiction de circulation des personnes ;
- Au confinement ;
- A la fermeture provisoire des ERP, tout en garantissant l'accès aux biens de première nécessité ;
- A la limitation des rassemblements sur la voie publique ;
- A toute mesure limitant la liberté d'entreprendre ;
- Aux restrictions de circulation, d'accès à certains lieux, à certains moyens de transports ou à l'exercice de certaines activités à la présentation d'un test de dépistage négatif, au suivi d'un traitement préventif, y compris un vaccin ou d'un traitement curatif.

Finalement la seule différence notable entre le projet et le régime actuel réside dans le dernier point, qui permet au Premier ministre de limiter certaines libertés sous réserve de présentation d'un test négatif ou à la preuve de la prise d'un traitement préventif ou curatif.

Plus précisément, le texte est le suivant :

« Le Premier ministre peut, le cas échéant dans le cadre des mesures prévues aux 1° à 5°, subordonner les déplacements des personnes, leur accès aux moyens de transports ou à certains lieux, ainsi que l'exercice de certaines activités à la présentation des résultats d'un test de dépistage établissant que la personne n'est pas affectée ou contaminée, au suivi d'un traitement préventif, y compris à l'administration d'un vaccin, ou d'un traitement curatif. Le décret mentionné au deuxième alinéa du présent article précise l'étendue de cette obligation ainsi que ses modalités d'application s'agissant notamment des catégories de personnes concernées ».

La première observation que l'on peut faire à la lecture de ce texte réside dans l'articulation entre test de dépistage, traitement préventif ou curatif.

Le texte ne précise pas si le citoyen est libre de choisir soit un test négatif, soit qu'il suit un traitement préventif soit qu'il suit un traitement curatif.

Une lecture absolutiste du texte pourrait donc permettre de considérer que le Premier ministre serait libre de fixer, dans le décret établissant les restrictions, la modalité de preuve qui peut être exigée du citoyen.

Il est toutefois vraisemblable, compte tenu de la structure du texte qu'un juge retiendrait une option du justiciable.

C'est d'ailleurs la lecture qu'en fait le Conseil d'Etat, saisi de ce projet de loi, dans son avis puisqu'il écrit :

« Le Conseil d'Etat souligne la portée de la disposition permettant au Premier ministre de subordonner l'accès à certaines activités, dont l'exercice même de certaines activités professionnelles, et à certains lieux, dont le cas échéant la simple sortie du domicile, à la présentation du résultat d'un test de dépistage concluant à la non contamination de la personne ou à la prise par celle-ci d'un traitement préventif ou curatif »

Il serait toutefois souhaitable que cette lecture soit expressément entérinée dans le texte.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans son avis, estime que :

« Le Conseil d'Etat souligne la portée de la disposition permettant au Premier ministre de subordonner l'accès à certaines activités, dont l'exercice même de certaines activités professionnelles, et à certains lieux, dont le cas échéant la simple sortie du domicile, à la présentation du résultat d'un test de dépistage concluant à la non contamination de la personne ou à la prise par celle-ci d'un traitement préventif ou curatif. Cette disposition va au-delà des dispositions actuelles, qui mentionnent le seul dépistage préalable à l'accès à certains moyens de transport aérien (4° du I de l'article 1er de la loi du 9 juillet 2020).

Le caractère nécessaire, proportionné et approprié d'une telle mesure ne saurait être regardé comme exclu dans la perspective, qui est celle du projet de loi, de disposer de moyens juridiques pérennes de réponse à des catastrophes sanitaires dont la gravité ne peut être anticipée. Elle peut permettre, par elle-même, de concilier, dans les hypothèses d'épidémie d'une particulière gravité, l'exercice effectif de certaines libertés avec l'objectif de protection de la santé publique, en lieu et place de mesures plus généralisées ou plus restrictives des libertés en cause, notamment de la liberté d'aller et venir et de la liberté d'entreprendre.

Le Conseil d'Etat souligne toutefois que, sans être par elle-même assimilable à une obligation de soins, une telle mesure peut, si notamment elle conditionne la possibilité de sortir de son domicile, avoir des effets équivalents et justifie, à ce titre, un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles. Par suite, le Conseil d'Etat propose une rédaction visant à préciser la nature des activités ou lieux concernés, et encadrant davantage le contenu du décret du Premier ministre s'agissant des catégories de personnes le cas échéant concernées ».

Le Conseil d'Etat considère que cette mesure peut donc se justifier si elle permet d'éviter une mesure plus contraignante pour l'ensemble de la population.

Dit autrement, on interdit aux malades de circuler pour permettre d'éviter un confinement des autres.

Toutefois, le Conseil d'Etat fixe une première limite et précise que cette acception est possible « *dans les hypothèses d'épidémie **d'une particulière gravité*** ».

Cette limite semble toutefois inhérente au système même d'état d'urgence sanitaire qui n'a pas vocation à être mobilisé pour une banale épidémie de rhume, mais pose néanmoins la question de savoir qui est le gardien de la particulière gravité et à compter de quel moment s'agit-il de considérer la condition comme remplie

Doit-on raisonner, si nous reprenons l'exemple du covid, au travers du nombre de cas positifs, même asymptomatiques, du nombre de lits d'hospitalisation occupés, ou du nombre de lits de réanimation. ?

Cette dernière question ne va pas sans poser de problèmes, en ce que si le critère est celui du taux d'occupation des lits de réanimation, celui-ci présente le biais des politiques publiques de réduction des lits en pareille matière.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat considère que cette mesure ne s'analyse pas comme une obligation de soins mais peut avoir des effets équivalents surtout si, par exemple, l'interdiction est tellement large qu'elle revient à une quarantaine.

Pour éviter une telle dérive il suggère de mieux encadrer les lieux où une telle interdiction pourrait s'exercer.

Saisi de la loi du 23 mars 2020, le conseil constitutionnel, pour sa part avait considéré que le fait que la loi confère un certain nombre de pouvoirs au Premier ministre ne posait aucune difficulté constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 11 mai 2020 a jugé que les dispositions instaurant les pouvoirs du Premier ministre étaient conformes à la constitution en ce que :

« Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « garantit à tous ... la protection de la santé ». Il en découle un objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

17. La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet

article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration.

18. Le 1° du paragraphe I de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique permet au Premier ministre de réglementer ou d'interdire la circulation des personnes et des véhicules et de réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage. Ces dispositions portent atteinte à la liberté d'aller et de venir.

19. Le 5° du même paragraphe autorise le Premier ministre à ordonner la fermeture provisoire et à réglementer l'ouverture des établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion. Ces dispositions portent atteinte à la liberté d'entreprendre et, en ce qu'elles restreignent la liberté de se réunir, au droit d'expression collective des idées et des opinions.

20. Le 7° du même paragraphe permet au Premier ministre d'ordonner la réquisition de toute personne et de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire.

21. En premier lieu, les mesures mentionnées ci-dessus ne peuvent être prononcées que lorsque l'état d'urgence sanitaire a été déclaré. Celui-ci ne peut être déclaré, en vertu de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique, qu'« en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ». Ensuite, en vertu de l'article L. 3131-14 du même code, ces mesures cessent d'avoir effet au plus tard en même temps que prend fin l'état d'urgence sanitaire. Celui-ci, déclaré par décret en conseil des ministres, doit, au-delà d'un délai d'un mois, être prorogé par une loi qui en fixe la durée, après avis du comité de scientifiques prévu à l'article L. 3131-19. Enfin, en vertu du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 3131-15, les mesures contestées ne peuvent être prises qu'aux seules fins de garantir la santé publique. Selon le paragraphe III du même article, elles doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Le juge est chargé de s'assurer que ces mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent.

22. En second lieu, d'une part, en application du 5° du paragraphe I de l'article L. 3131-15, les mesures relatives aux établissements recevant du public et aux lieux de réunion, lesquels ne s'étendent pas aux locaux à usage d'habitation, doivent se concilier avec la préservation de l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité. D'autre part, les réquisitions de personnes, de biens et de services permises par le 7° du même paragraphe I doivent être « nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ». En outre, ces réquisitions donnent lieu à indemnisation, dans les conditions prévues par le code de la défense.

23. Il résulte de ce qui précède que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a procédé à une conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées.

24. Par conséquent, les 1°, 5° et 7° du paragraphe I de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution » (C. constit., 11 mai 2020, n° 2020-800, § 16 à 24).

Le raisonnement est donc de considérer que certes ces dispositions portent atteinte à des libertés constitutionnelles. Toutefois, c'est dans la perspective de répondre à l'objectif de protection de la santé publique.

On a donc une atteinte aux libertés mais justifiée par un objectif de protection de l'ordre public.

Reste donc à déterminer si l'atteinte est proportionnée.

S'agissant de l'atteinte à la liberté de circulation, le Conseil constitutionnel s'appuie sur le fait que ces atteintes ne peuvent être qu'exceptionnelles, puisqu'elles ne peuvent survenir que dans le cadre de l'urgence sanitaire, qui se justifie par une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.

C'est donc le caractère exceptionnel du péril qui justifie, en premier lieu, l'atteinte aux libertés fondamentales.

Ensuite, ces mesures prennent fin à la fin de l'urgence sanitaire.

Le caractère défini dans le temps permet donc de justifier en deuxième lieu l'atteinte.

Enfin, l'intervention du juge permet d'assurer un contrôle de la proportionnalité.

S'agissant des atteintes à la liberté d'entreprendre et de réunion, le Conseil constitutionnel considère qu'une telle atteinte est conforme à la constitution dès lors que les restrictions ne s'étendent pas aux locaux d'habitation et réservent l'accès aux biens de première nécessité.

Enfin s'agissant des réquisitions, un régime de droit commun des réquisitions existe et trouve à s'appliquer, de sorte que l'atteinte est justifiée.

S'agissant de l'interdiction d'accéder à certains lieux qui s'imposerait aux termes du nouveau régime, les observations relatives au caractère exceptionnel du péril s'appliquent également.

Il résulte d'une jurisprudence constante que :

« il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il lui appartient d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la sauvegarde de l'ordre public » (C. constit., 29 juil. 2004, 2004-499, §4).

Le pouvoir de porter atteinte à une liberté fondamentale ressort donc de la compétence du législateur.

Or, la mesure d'interdiction de la circulation, d'accès à certains lieux, et de pratique de certaines activités porte atteinte à plusieurs libertés fondamentales.

La première et la plus évidente est bien entendu la liberté d'aller et venir. Il est toutefois fort peu probable que l'atteinte soit considérée comme disproportionnée puisque, à l'occasion des deux confinements, les juridictions ayant largement balayé l'argument estimant que la situation sanitaire justifiait une atteinte tout aussi exceptionnelle.

Or, cette mesure, paradoxalement est moins liberticide que le confinement – en tout cas du point de vue de la liberté de circulation – puisque la circulation n'est pas interdite mais conditionnée.

Donc il est vraisemblable que cette mesure soit considérée comme justifiée.

Il existe par ailleurs une atteinte potentielle à la liberté d'entreprendre en ce que la mesure peut aboutir à interdire certaines personnes d'exercer une ou leur activité professionnelle.

Pour les mêmes raisons, il est peu probable qu'une telle atteinte soit considérée comme injustifiée.

Deux autres pistes apparaissent plus sérieuses.

En premier lieu, si le Premier ministre exige, par exemple, la prise d'un traitement préventif spécifique, on pourrait soutenir qu'il instaurerait alors une inégalité de traitement entre les citoyens.

En effet, imposer la prise de tel ou tel traitement aboutirait à ce que des personnes pourtant séronégatives mais qui ne voudraient ou ne pourraient prendre le traitement imposé se voient privées des droits ouverts à ceux qui peuvent ou qui veulent prendre le traitement.

La justification de cette restriction par rapport à l'objectif poursuivi semble toutefois difficile à établir : l'objectif est la protection de la santé publique, dès lors, si une personne est en mesure de justifier que sa situation est telle qu'elle ne menace pas l'ordre public en se déplaçant ou en exerçant certaines activités on conçoit mal pourquoi ses droits seraient restreints.

Par ailleurs, si le traitement que le Premier ministre pouvait imposer était la vaccination, il s'agirait alors d'une atteinte à l'intégrité du corps humain, qui est une composante du droit à la vie privée et familiale.

Les individus seraient alors contraints de se faire vacciner pour pouvoir jouir de leurs droits, et ce, y compris si le vaccin n'est pas rendu obligatoire par la loi.

Sur ce point, saisi d'une interrogation relative à la portée de l'obligation vaccinale, le Conseil constitutionnel a jugé que :

« Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a imposé des obligations de vaccination antidiphthérique, antitétanique et antipoliomyélitique aux enfants mineurs, sous la responsabilité de leurs parents ; qu'il a ainsi entendu lutter contre trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées ; qu'il a confié au ministre chargé de la santé le soin de définir et mettre en œuvre la politique de vaccination après avoir recueilli l'avis du haut conseil de la santé publique ; que le législateur lui a également donné le pouvoir de suspendre par décret chacune de ces obligations de vaccination, pour tout ou partie de la population, afin de tenir compte de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques ; qu'il a enfin précisé que chacune de ces obligations de vaccination ne s'impose que sous la réserve d'une contre-indication médicale reconnue ;

Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé » (C. constit., 20 mars 2015, n° 2015-458, § 9 et 10).

En substance, le Conseil constitutionnel refuse, sur le fond du moins, de s'immiscer dans la politique vaccinale législative.

Toutefois, cet arrêt souligne que le pouvoir de déterminer la politique vaccinale incombe au législateur.

Il n'appartient donc théoriquement pas au pouvoir réglementaire de rendre, directement ou indirectement, un vaccin obligatoire.

Néanmoins, l'ensemble de ces critiques est fortement atténué par la possibilité ouverte au Parlement de déléguer son pouvoir au législateur, comme le Conseil Constitutionnel a déjà pu en décider :

« il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires » (C. constit., 23 juil. 1996, n° 96-378, §27).

Ainsi une délégation de pouvoir est possible mais le Conseil considère qu'une délégation de pouvoir insuffisamment précise n'est pas conforme à l'obligation d'intelligibilité de la loi.

A cet égard, il a par exemple pu juger que :

« Considérant que, d'autre part, pour les bâtiments et parties de bâtiments nouveaux, l'article 19 n'habilite pas le pouvoir réglementaire, comme il l'a fait à l'article 20, à fixer les exigences relatives à l'accessibilité que ceux-ci devraient respecter ; qu'aux termes des dispositions de cet article 19, dont la portée n'est pas éclairée par les travaux parlementaires, le législateur a confié au pouvoir réglementaire le soin de « fixer les conditions dans lesquelles des mesures de substitution peuvent être prises afin de répondre aux exigences de mise en accessibilité » prévues à l'article L. 111-7 ; qu'en adoptant de telles dispositions, qui ne répondent pas à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le législateur n'a pas précisément défini l'objet des règles qui doivent être prises par le pouvoir réglementaire pour assurer l'accessibilité aux bâtiments et parties de bâtiments nouveaux ; que le législateur a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence ; que, par suite, l'article 19 de la loi est contraire à la Constitution » (C. constit., 28 juil. 2011, n° 2011-639, § 10).

En l'état, la délégation de compétence consentie au Premier ministre ne semble pas, comme l'a d'ailleurs souligné le Conseil d'Etat, suffisamment précise.

Il existe donc un risque d'incompétence négative, sauf si les amendements aboutissent à un encadrement des hypothèses où l'atteinte pourrait être constatée.

Ce risque est d'autant plus manifeste que, s'agissant spécifiquement des vaccins, le Conseil d'Etat a déjà pu juger que :

« la ministre des solidarités et de la santé ne tenait ni de l'article L. 421-14 du code de l'action sociale et des familles, ni de l'article L. 3111-1 du code de la santé publique, ni d'aucune autre disposition législative une habilitation lui conférant le pouvoir de soumettre les assistants maternels suivant une période de formation en milieu professionnel à des vaccinations non obligatoires. Elle a, par suite, méconnu sa compétence en exigeant du futur stagiaire qu'il produise, préalablement au commencement de sa période de formation en milieu professionnel, un certificat médical attestant qu'il est à jour de ses vaccinations recommandées, sans qu'ait d'incidence le fait que l'organisation et le financement de la formation des assistants maternels agréés relèvent des départements et que, dans certains départements, la période de formation en milieu professionnel puisse ne pas revêtir de caractère obligatoire » (CE, 4 mars 2020, n° 426633).

Il résulte de cet arrêt que le ministre ne peut imposer un vaccin qui est simplement recommandé. Toutefois, la formulation de cet arrêt interroge : selon le Conseil d'Etat, le ministre ne peut l'imposer dans la mesure où il ne dispose pas d'une « habilitation » à ce titre par l'effet de la loi.

Il n'est pas inenvisageable que le projet de loi soit perçu comme une habilitation, rendant impossible à mobiliser le risque d'inconstitutionnalité tiré de l'incompétence négative.

Par conséquent, ce texte semble avoir deux fragilités que le travail parlementaire pourrait utilement permettre de combler : d'une part il semble nécessaire de préciser que le Premier ministre ne devrait pas pouvoir imposer un traitement préventif ou curatif aux citoyens, et

d'autre part, les lieux et activités dont l'accès pourraient être interdits semble insuffisamment encadrés.

Une dernière précision, l'étude d'impact réceptionne les affirmations du Président de la République, rappelées en préambule. Il y est notamment indiqué en page 47 que :

« Conformément à la ligne affirmée par le Président de la République lors de son allocution télévisée du 24 novembre dernier et qui a été rappelée par le Premier ministre à l'occasion de la conférence de presse du 3 décembre, cette disposition n'a pas vocation à être utilisée dans le cadre de la crise sanitaire actuelle pour instaurer une obligation de vaccination contre la covid-19. Le recours à une telle prérogative pourrait cependant être particulièrement nécessaire pour faire face à une menace épidémique plus sérieuse encore. Elle pourrait, par ailleurs, permettre une meilleure conciliation entre l'objectif de protection de la santé et les droits et libertés individuels en se substituant à une mesure de confinement général de la population ».

Néanmoins, aucune garantie juridique en ce sens n'est prévue par le texte.

Chapitre 5

L'auto-attestation

La liberté de circulation ou liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale, que ce soit selon l'article 2 du 4^e protocole additionnel à la CEDH ou selon l'article 4 de la DDHC.

Pendant les périodes de confinement et de couvre-feu, cette liberté de circulation a été encadrée par les interdictions de circulation totale ou partielles issues des décrets successifs. Il s'agissait donc d'autant d'exceptions à cette liberté.

Toutefois, ces exceptions à la liberté de circulation ont reçu autant d'exceptions par la mise en place des attestations de sorties.

La première attestation a été mise en place par le décret n° 2020-260, dont l'article 1 énonçait :

« Afin de prévenir la propagation du virus covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes :

1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ;

2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique ;

3° Déplacements pour motif de santé ;

4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ;

5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie ;

6° Déplacements résultant d'une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie nationales ou à tout autre service ou professionnel, imposée par l'autorité de police administrative ou l'autorité judiciaire ;

7° Déplacements résultant d'une convocation émanant d'une juridiction administrative ou de l'autorité judiciaire ;

8° Déplacements aux seules fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et dans les conditions qu'elle précise.

Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions ».

Cette obligation était reprise en substance au décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, dont l'article 3 énonce :

« I. - Jusqu'au 31 mars 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes :

1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ;

2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par l'article 8 du présent décret ;

3° Déplacements pour motifs de santé à l'exception des consultations et soins pouvant être assurés à distance et, sauf pour les patients atteints d'une affection de longue durée, de ceux qui peuvent être différés ;

4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables et pour la garde d'enfants ;

5° Déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, liés soit à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective et de toute proximité avec d'autres personnes, soit à la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile, soit aux besoins des animaux de compagnie ;

6° Déplacements résultant d'une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie nationales ou à tout autre service ou professionnel, imposée par l'autorité de police administrative ou l'autorité judiciaire ;

7° Déplacements résultant d'une convocation émanant d'une juridiction administrative ou de l'autorité judiciaire ;

8° Déplacements aux seules fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et dans les conditions qu'elle précise.

II. - Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions »

Cette obligation a bien entendu pris fin avec la fin du confinement, mais l'adoption d'un couvre-feu par les préfets des départements concernés, autorisé par le décret du 16 octobre 2020, puis la mise en place du second confinement à la date du 30 octobre 2020 ont entraîné le retour de cette attestation.

Toutefois, un élément doit être précisé avant toute chose : cette attestation n'a aucune existence légale, elle n'est rien de plus qu'un moyen, pour les citoyens, de prouver qu'ils entrent dans le cadre des exceptions prévues au texte.

Le Conseil d'Etat l'avait sous-entendu à plusieurs reprises et l'a confirmé explicitement dans un arrêt du 22 décembre 2020 :

« L'obligation, pour les personnes souhaitant bénéficier des exceptions à l'interdiction de sortir, de se munir d'un document leur permettant de justifier que leur déplacement entrait bien dans le champ de ces exceptions ne prévoit aucun formalisme particulier, de sorte que tout document apportant des justifications équivalentes peut être produit à cette fin » (CE, 22 déc. 2020, n° 439956).

Ainsi la rédaction d'une attestation au sens d'un document par lequel le porteur certifie sur l'honneur que son déplacement entre dans l'un des cadres prévus n'est pas obligatoire, le porteur ne devant obligatoirement se munir que des documents justifiant que son déplacement entre dans l'une des exceptions.

Faute de détenir de tels documents, le porteur s'expose donc à une contravention qui devient, au bout de deux récidives dans un délai de 30 jours, un délit pouvant entraîner jusqu'à 6 mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

A l'inverse, la rédaction de cette attestation pose une difficulté.

En effet, la personne qui rédigerait une telle attestation alors qu'elle n'entre en réalité pas dans le cadre des exceptions prévues au texte commettrait, à notre avis, un délit.

Le plus évident est celui de fausse attestation, sanctionné à l'article 441-7 du Code pénal.

Un tel délit est puni d'une peine pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende dès la première commission de l'infraction.

Néanmoins, ce délit sanctionne le fait « *D'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts* ».

Or, on peut douter que certifier le motif d'un déplacement soit considéré comme un fait.

Toutefois, un procureur zélé pourrait aller jusqu'à poursuivre pour faux. Cette infraction est définie à l'article 441-1 du Code pénal comme :

« toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».

Or, un tel délit est sanctionné de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

Se pose toutefois, dans cette hypothèse la question de savoir comment les forces de l'ordre peuvent contrôler la véracité du motif de l'attestation.

Sur ce point il faut bien comprendre que les forces de l'ordre n'ont aucun pouvoir d'appréciation : elles ne peuvent pas décider si le motif porté sur l'attestation est fondé ou non.

En réalité, une verbalisation constitue le constat écrit de faits matériels. Ce constat a une valeur probatoire jusqu'à preuve du contraire, conformément à l'article 537 du Code de procédure pénale.

La contravention, c'est-à-dire la sanction juridique du comportement répréhensible existera à compter du paiement, ou si la verbalisation est contestée, à la date de la décision du Tribunal.

Ainsi, le policier n'est pas juge et il ne peut apprécier la conformité de l'attitude du contrevenant à la loi. A titre d'exemple, lorsque le porteur a indiqué sur son attestation qu'il procédait à des achats de première nécessité, l'agent ne peut considérer que tel ou tel produit ne serait pas de première nécessité.

Il ne peut que constater la matérialité ou non des achats.

S'il décide de verbaliser, le porteur de l'attestation pourra parfaitement contester la verbalisation et c'est le juge qui appréciera si le comportement était conforme à la loi ou non.

Or, si un juge considérait – il s'agit d'une hypothèse d'école qui n'a que peu de probabilités de survenir en pratique, mais qui illustre bien les dangers de l'attestation – que nonobstant la présence d'une attestation, les achats effectués par le porteur n'étaient pas de première nécessité, cela signifierait que ce dernier, en indiquant qu'il faisait des achats de première nécessité, a faussement rempli son attestation.

Par conséquent il aurait alors commis l'infraction de fausse attestation, voire de faux.

Le porteur ne pourrait en outre arguer de sa méconnaissance de ce que constituent ou non des achats de première nécessité, puisque nul n'est censé ignorer la loi.

Tous les développements précédents sont largement théoriques : il est vraisemblable que dans les faits, jamais de telles poursuites ne soient exercées, de même qu'il est vraisemblable

qu'un policier – malgré quelques errements lors du premier confinement – ne verbalisera pas s'il ne constate pas une infraction manifeste. Toutefois ils illustrent les dangers du système qui a été mis en place par le Gouvernement Français sans réflexion préalable.

LIBRES CONTRIBUTIONS

Cette contribution anonyme est faite sous la responsabilité de son auteur, et n'engage pas les éditeurs de ce guide, dont le métier est uniquement l'interrogation du droit.

Mais le droit d'avoir une opinion et de l'exprimer étant au nombre des libertés fondamentales, il ne nous a pas paru possible de refuser d'intégrer un propos documenté et émanant d'un « expert » dont nous avons respecté l'anonymat.

« À partir de l'observation d'un phénomène et de la formulation d'une problématique, différentes hypothèses vont être émises, testées puis infirmées ou confirmées; à partir de cette confirmation se construit un modèle ou théorie. L'observation et l'expérimentation sont des moyens pour tester les différentes hypothèses émises. » [Explication de la démarche scientifique sur le site du CEA au 10/01/2021]

« Il n'est pas rare de caractériser la méthode scientifique par le recours à l'expérience ou à l'expérimentation, et de situer celle-ci à titre de troisième moment d'un processus inauguré par l'observation et suivi de la formulation d'une hypothèse, qui serait ainsi vérifiée ou infirmée. » [Universalis au 10/01/2021]

Face à la pandémie, il y a un an, de nombreuses mesures « expérimentales » ont été prises sans connaissance réelle de leur efficacité, de leur éventuelle nocivité ou de leurs effets à long terme. Des extrapolations approximatives et des théories se sont multipliées dans les médias sans que ne puissent en être mesurés les contraintes, les impacts, les effets, les conséquences. Ceci a été justifié par l'urgence ou la nécessité d'agir. Malheureusement, ces expériences sont devenues des dogmes sans que ne soient mis en place les outils d'évaluation, de comparaison et de mesure inhérents à toute démarche scientifique permettant de constater les succès et les échecs, de choisir les meilleures solutions...celles qui protègent et celles qui libèrent.

Ce manque de rigueur nous maintient dans l'ignorance et le doute près d'un an après le début de la pandémie, concernant la plupart des questions relevant de la propagation du virus, de la comparaison des traitements, de l'efficacité ou nocivité des mesures.

Nous en sommes au 10/01/2021 à 1038 morts par million d'habitants nous plaçant parmi les 20 plus mauvais pays au monde alors que nous faisons partie des 10 pays qui allouent le plus d'argent par habitant à la santé.

Nous sommes parmi les 20 plus mauvais pays en mortalité par million d'habitants mais aussi parmi les plus mauvais en terme de récession alors même que notre pays a subi certaines des

restrictions de liberté les plus sévères et longues au monde au point que certains dispositifs ont soulevé les critiques des Nations Unies.

A cette situation, vient s'ajouter un accroissement record de l'endettement et un état dépressif de la population.

Outre ce résultat peu flatteur nous sommes dans l'obscurité, l'ignorance.

Ignorance par rapport aux traitements, malgré des résultats favorables issus des publications scientifiques concernant plusieurs traitements, ils sont restés sans suite (Ivermectine 18 peer reviewed + 1 portée par l'OMS, 150 études dont 2 méta analyses + 1 étude RCT concernant réalisée sur les personnes âgées, Vitamine D en prévention et en curatif 20 études dont 3 RCT, 1 méta analyses et un essai clinique réalisé sur les personnes âgées par l'université d'Angers, le vaccin 1 étude phase 3 prometteuse mais excluant les personnes ayant eu des symptômes du Covid et une efficacité sur les personnes de plus de 75 ans)

La grande étude discovery qui aurait dû apporter des réponses a vu son bras hydroxychloroquine interrompu sans jamais être réactivé nous maintenant plongés dans l'obscurité et l'ignorance.

Ignorance sur l'état épidémique : nous ne disposons pas d'un réseau de suivi des eaux usées comme le fait depuis des mois l'Australie...

Nous ne savons pas expliquer l'état d'immunité collective en tenant compte du facteur de dissémination ni le rôle des cellules T et B dans cette immunité. Nous ne savons pas expliquer pourquoi les zones fortement touchées en première phase et ont été en partie épargnées en 2ème phase et quelle serait le degré de protection face à un variant plus contagieux....

Nous ne savons pas vraiment comment évolue la fiabilité du test PCR sur lequel toute la stratégie est construite sans autres éléments de recoupement....

Nous sommes encore plongés dans l'ignorance.

Ignorance sur l'efficacité des mesures prises : la France a fermé les commerçants alors que le Danemark a fermé les grands centres commerciaux et a laissé les petits commerçants ayant une aération ouverts....Malgré les restrictions et fermetures nous avons vu l'épidémie aléatoirement avancer et reculer au gré des villes ou quartiers sans savoir quelle mesure agit et quelle mesure échoue....

Là encore nous sommes plongés dans l'ignorance....

Nous sommes plongés dans l'ignorance, à cause du manque de mesures, de démarche scientifique rigoureuse, de transparence, de dialogue et d'échange entre l'exécutif, le législateur, le judiciaire et la large communauté scientifique. Les médias ont pesé dans le

débat sans pour autant apporter la profondeur, la critique et le dialogue nécessaires à la rigueur scientifique.

Dans ce cadre de résultats décevants, de contraintes prolongées, de promesses abandonnées, d'incertitude et d'ignorance se développe la méfiance voire la défiance d'une partie croissante de la population....

Comment est-il possible de prétendre à une pédagogie dans une telle proportion d'ignorance sans faire preuve de prétention?

« La folie, c'est de faire toujours la même chose et de s'attendre à un résultat différent »
[attribuée à Einstein]

Pour cela nous proposons d'introduire de la rigueur scientifique, des mesures, du dialogue entre les organes démocratiques pour commencer à agir de meilleure façon. Ainsi nous arrêterons de cumuler des actions sans déterminer lesquelles sont erratiques, lesquelles sont inutiles, lesquelles sont antagonistes. Nous pourrions en faire moins mais le faire beaucoup mieux.

De nombreuses actions sont possibles et permettraient de rapidement comprendre la situation, agir de façon ciblée pour le bien de tous, par exemple.....

- 1) Déployer nationalement les mesures des eaux usées et publier l'information au quotidien ;
- 2) Mettre en place un panel de 2 000 personnes dans chacune des métropoles et effectuer 1 fois par semaine le test PCR, antigénique, anticorps et publier les résultats pour comprendre la fiabilité des tests, l'évolution des variants, la sévérité de la situation, les réinfections et la situation épidémique ;
- 3) Effectuer un essai clinique pour évaluer l'efficacité / nocivité du masque en tissu sale dans un lieu climatisé propageant les substances ;
- 4) Mener une action nationale pour favoriser l'aération des espaces clos qui apporterait une protection contre la Covid mais aussi la plupart des maladies respiratoires ;
- 5) Dévoiler toutes les données des clusters pour permettre à tous les chercheurs de mesurer les mécanismes réels de propagation et à la vie démocratique de participer aux choix ;
- 6) Déployer le vaccin rapidement et avec la rigueur scientifique qui s'impose en mode quasi essai clinique pour mieux cibler les choses. Mesurer la supériorité/infériorité avec d'autres

bras pour ceux qui choisissent une autre option par exemple, un bras vitamine D, un bras vaccin + vitamine D, un bras Ivermectine, un bras HCQ...et comparer les critères significatifs entre ces bras mortalité à 3 mois/ 6 mois/12 mois/ 18 mois/ 24 mois / 30 mois/ 36 mois/ 42 mois/ 48 mois et passage en réanimation ainsi que les effets secondaires ;

7) Tester le vaccin en mode essai clinique, éventuellement à très grande échelle avec la rigueur scientifique qui s'impose concernant les populations pour lesquelles les études notamment Pfizer n'ont pas de réponse, c'est-à-dire les personnes de plus de 75 ans et les personnes ayant eu des symptômes évocateurs de la Covid ;

8) Profiter des essais cliniques ou des études pré-cités pour déterminer et comparer les différents vaccins pour une action ciblée et éclairée ;

9) Supprimer les actions inutiles et contraignantes (fermetures des terrasses, masques en plein air qui pourraient créer un espace confinée sous le masque) ;

10) Mettre en place un observatoire indépendant des actions de leurs pertinence, efficacité, nocivité, impact économique pour chaque action avec des bilans comparatifs avec des mathématiciens, des sociologues, des psychologues, des médecins, des juristes comparant, analysant chaque action et exigeant des essais quand il s'agit d'un dispositif intrusif ou médical (par exemple couvre-feu 22h vs 20h vs 18h vs pas de couvre-feu ou masque neuf échangeable dans les centres commerciaux vs masque tissu lavable.... Mesurer les contaminations dans les queues devant les laboratoires ou au sein même des laboratoires avec la concentration de personnes qui contaminé au laboratoire se promènerait avec un résultat négatif.)

11) Interrompre l'effet Nocebo véhiculé. Des études ont montré une nocivité, voire une aggravation de santé causée par la peur générée par l'effet Nocebo ;

12) Promouvoir dans des campagnes de communication pour tout ce qui est démontré positif par les études : le sport, l'air libre, les fruits et légumes, la perte de poids, la respiration, le soleil, ;

13) Remettre les traitements pour les personnes âgées au cœur du débat pour choisir la meilleure option de traitement à ce jour et en chercher de meilleurs demain. Les propos des études, Pfizer notamment, ne permettent pas de se reposer de façon responsable, uniquement sur le vaccin concernant cette catégorie. Ceci est renforcé par l'article de l'éditeur adjoint du BMJ qui demande les données brutes pour lever des zones de doutes concernant l'étude Pfizer. Tester, Tracer, Traiter était une devise en Asie, traiter a été remplacé par chez nous par Isoler avec le négativisme associé et l'échec qui s'en est suivi ;

14) Se poser la question de la fermeture des terrasses de café ou petits commerçants alors que Mac Donald et les pizzerias sont ouvertes et propagent l'obésité, principal vecteur de cas graves... ;

15) Transparence, transparence, transparence ...sur les clusters, sur les tests, sur l'état de la connaissance, sur les données brutes des essais cliniques, sur les contrats de l'état, sur les propos et données qui amènent chaque recommandation, ou règle, sur les données de

mortalité toute cause confondue, sur notre endettement, sur le plan de financement, sur les approvisionnements en matière première... ;

Le dialogue et le débat sont essentiels en démocratie et toute mesure urgente doit être limitée au temps nécessaire pour le débat. Ce cadre protégerait la population, les soignants, et les décideurs grâce à une approche scientifique mais aussi grâce à une transparence, un respect des lois, un respect des institutions, un respect du peuple, et un respect de règlements qui ont été créés pour assurer sécurité, rigueur et efficacité.