

DRAFT PAPER

Traité de l'OMS sur la prévention, la préparation et la réponse aux pandémies : des enjeux de souveraineté appelant une ratification parlementaire ou référendaire

Grégory HOUILLON

Maître de conférences, Université de Poitiers

Après la crise du Covid-19 et sa gestion par les Etats et par l'OMS, un certain nombre de dirigeants ont ressenti le besoin de créer un instrument international plus adapté à la spécificité des pandémies. Ainsi, le président du Conseil européen, Charles Michel, lors du Forum de Paris sur la paix, en novembre 2020 puis les dirigeants du G7 dans leur déclaration du 19 février 2021, ont proposé de « *tirer les leçons de la pandémie de Covid-19* » et d'aller plus loin dans l'intégration, l'institutionnalisation et la coordination des politiques de santé, mais aussi dans l'échange d'information et la communication des risques en cas de survenance d'une nouvelle pandémie.

Les membres du Conseil européen ont confirmé cette volonté pour faire progresser la sécurité sanitaire mondiale, en passant par un renforcement des prérogatives de l'OMS dans le cadre d'un traité international. Les 194 Etats membres de l'OMS ont alors adopté, le 31 mai 2021 lors de l'Assemblée mondiale pour la santé, la décision d'examiner un nouveau traité international sur les pandémies lors de la session extraordinaire du 29 novembre 2021.

En décembre 2021, ces États membres ont initié la création d'un Organe intergouvernemental de négociation (OIN), « *chargé de rédiger et de négocier une convention, un accord ou un autre instrument international de l'OMS sur la prévention, la préparation et la riposte face aux pandémies* »¹. L'OIN a tenu sa première réunion en mars et juin 2022, à l'issue de laquelle les principaux axes de ce Traité ont été proposés. L'une des propositions de cet organe était « *d'habiliter l'OMS à remplir son mandat en tant qu'autorité de direction et de coordination du travail sanitaire international, y compris pour la préparation et l'intervention en cas de pandémie* ». La deuxième réunion de l'OIN s'est tenue en juillet 2022 pour convenir que ce Traité serait adopté en vertu de l'article 19 de la Constitution de l'OMS et qu'il serait « *juridiquement contraignant* » pour les Etats signataires.

L'objectif du traité consiste en une révision du Règlement sanitaire international (RSI) de l'OMS². Le RSI³ est considéré comme un instrument de droit international, un accord juridiquement contraignant⁴ conclu par pratiquement tous les pays du monde (à l'exception du Liechtenstein), qui invite les membres à détecter, évaluer, signaler et répondre aux urgences de santé publique de manière coordonnée⁵. En vertu de son actuel article 2, le RSI a pour objet et

¹ OMS, *Draft report of the Member States Working Group on Strengthening WHO Preparedness and Response to Health Emergencies to the special session of the World Health Assembly*, 12 novembre 2021, n° A/WGPR/5/2

² *Op. cit.*, Art. 2 § 1.

³ OMS, *Règlement sanitaire international* (2005), 3^{ème} éd., bibliothèque de l'OMS, Genève, 2016.

⁴ RSI, *Op. Cit.*, art. 3 §§ 3 et 4 : « 3. La mise en œuvre du présent Règlement est guidée par le souci de son application universelle en vue de protéger l'ensemble de la population mondiale de la propagation internationale des maladies. [...] 4. [...] les Etats [...] doivent favoriser les buts du présent Règlement. ». Voy. aussi : art. 53 et 59.

⁵ RSI, *Op. Cit.*, art. 5, p. 12.

pour portée de « *prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux* »⁶

L'OIN s'est ainsi attelée à la rédaction d'un projet de traité, dont la dernière version accessible est celle transmise aux Etats membres qui date du 1^{er} février 2023⁷. Ce projet sera examiné à la 76^{ème} Assemblée mondiale de la Santé, qui se tient en mai 2023. L'OIN espère conclure l'accord en mai 2024, ce qui permettrait à l'OMS de déclarer les pandémies et soumettre les États membres à son autorité « *de direction et de coordination du travail sanitaire international* »⁸.

De l'exposé des motifs introductif du projet de traité, on peut retenir une volonté des Etats membres de se donner les moyens juridiques d'agir en cas de pandémie - dans un cadre permanent et non uniquement d'exception⁹ - et de contenir l'appréhension différenciée par les Etats¹⁰ de la gestion d'une pandémie comme cela a pu être le cas lors de la survenance la pandémie de Covid-19. On peut aussi y relever le rôle central que les Etats parties envisagent de donner à l'OMS en tant qu'autorité directrice et coordonnatrice¹¹, ainsi que la nécessité d'une intervention « pansociétale » (*whole-of-society*)¹², en s'appuyant sur plusieurs concepts comme les « *systèmes de santé résilients* »¹³ ; le programme « *One Health* »¹⁴, ou encore la « *couverture sanitaire universelle* »¹⁵. Son champ d'application sera, en vertu de son article 5, à la fois national, régional et international.

A l'analyse, ce projet de traité semble poser un problème de fond ainsi qu'un problème de forme. Sur le fond, il constitue, au prétexte de la prophylaxie et d'une vision globale de la

⁶ *Id*, art. 2, p. 11.

⁷ OMS, « Zero draft » pour l'examen par l'organe intergouvernemental de négociation à sa quatrième réunion relative à une Convention, accord ou autre instrument international de l'OMS sur la prévention, la préparation et la réponse aux pandémies, 1^{er} février 2023, n° A/INB/4/3.

⁸ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, Introduction, § 5.

⁹ Bien que l'article 2 du projet omette de définir la « *période inter-pandémique* », la récurrence de ce terme aux articles 6 ; 7 ; 10 ; 11 et 16 permet d'inférer que le traité sur les pandémies vise, bien au-delà des simples périodes exceptionnelles d'urgence pandémique, les périodes qui se situeraient entre deux pandémies, et donc il pourrait venir s'appliquer même lorsqu'aucune pandémie n'est déclarée officiellement.

¹⁰ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, Introduction, § 4 qui reconnaît « *le développement inégal dans les différents pays en matière de promotion de la santé et de contrôle des maladies, en particulier les maladies transmissibles* » ; § 32 : « *Reconnaissant qu'il existe des différences significatives dans les capacités des pays à prévenir, préparer pour répondre aux pandémies* ».

¹¹ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, Introduction, § 5.

¹² *Op. cit.*, introduction § 10 ; 17 ; 18 et art. 4 ; 15 § 6, et 16.

¹³ *Op. cit.*, art. 11 § 1 : « *des systèmes de santé résilients, ancrés dans la couverture sanitaire universelle, destinés à atténuer les chocs provoqués par les pandémies et à assurer la continuité des services de santé, évitant ainsi que les systèmes de santé ne soient débordés* ».

¹⁴ *Op. cit.*, art. 3 § 14 : « *Les actions multisectorielles et transdisciplinaires doivent reconnaître l'interconnexion entre les personnes, les animaux, les plantes et leur environnement commun, pour lequel une approche cohérente, intégrée et une approche unificatrice doit être renforcée et appliquée dans le but d'équilibrer et d'optimiser durablement la santé des personnes, des animaux et des écosystèmes, y compris, mais sans s'y limiter, en prêtant attention à la prévention des épidémies dues à des agents pathogènes résistants aux agents antimicrobiens et aux maladies zoonotiques* » ; Voy. aussi : art. 18.

¹⁵ *Op. cit.*, définie à l'article 4 § 15 : « *couverture sanitaire, pour laquelle des systèmes de santé solides et résilients sont d'une importance capitale, en tant qu'élément fondamental pour la réalisation des objectifs de développement durable à travers la promotion de la santé et du bien-être pour tous à tous les âges* ». Voy. Aussi : § 28, 30 et 35 ; art. 3 ; art. 11 et 19.

gestion d'une future pandémie, une immixtion importante dans les prérogatives inhérentes à la souveraineté interne des Etats membres. Ce qui amène une nécessité de forme : la nécessité d'en respecter le cadre constitutionnel contraignant pour procéder à sa ratification.

1. Des enjeux déterminants de souveraineté étatique

Le projet de traité sur les pandémies comporte en effet des stipulations qui viennent entamer davantage la souveraineté des Etats membres de l'OMS, en ce qu'ils reviennent à une immixtion considérable dans le fonctionnement interne de cet Etat qui transfère un certain nombre de pouvoirs, dans un champ d'application allant bien au-delà de la santé, à l'OMS. Par ailleurs, ce projet de traité pose la question de son caractère contraignant, en ce qu'il crée des engagements et obligations précis pour ses Etats membres.

Des stipulations entamant davantage la souveraineté des Etats

Outre qu'il limite fortement les réserves des Etats¹⁶ et ne permet pas de retrait du traité avant un période de deux ans après la date d'entrée en vigueur du traité¹⁷, le projet de traité sur les pandémies vient s'immiscer de façon importante dans la souveraineté des Etats de plusieurs façons, que nous pouvons synthétiser en trois points :

1° Le projet de traité organise **un transfert de pouvoirs** des Etats membres à l'OMS en matière de santé. L'article 3 § 3 du projet de traité pose la limite du principe de souveraineté des Etats, tout en le conditionnant à l'évidence même qu'il ne soit préjudiciable aux populations. Ainsi, « *Les États ont, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes fondamentaux du droit international, le droit souverain de déterminer et de gérer leur approche des affaires de santé publique, notamment la prévention des pandémies, la préparation, la réponse et le rétablissement des systèmes de santé, conformément à leurs propres politiques et législations, à condition que les activités relevant de leur compétence ou de leur contrôle ne viennent pas causer des dommages à leurs peuples et à d'autres pays. La souveraineté couvre également les droits des États sur leurs ressources biologiques* ». Cela pose une première question : qui appréciera cette condition d'une grande complexité à apprécier du préjudice à la population en matière de santé ? Et à partir de quel seuil considère-t-on un dommage à la population ? Le projet n'en dit rien.

L'article 16 § 1 prévoit une approche « *pangouvernementale et pansociétale* » avec mise en commun et collaboration sur les données de santé, échanges de pathogènes, l'information scientifiques et les brevets¹⁸ ainsi que simulations et exercices dans les périodes inter-pandémiques¹⁹. L'article 3 § 17 vient ensuite poser le principe du rôle central de l'OMS : « *En tant qu'autorité directrice et coordinatrice en matière de santé mondiale et leader de la coopération multilatérale en matière de gouvernance mondiale de la santé, l'OMS joue un rôle fondamental dans le renforcement prévention, préparation, réponse et rétablissement des systèmes de santé en cas de pandémie* ». Ce « rôle central » posé par l'OMS permet de lier les Etats parties à la convention, qui ne peuvent pas émettre de réserves sur des stipulations

¹⁶ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 25.

¹⁷ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 27 § 1.

¹⁸ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 6, 7, 9 et 10.

¹⁹ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 13.

incompatibles avec l'objet du traité²⁰ (qui consiste justement dans ce rôle central donné à l'OMS). Or, jusqu'à présent, la déclaration d'épidémie relève du ministre de la santé²¹ et l'état d'urgence sanitaire était déclaré la première fois par décret en conseil des ministres sur le rapport du ministre chargé de la santé pour une durée maximale d'un mois. Le décret déterminait la ou les circonscriptions territoriales dans lesquelles il allait s'appliquer ainsi que les données sanitaires précises sur lesquelles il s'appuyait. Au-delà d'un mois, sa prorogation devait impérativement être autorisée par la loi. Cette loi de prorogation devait déterminer la durée de l'état d'urgence sanitaire, qui pouvait expirer avant son terme légal par décret en conseil des ministres. Sur cette base légale, le premier ministre prenait un décret qui pouvait entraver la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion (couvre-feux, confinements, fermetures de commerces...). La déclaration d'une « épidémie » relève donc de l'exécutif (ministre) et, dans l'hypothèse d'une « pandémie », l'état d'urgence sanitaire est initié par l'exécutif puis voté par le législateur, compétent en raison des conséquences sur les libertés publiques. En matière de santé publique, la compétence est donc avant tout nationale et potentiellement européenne : les questions de santé humaine, auxquelles se rattache la préparation à une pandémie grippale – objet du projet du traité – relèvent pour l'essentiel de la compétence des Etats membres. Certes, la santé publique constitue une politique de l'Union européenne relevant de l'article 168 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), mais, en vertu de la subsidiarité, l'action de l'Union « *complète les politiques nationales* »²² et « *encourage* » la collaboration entre Etats membres puis les pays tiers et organisation internationales de santé publique²³. Or, l'article 8 du projet commande à chaque Etat de « *construire et renforcer les capacités et les performances réglementaires de son pays pour l'approbation des produits liés à la pandémie et, en cas de pandémie, accélérer le processus d'approbation et d'autorisation en temps opportun des produits liés à la pandémie pour une utilisation d'urgence, y compris le partage de dossiers réglementaires avec d'autres institutions.* ». En somme, l'Etat doit adapter ses lois et règlements en matière sanitaire pour se conformer aux contraintes du futur traité, sous la direction de l'OMS. Qui plus est, l'article 15 § 1, f) impose à l'Etat de « *permettre à l'OMS d'accéder rapidement aux zones épidémiques relevant de la juridiction de la Partie et de permettre le contrôle, notamment par le déploiement d'équipes d'intervention rapide et d'experts, pour évaluer et soutenir la réponse aux épidémies émergentes* ». Ces compétences, relevant de nos autorités de santé se voient transférées aux experts de l'OMS qui prennent toute compétence sur les autorités nationales.

De telles compétences sont au cœur de la souveraineté de l'Etat et ont des effets sur les libertés fondamentales, relèvent d'un noyau dur de « compétences régaliennes » et ont trait aux libertés publiques et ne peuvent en aucun cas être concédés par l'Etat. Or, ce serait incontestablement le cas si l'Etat liait toute décision à l'appréciation et à la direction d'une organisation internationale. Car la santé publique est intimement liée à l'ordre public interne et aux libertés. Si l'on se réfère à l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* », force serait de constater que le projet de traité sur les pandémies va bien au-delà de la simple « organisation et défense de la paix » tel que prévu par cette disposition. Il pourrait bien de ce point de vue, se retrouver en contrariété avec la Constitution sur certains points.

²⁰ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 25.

²¹ Art. L. 3131-1 CSP

²² Art. 168, § 1, alinéas 2 et 3 TFUE.

²³ Art. 168, §§ 2 et 3 TFUE.

2° Mais ces concessions se révèlent à la lecture du projet de traité, encore plus graves et importantes. En effet, le traité organise dans son article 15, **l'exercice d'un pouvoir solitaire** pour le Directeur Général de l'OMS qui décide seul, en l'état du projet, sans contrepouvoirs ni conditions claires, de la possibilité de déclencher une pandémie. En effet, aucun cadre clair n'est posé par le traité sur cette stipulation essentielle, aucun contrepouvoir réel n'est organisé, même prévu par la conférence des parties (COP – art. 20) ou l'organe consultatif créé par l'article 21, à l'exception d'un examen triennal du traité et de ses conséquences²⁴. Cela pose de nombreuses questions au regard du précédent de la grippe dite « H1N1 », première pandémie de grippe depuis 1968 et déclarée comme telle le 11 juin 2009²⁵.

En effet, un rapport du Sénat²⁶ a pu montrer la tendance de l'OMS à exagérer la qualification d'une pandémie²⁷ afin d'en forcer la déclaration officielle, conduisant les autorités nationales à la surréaction²⁸, avec les conséquences juridiques en termes de droits et d'obligations que cela peut comporter pour les populations ainsi que leurs libertés. De ce point de vue, le rapport s'appuie sur deux arguments forts : le premier est une évolution de la définition de la pandémie²⁹ (le projet en proposant une nouvelle³⁰), et le second est une critique de l'organisation et du fonctionnement de l'OMS venant entamer sa légitimité, dans un secteur où la confiance des populations est déterminante³¹. D'autres institutions internationales, comme l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont porté un regard très critique sur la gestion par l'OMS de la pandémie H1N1³².

3° Le projet de traité **excède largement le domaine de la seule santé publique** dans son champ d'application, ce qui accroît la gravité du transfert de compétence indirectement organisé. Trois

²⁴ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 20 § 3 t 23.

²⁵ Dr Margaret Chan, Directrice Générale de l'OMS, conférence de presse à Genève, 11 juin 2009.

²⁶ Rapport Sénat n° 685 (2009-2010), F. Autain (Prés.), A. Milon (Rapp.) *de la commission d'enquête sur le rôle des firmes pharmaceutiques dans la gestion par le Gouvernement de la grippe A (H1N1)*, T. I, 29 juillet 2010, 163 p.

²⁷ Rapport Sénat n° 685, *op. cit.*, voy. le paragraphe intitulé « *La fausse pandémie* », pp. 45 s. ; « *focalisation excessive sur le risque de pandémie grippale, ayant conduit à l'engagement de moyens disproportionnés* », p. 51.

²⁸ Rapport Sénat n° 685, *op. cit.*, « *La pandémie annoncée est-elle devenue une pandémie attendue ?* », pp. 33 s.

²⁹ Rapport Sénat n° 685, *op. cit.*, « *de 2003 à 2009, une pandémie a été définie par l'apparition de « plusieurs épidémies simultanées à travers le monde avec un grand nombre de décès et de maladies » ; un changement a été opéré entre le 1^{er} et le 9 mai 2009, faisant disparaître le critère de gravité. Mme Nathalie Boudou, porte-parole de l'OMS, a justifié le changement de définition sur le site de l'OMS par la correction d'une « erreur », en affirmant que la définition correcte d'une pandémie devait faire référence à l'apparition de foyers dans au moins deux régions du monde, mais n'avait rien à voir avec la gravité de la maladie ou le nombre de décès [...] Les critères de définition d'une pandémie ont donc été modifiés, un peu plus d'un mois avant le passage en phase 6, le 11 juin 2009, pour une pandémie alors reconnue comme étant « de gravité modérée ». Cependant, rien n'indique une modification intentionnelle de la définition, la procédure suivie par l'OMS répondant à une urgence de santé publique internationale, en application du dispositif prévu par le RSI modifié en 2005. Lors de son audition par la commission d'enquête, M. Wolfgang Wodarg a cependant estimé que la déclaration de l'état de pandémie a été permise par le changement de définition [...] Ces interrogations soulèvent la question de la gestion par l'OMS des conflits d'intérêts entre ses experts et l'industrie pharmaceutique.* »

³⁰ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 1, 1. b) « *« pandémie » désigne la propagation mondiale d'un agent pathogène ou d'un variant qui infecte des populations humaines ayant une immunité limitée ou inexistante, grâce à une transmissibilité soutenue et élevée d'une personne à l'autre, submergeant les systèmes de santé d'une morbidité grave et d'une mortalité élevée, et provoquant des perturbations sociales et économiques, qui toutes nécessitent une collaboration et une coordination nationales et mondiales efficaces pour son contrôle* ».

³¹ *Id.*, pp. 42-59 : focalisation excessive, exagération pandémique, conflits d'intérêts et déficit de transparence dans les décisions

³² Ass. Parl. Du Conseil de l'Europe, Résolution 1749 (2010), *La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence*.

éléments permettent de le constater : d'abord, le traité dépasse le domaine de la santé avec la mise en œuvre du concept « *One Health* » (synergies multisectorielles et transdisciplinaires), qui s'étend au climat et à l'environnement mais aussi à l'agriculture³³, l'école, l'information, les médias et le numérique³⁴ (programmes éducatifs de sensibilisation, gestion des infodémies, lutte contre les *fake news* et la désinformation etc.). Plus encore, il s'immisce dans les compétences législatives et l'exercice du pouvoir réglementaire des autorités nationales³⁵ et les conséquences juridiques des mesures de santé publique (confinements, couvre-feux, isolements, fermetures) peuvent toucher à l'ordre public interne des Etats avec des mesures relevant du noyau dur des compétences régaliennes de l'Etat (ministère de l'intérieur, justice). Ensuite, le traité impose des obligations et permet une intervention de l'OMS non seulement au plan régional et international, mais aussi national³⁶. Enfin, le traité, malgré un titre trompeur, dépasse le seul cadre pandémique, puisque qu'il engage les Etats dans ce qu'il appelle les « *périodes inter-pandémiques* » (formule récurrente retrouvée dans les principaux articles³⁷). Il ne se limite donc pas aux périodes de pandémies mais permet son intervention dans la permanence, la continuité et la régularité au-delà des périodes de pandémies sur lesquelles le Secrétaire Général « prend la main », et soumettant, par exemple, les Etats à des simulations coordonnées et des exercices réguliers multi-pays durant ces périodes³⁸. Pas le moindre des paradoxes : l'exposé des motifs pose en pétition de principes un certain nombre de formules rassurantes mais sans force contraignante par rapport au contenu du texte : « *reconnaissant le rôle souverain et les droits des pays, [...] en respectant leur contexte national et en reconnaissant les instruments internationaux pertinents existants* » (qui déjà relèvent de l'OMS et du RSI) ou encore un principe de la proportionnalité des mesures prises aux objectifs visés avec l'exercice d'un bilan coûts/Avantages³⁹. L'article 14 pose toutefois la limite du respect des standards internationaux en matière de droits de l'Homme - en dépit du déficit de valeur juridique contraignante de la Déclaration universelle du 10 décembre 1948 - et son § 2 prévoit de « *créer un comité consultatif indépendant et inclusif pour conseiller les gouvernement sur la protection des droits de l'homme lors d'urgences de santé publique, y compris sur l'élaboration et la mise en œuvre de son cadre juridique et politique, ainsi que toute autre mesure qui peut être nécessaire pour protéger les droits de l'Homme* ».

Un traité juridiquement contraignant, dans quelle mesure ?

Dans son préambule, le projet de traité précise que « *Dans le cadre du mandat susvisé, l'INB a établi un processus et une approche systématique pour son travail et en a convenu, lors de sa deuxième réunion, que l'instrument devrait être juridiquement contraignant et contenir à*

³³ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 18

³⁴ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 17 § 1 : « *Les parties s'engagent à accroître les connaissances de la population en matière de science, de santé publique et de pandémie, ainsi que l'accès à l'information sur les pandémies et leurs effets, et lutter contre les informations fausses, trompeuses, la désinformation ou la désinformation, À cet égard, chaque Partie est encouragée à : (a) promouvoir et faciliter, à tous les niveaux appropriés, conformément aux lois et réglementation, élaborer et mettre en œuvre des programmes éducatifs et de sensibilisation du public sur les pandémies et leurs effets, en informant le public, en communiquant les risques et en gérant les infodémies via des canaux efficaces, notamment les réseaux sociaux ; (b) procéder régulièrement à une écoute sociale et à des analyses pour identifier la prévalence et les profils de la désinformation, qui contribuent à concevoir des stratégies de communication et de messagerie pour le public pour lutter contre la désinformation, la désinformation et les fausses nouvelles, renforçant ainsi la confiance du public.* »

³⁵ *Id.*, art. 8

³⁶ *Id.*, art. 16

³⁷ *Id.*, art. 6, 7, 10, 11 et 16.

³⁸ *Id.*, art. 13

³⁹ *Id.*, art. 2, § 18.

la fois des stipulations juridiquement contraignantes aussi bien que des éléments juridiquement non contraignants. À cet égard, l'INB a identifié l'article 19 de la Constitution de l'OMS comme disposition globale en vertu de laquelle l'instrument devrait être adopté, sans préjudice de prendre également en considération, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, la pertinence de l'article 21, et a demandé au Bureau d'élaborer et de présenter à l'INB un avant-projet [...] pour discussion ». L'on voit bien qu'à l'analyse du projet, les choses ne sont pas aussi claires et qu'il risque d'y avoir une interprétation au cas par cas, article par article, par le juge saisi au contentieux, tant du traité que des lois qui seront initiées pour le mettre en œuvre. En effet, ce genre de document préparatoire permet au juge d'analyser chaque stipulation dans le cadre du contentieux dont il est saisi afin d'en déterminer le caractère impératif ou non pour l'Etat. Il faudra donc s'en remettre à la jurisprudence, dont on sait qu'elle s'autorise cette interprétation depuis une trentaine d'année en ne recourant plus au renvoi préjudiciel auprès du ministre des affaires étrangères⁴⁰.

*A priori, l'expression « *legally binding* » (juridiquement contraignant) ne semble utilisée qu'à l'article 6 § 5, à propos des chaînes d'approvisionnements et des réseaux logistiques globaux pour demander l'engagement des Etats à faciliter l'accès au personnel ainsi qu'au fret humanitaire. Toutefois, cela ne signifie pas que tout le reste du projet cesse de l'être : en effet, l'expression « *shall* », « *shall not* » ou « *should* », présente à chaque article, indiquant en grammaire anglaise « l'expression soutenue d'une obligation »⁴¹ équivaut donc à l'indicatif qui, en légistique française a valeur d'impératif. L'acte futur vise donc incontestablement à produire des effets juridiques si l'on suit les volontés de son auteur. De plus, il faut se référer à la précision d'un certain nombre de stipulations qui prévoient les engagements des Etats, comme par exemple, l'article 13 qui prévoit que les Etats devront mener des exercices réguliers biannuels avec des simulations multi-pays pour identifier les lacunes et vulnérabilités de leurs systèmes afin de les rendre résilients. On peut aussi citer, entre autres stipulations, l'article 19 § 1, d) qui prévoit un financement de chaque Etat sur la base d'une « ressource PIB », ou chaque Etat contribuera au financement des institutions créées par le traité à hauteur d'un pourcentage à définir de son PIB.*

Toutefois, ce cadre de l'article 19 de la Constitution de l'OMS stipule que l'adoption des accords et des conventions ne pourront entrer en vigueur que dans la mesure où chaque Etat les aura ratifiés « *conformément à ses règles constitutionnelle* »⁴². Ce qui pourrait alors poser un problème de forme.

2. La nécessité constitutionnelle d'une ratification législative

Ce projet relève incontestablement d'un véritable traité international et non d'un simple accord qui pourrait simplement être approuvé par le gouvernement. Le droit constitutionnel français requiert alors, pour ce type de traités, une procédure formelle de ratification législative.

⁴⁰ CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, req. n° 78519, confirmée par CEDH, 24 novembre 1994, *Consorts Beaumartin c. France*, req. n° 15287/89 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, req. n° 93-20.424, Bull, n° 370, p. 426.

⁴¹ *Oxford Advanced Learner's Dictionary*

⁴² Constitution de l'OMS, art. 19 : « *L'Assemblée de la Santé a autorité pour adopter des conventions ou accords se rapportant à toute question entrant dans la compétence de l'Organisation. La majorité des deux tiers de l'Assemblée de la Santé sera nécessaire pour l'adoption de ces conventions ou accords, lesquels entreront en vigueur au regard de chaque Etat Membre lorsque ce dernier les aura acceptés conformément à ses règles constitutionnelles.* »

Traité ou Accord ?

Ce projet constitue-t-il un traité ou un accord ? La question mérite d'être posée et la qualification donnée au regard du droit interne peut ne pas du tout dépendre de la qualification donnée par le rédacteur du texte. La seule différence entre les traités et les accords tient à la forme dans laquelle l'Etat peut exprimer son consentement à être lié. L'accord, peut formellement être approuvé par décret, alors que le traité donne lieu à une ratification législative de forme plus solennelle. L'enjeu tient donc à la forme de l'engagement de l'Etat : ratification / approbation législative ou par décret. Il nous faut donc affirmer que le projet de traité sur les pandémies doit être regardé comme un traité international, tant au plan du droit international public, qu'au plan du droit constitutionnel français.

D'abord, au plan du droit international public, il ressort des termes de l'article 2 § 1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités que : « a) *L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;* b) *Les expressions « ratification », « acceptation », « approbation » et « adhésion » s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité; »*⁴³

Ensuite, et surtout, au plan du droit constitutionnel, l'article 53 de la Constitution semble définir le traité comme un acte qui a trait à « *l'organisation internationale* » et « *qui modifie des dispositions de nature législatives* »⁴⁴ (comme celles du Code de la santé publique, notamment, ou d'autres dispositions relevant du domaine de la loi – art. 34 de la Constitution) comme un traité. Ce qui est clairement le cas pour les stipulations du futur document.

Si l'on se réfère à la circulaire du Secrétariat Général du Gouvernement (SGG) du 30 mai 1997 *relative à l'élaboration et la conclusion des accords internationaux*⁴⁵, « *La pratique française distingue les accords dits en forme solennelle - désignés à l'article 52 de la Constitution par le terme " traités " -, conclus au nom des chefs d'Etat, et les accords en forme simplifiée, conclus au niveau des gouvernements. Les pouvoirs de signature des accords en forme solennelle sont signés par le Président de la République. Ils doivent faire l'objet d'une ratification ; l'instrument de ratification est également signé par le Président de la République. Les pouvoirs de signature des accords en forme simplifiée sont signés par le ministre des affaires étrangères de même que, le cas échéant, les instruments d'approbation de ces accords. [...] Le choix de la forme solennelle se fait en fonction des précédents, de la nécessité qu'a l'Etat étranger d'adopter cette forme en raison de son droit interne ou de considérations politiques qui conduisent à donner une plus grande solennité à l'engagement. L'article 53 de la Constitution commande la forme solennelle dans un certain nombre de cas »*

D'une part, au regard du droit des traités, le texte est écrit et régi par le droit international (Charte des Nations-Unies et Constitution de l'OMS) et qui plus est multilatéral (il concerne les 194 Etats membres de l'OMS, ce qui lui donne aussi une importance certaine), et d'autre part, il appert que, dès lors que dans ses travaux préparatoires et en préambule du document,

⁴³ Convention de Vienne du 23 mai 1969 *sur le droit des traités*, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.

⁴⁴ Ce que commande l'art. 8 du projet : OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art.8.

⁴⁵ Circulaire SGG du 30 mai 1997 *relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, NOR : PRMX9702050C, JO, n°125 du 31 mai 1997.

les auteurs ont explicitement voulu rendre le texte juridiquement contraignant en tout ou partie et que celui-ci comporte des engagements précis, nous n'avons plus à faire à un simple accord mais à un véritable traité⁴⁶. Et c'est là que le cadre constitutionnel intervient pour lui imposer des formes obligatoires rigoureuses pour sa ratification.

Un cadre constitutionnel contraignant qui implique une ratification législative

Le projet de traité semble prévoir une application provisoire des futures stipulations. Son article 35 évoque la possibilité pour un État signataire d'appliquer, « à titre provisoire, en tout ou partie », les stipulations du texte⁴⁷. Et c'est à ce titre que la doctrine a envisagé la possibilité pour l'administration américaine d'y recourir. Comme a pu l'affirmer le professeur de droit international Francis Boyle, de l'université de l'Illinois, « l'administration Biden peut indiquer qu'elle met provisoirement ce traité en vigueur dès la simple signature du Traité »⁴⁸. L'auteur expliquait ainsi qu'une telle signature par l'exécutif « violerait alors la Convention de Vienne sur le droit des Traités » en contournant le consentement des parlements nationaux. Toutefois, il faut bien distinguer signature et ratification. En effet, l'auteur parle de la signature, qui n'est pas l'acte permettant au traité de produire des effets de droit, car ces effets résultent de la ratification. Si l'article 35 du projet de traité a prévu un régime d'application provisoire, cela ne signifie en aucun cas qu'une telle entrée en vigueur dans le droit interne d'un Etat partie vaut ratification définitive.

D'abord, parce que certes, doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire que le Président « négocie » seul les traités⁴⁹, bien que la pratique l'amène le plus souvent à collaborer avec le Sénat en l'associant, il demeure qu'en toute hypothèse, son monopole s'arrête à la négociation, non à la conclusion. Et pour ce qui concerne la conclusion, la Constitution américaine est claire et précise sur ce point dans son article II, § 2, relatif aux pouvoirs du Président : « Il aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs présents ». Toute conclusion d'un traité implique donc un vote du Sénat à la majorité qualifiée des deux-tiers.

C'est sans doute ce qui peut expliquer l'initiative de 47 sénateurs républicains, menés par Ron Johnson, sénateur du Wisconsin, qui ont alors présenté, le 15 février 2023, une proposition de loi (*bill*) intitulée « *No OMS Pandemic Preparedness Treaty Without Senate Approval Act* »⁵⁰. Les auteurs de ce texte exigent que cette convention internationale sur les pandémies soit considérée comme un traité, ce qui exige alors, en vertu de la Constitution, le consentement d'une majorité du Sénat, soit les deux tiers.

⁴⁶ Voy. de ce point de vue la synthèse de Michel Virally, « Sur la notion d'accord », in F. Diez and J. Monnier (Eds), *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Staempfli & C^{ie} S.A., 1980, pp. 159-172; ainsi que Nguyen Quoc Dinh, « La Constitution de 1958 et le droit international », RDP 1959, p. 532.

⁴⁷ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 35, §1.

⁴⁸ Alex Newmann, *WHO Now Working on Far-Reaching Amendments to Global Rules After Setback*, The Epoch Times, 6 mai 2022.

⁴⁹ Edward S. Corwin, *The President : Office and Powers* (1940), New York, New York University Press, 1957, 4^{ème} éd., xiii-519 p., « il est aujourd'hui établi que le Président seul a pouvoir de négocier des traités avec des gouvernements étrangers ». Voy. Aussi : « Lui [le Président] seul négocie. », opinion du juge Sutherland, in *United States v. Curtiss-Wright Export Corp* (1936), 299 US 304, 319.

⁵⁰ Sénat, 118^{ème} Congrès, 1^{ère} Session, 15 février 2023 : *A Bill To require any convention, agreement, or other international instrument on pandemic prevention, preparedness, and response reached by the World Health Assembly to be subject to Senate ratification*, n° S 144.

Ensuite, si l'article 35 du projet de traité sur les pandémies prévoit des mesures provisoires. Il faut rappeler que le propre du provisoire est de ne jamais être définitif. Et le paragraphe 2 de l'article 35 vient le confirmer en prévoyant immédiatement que cette application provisoire prend nécessairement fin à la date d'entrée en vigueur du traité⁵¹. Ne produisant plus ses effets juridiques, il sera alors nécessaire de ratifier le traité par les voies « normales », prévues par le droit constitutionnel français, conformément à l'article 19 de la Constitution de l'OMS. Aussi, une telle application revient à « reculer pour mieux sauter » puisque, quand bien même ces stipulations s'appliqueraient provisoirement depuis quelques mois, les parties n'échapperont pas à la ratification en la forme prévue par leur modèle constitutionnel.

Qu'en est-il en droit français ? La ratification relève de l'article 53, alinéa 1^{er} de la Constitution : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi* ». Les traités doivent donc, lorsqu'ils relèvent de ces catégories de conventions régies par le droit international, faire l'objet d'une ratification solennelle en la forme législative et donc passer par la voie parlementaire⁵². Dans ce cas, sur le plan administratif, en application de l'article 39 de la Constitution, le Conseil d'Etat devra être consulté comme pour tous les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités ou accords énumérés à l'article 53.

Mais le Conseil d'État veille aussi à ce que tout accord portant sur des matières de nature législative ou ayant une incidence financière (ce qui est le cas de ce traité sur les pandémies⁵³) fasse l'objet d'un projet de loi autorisant sa ratification. Ainsi, depuis 1998 avec sa jurisprudence du *Parc d'activité de Blotzheim*, le juge administratif contrôle la régularité de la procédure de ratification ou d'approbation d'un engagement international à l'occasion d'un contentieux portant sur le décret de publication d'un tel engagement⁵⁴. Ainsi, depuis 2015, les accords approuvés par décrets mentionnent dans cet acte la formule selon laquelle « *aucun engagement n'excédera, par leur montant limité et par leur nature, les dépenses liées au fonctionnement courant incombant normalement aux administrations dans le cadre de leurs compétences habituelles* »⁵⁵, ce qui ne semble pas être le cas du projet de traité sur les pandémies qui prévoit de nombreuses obligations génératrices de charges. Dans sa jurisprudence de 1998, il a affirmé que les traités dont la ratification était intervenue sans avoir été autorisée par la loi alors qu'ils auraient dû l'être aux termes de l'article 53 de la Constitution, ne pouvaient être considérés comme ayant une autorité supérieure à la loi⁵⁶. Ce raisonnement a

⁵¹ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 35, § 2 : « *L'application provisoire par un signataire et/ou une Partie prendra fin à l'entrée en vigueur du présent traité pour cette Partie ou sur notification par ce signataire et/ou Partie au Dépositaire en donnant par écrit son intention de mettre fin à son application provisoire* ».

⁵² Voy. de ce point de vue, la circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, précitée.

⁵³ OMS, « Zero draft », *op. cit.*, art. 19 § 1, d) (ressource PIB).

⁵⁴ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, req. n° 181249.

⁵⁵ Voir par ex : Décret n° 2015-1096 du 31 août 2015 portant publication de la convention sur la coopération bilatérale dans le domaine de l'agriculture entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Koweït, signée à Paris le 18 février 2014, JO, 2 sept. 2015 ou encore : Décret n° 2016-375 du 29 mars 2016 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République des Philippines sur la coopération en matière de tourisme, signé à Manille le 26 février 2015, JO, n° 76, 31 mars 2016, texte n° 14.

⁵⁶ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, préc.

par la suite été suivi par la Cour de cassation⁵⁷. Depuis 2003, le Conseil d'État annule le décret de publication d'un accord international lorsqu'il estime que cet accord aurait dû être soumis au Parlement⁵⁸. Rappelons aussi que le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité de la loi de ratification *a priori*⁵⁹, y compris d'une loi déjà promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son champ d'application »⁶⁰. En revanche, le Conseil ne contrôlera pas le fond du traité⁶¹.

Ici encore, la circulaire du SGG de 1997 doit guider l'exécutif, sur les cas de demande d'autorisation parlementaire de ratification : « *Les accords édictant une obligation financière directe et certaine sont considérés comme engageant les finances de l'Etat. Il en est ainsi lorsque cette contribution financière, qui peut prendre des formes variées (participation à un mécanisme de financement spécifique, mise à disposition de personnels ou de biens...) constitue pour le Gouvernement une obligation, dont l'inexécution serait considérée par les autres parties comme un manquement aux engagements internationaux de la France.*

Dès lors que l'une au moins des stipulations d'un accord ressortit au domaine de la loi, tel qu'il est déterminé par l'article 34 de la Constitution, l'autorisation du Parlement pour sa ratification ou son approbation doit être recherchée. Cette exigence s'applique même dans les cas où la législation en vigueur satisfait en l'état à toutes les obligations résultant du traité ou de l'accord en cause, sans qu'il soit besoin de la modifier ou de la compléter. » Il faut néanmoins préciser que la circulaire du SGG, en parlant d'autorisation parlementaire de ratifier, omet de mentionner que cette autorisation est en réalité plutôt « législative », car elle comprend une voie parlementaire, mais aussi une voie référendaire.

En effet, il faut aussi rappeler que, si la ratification d'un tel traité est de nature législative, cette nature législative peut être parlementaire (article 53 de la Constitution) mais aussi référendaire (article 11 de la Constitution). En effet, l'article 11 de la Constitution prévoit aussi que le Président de la République peut soumettre au référendum « *tout projet de loi [...] tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions* ». Ce qui pourrait être manifestement le cas au regard de l'article 8 du projet appelant les parties à renforcer leurs réglementations nationales. Toutefois, le choix d'une telle décision relève de la seule discrétion du Président de la République, sur proposition du gouvernement ou proposition conjointe des deux assemblées – soit un accord des représentants, dans un contexte démophobe⁶² ou la concurrence et la défiance entre les démocraties directe et représentative s'accroît toujours davantage

Il ressort donc à l'évidence que ce traité multilatéral rédigé dans le cadre de l'OMS, va produire des effets de droit, créer de nouvelles institutions internationales⁶³, comporte des stipulations budgétaires pour les Etats⁶⁴ et va imposer en droit français des modifications de

⁵⁷ Cass. Civ 1^{ère}, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) c. N'Doye*, Bull. Civ. I, n° 149.

⁵⁸ CE Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, req. n° 242860.

⁵⁹ Art. 61, al. 2 de la Constitution.

⁶⁰ CC, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43 ; Voy. aussi : décisions n° 96-377 DC, 16 juillet 1996 et n° 97-388 DC, 20 mars 1997.

⁶¹ CC, décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht*, Rec. p. 55

⁶² Plus aucun référendum national n'a été organisé depuis 2005 sur la base des articles 11 ou 89 de la Constitution, soit une période de bientôt 20 ans.

⁶³ OMS, « Zero draft », *op. cit.* art. 20 : conférence des parties, *officers of the parties* et secrétariat.

⁶⁴ OMS, « Zero draft », *op. cit.* art. 19 § 1, d) : « *Chaque partie s'engage à allouer, en fonction de ses capacités respectives, XX % de son PIB intérieur brut produit pour la coopération et l'assistance internationales en matière de prévention, de préparation et de préparation aux pandémies* ».

nature législative au droit préexistant, comme par exemple des modifications des dispositions du Code de la santé publique (de valeur législative), mais pas seulement, car des confinements, une politique d'isolement et de quarantaines, une obligation du port du masque en population générale ou une campagne éventuelle de vaccination obligatoire ou supplétive de volonté produiront inévitablement d'évidentes conséquences sur l'exercice des libertés fondamentales. La mise en œuvre de mesures sanitaires de prophylaxie ou de lutte contre les épidémies implique la mise en œuvre d'instrument relevant de la police administrative, qui revient, dans l'intérêt de l'ordre public sanitaire, à entraver l'exercice de plusieurs libertés. Par exemple, l'instauration d'un « pass » sanitaire ou vaccinal comme cela a été le cas pendant la crise du Covid-19 nécessite un encadrement législatif avec des garanties accordés aux citoyens en contrepartie de telles entraves – même temporaires – aux libertés.

C'est pourquoi il convient alors se référer au domaine de la loi, prévu par l'article 34 de la Constitution qui fait fixer par la loi « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publique* » ou, de même, pour l'hypothèse de mesures prises en « conseils de défense sanitaire » comme cela a été le cas à partir de décembre 2021, « *les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens* ».

Il faut aussi rappeler que, même si « l'effet cliquet » en matière de libertés semble avoir fait long feu⁶⁵, le Conseil constitutionnel contrôle néanmoins de telles lois afin qu'elles-mêmes ne soient pas « liberticides », ou qu'elle viennent « *priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁶⁶, comme ce pourrait être le cas en l'espèce du droit à la santé⁶⁷, du droit au respect de la vie privée⁶⁸ (mesures intrusives de quarantaines, d'isolement et de confinements), du droit de propriété⁶⁹ (l'article L. 3131-15, I, 7° du Code de la santé publique permet d'ordonner des réquisitions aux fins de lutte contre la catastrophe sanitaire⁷⁰), de la liberté d'entreprendre⁷¹ (interdiction d'ouvrir, fermetures de commerces non essentiels), de la liberté d'aller et venir⁷² (confinements), de la liberté d'expression⁷³ (contrôle par le gouvernement de l'expression des scientifiques et des données de la pandémie ainsi que des fausses nouvelles), des droits collectifs des travailleurs⁷⁴ (dans l'hypothèses de restrictions sanitaires disproportionnées dans l'entreprise), entre autres. En somme, le juge conserve aussi le souci d'assurer, au sein même de la loi, un « *niveau de garantie indispensable à l'épanouissement concret des droits et libertés* »⁷⁵

Paris, le 3 décembre 2023

⁶⁵ D. Chagnollaud, « Sherlock Holmes et le mystère de l'effet cliquet », *LPA*, n° 38, 2004, p. 3 ; C. Boyer-Cappell, « l'effet-cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1725.

⁶⁶ Conseil Constitutionnel, décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021, *Loi relative à la bioéthique*, §28.

⁶⁷ Al. 11 du Préambule de 1946

⁶⁸ Art. 2 DDHC (droit au respect de la vie privée, inviolabilité du domicile, secret des correspondances)

⁶⁹ Art. 2 et 17 DDHC

⁷⁰ Art. L. 3131-15 CSP : « *I.-Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : [...] 7° Ordonner la réquisition de toute personne et de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire. L'indemnisation de ces réquisitions est régie par le code de la défense* »

⁷¹ Art. 4 DDHC

⁷² Art. 2 et 4 DDHC

⁷³ Art. 11 DDHC

⁷⁴ Al. 6 à 8 du Préambule de 1946

⁷⁵ C. Boyer-Cappell, *op. cit.*