



HAL
open science

Covid-19 et droit de la responsabilité internationale

Tiphaine Demaria

► **To cite this version:**

Tiphaine Demaria. Covid-19 et droit de la responsabilité internationale. Justice, contrôle et responsabilité de la décision publique. Leçons de la crise sanitaire, DICE Éditions, pp.155-164, 2022, Confluence des droits, 10.4000/books.dice.12493 . hal-04011197

HAL Id: hal-04011197

<https://amu.hal.science/hal-04011197v1>

Submitted on 20 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



Estelle Brosset, Thierry Renoux, Ève Truilhé et Ariane Vidal-Naquet (dir.)

Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique Leçons de la crise sanitaire

DICE Éditions

COVID-19 et droit de la responsabilité internationale

Tiphaine Demaria

DOI : 10.4000/books.dice.12493
Éditeur : DICE Éditions
Lieu d'édition : Aix-en-Provence
Année d'édition : 2022
Date de mise en ligne : 19 décembre 2022
Collection : Confluence des droits
EAN électronique : 9791097578176



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

DEMARIA, Tiphaine. *COVID-19 et droit de la responsabilité internationale* In : *Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique : Leçons de la crise sanitaire* [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2022 (généré le 09 juin 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/dice/12493>>. ISBN : 9791097578176. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.12493>.

COVID-19 ET DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

Tiphaine DEMARIA¹

En droit international comme ailleurs, les répercussions désastreuses de la pandémie de COVID-19 ont conduit de nombreuses personnes à chercher un – ou plusieurs – responsables, et en particulier à s’interroger sur le rôle de la République populaire de Chine dans la naissance et l’expansion du virus. Par exemple, en septembre 2020, lors de l’Assemblée générale des Nations unies, le président des États-Unis D. TRUMP a affirmé : « *(w)e must hold accountable the nation which unleashed this plague on to the world: China* »². Si la responsabilité de la Chine concentre l’essentiel des débats, celles de l’Organisation mondiale de la santé (OMS) et d’autres États pour les mesures prises – ou leur absence – en réponse à la pandémie sont envisagées.

La présente contribution s’interroge sur la traduction juridique de ces accusations en droit international : la responsabilité internationale de ces entités. Les principes applicables ont été codifiés par la Commission du droit international dans un document en 2001³ et sont largement considérés comme reflétant le droit coutumier dans la pratique des États et des juridictions internationales. À partir de ces éléments, cet article questionnera la possibilité d’engager la responsabilité des États ou des organisations internationales impliquées (I), les conséquences de celle-ci (II) et, enfin, les moyens de mise en œuvre envisageables (III).

I. L’engagement de la responsabilité internationale

L’engagement de la responsabilité de l’État (ou d’une organisation internationale) suppose l’existence d’un « fait internationalement illicite »⁴. Celui-ci est constitué d’un comportement qui est attribuable à l’État et qui « constitue la violation d’une obligation internationale »⁵. Cette violation se produit lorsque « fait dudit État n’est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation »⁶. Autrement dit, lorsqu’une obligation internationale (dite « primaire ») pesant sur lui ne fut pas respectée.

1 Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

2 « Trump Demands U.N. Hold China to Account for Coronavirus Pandemic », *NY Times*, 22 septembre 2020.

3 « Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. 2-II, p. 76.

4 *Ibid.*, article 1.

5 *Ibid.*, article 2.

6 *Ibid.*, article 12.

Les règles primaires analysées dans le cadre de cette contribution seront : les règles sanitaires internationales (1) et l'obligation coutumière diligence requise (2). Précisons qu'il est très difficile d'être exhaustif dans le cadre limité de cet article. En effet, les mesures de restriction et de confinement prises par les États sont susceptibles de s'opposer à des normes fort nombreuses par exemple dans le domaine du droit international des droits de l'homme⁷, du droit de la mer⁸, des investissements⁹. En outre, même si une violation est constatée, le droit de la responsabilité internationale prévoit qu'elle peut être « excusée ». L'hypothèse doit donc être évoquée (3).

1. Relativement à la violation des obligations sanitaires internationales, l'attention se porte surtout sur le respect, par Pékin, des règles de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et particulièrement des obligations issues du Règlement sanitaire international (RSI), adopté dans sa version actuelle par l'Assemblée mondiale de la Santé en 2005. Ces règles sont obligatoires pour les États membres de l'OMS¹⁰, et constituent donc de véritables obligations internationales.

Les dispositions les plus directement pertinentes du Règlement sont ses articles 6 et/ou 7, imposant une obligation de notification auprès de l'OMS. Selon l'article 6 :

« [c]haque État Partie notifie à l'OMS, par les moyens de communication les plus efficaces dont il dispose, par l'intermédiaire du point focal national RSI et dans les 24 heures suivant l'évaluation des informations de santé publique, tout événement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale [...] »

Selon l'article 7, l'État doit signaler dans les mêmes conditions tout événement « inattendu ou inhabituel » susceptible de constituer une « urgence de santé publique de portée internationale » (USPPI). L'Annexe du Règlement contient un « instrument de décision » permettant de déterminer s'il existe une USPPI¹¹. Selon cette Annexe, la découverte d'un cas inhabituel de SRAS doit être directement notifiée à l'OMS. Or, il semble que les premiers cas de SRAS-CoV-2 aient été découverts en Chine en novembre-décembre 2019. Selon une opinion largement partagée, les autorités chinoises n'auraient pas respecté le délai imparti en ne notifiant officiellement que le 31 décembre 2019 à l'OMS¹². On peut considérer que cette omission – qui est bien entendu attribuable à l'État – engage sa responsabilité.

D'autres règles issues du droit sanitaire international ont été envisagées. Par exemple, il a été reproché à l'OMS de n'avoir déclaré l'USPPI que le 30 janvier 2020 et que les modalités d'examen de cette urgence étaient questionnables¹³. Dans un autre ordre d'idée, le RSI contient des obligations

7 Par ex. voir CEDH, *CGAS c. Suisse*, arrêt du 15 mars 2022, req. n° 21881/20 (liberté de réunion).

8 A. MIRON, « Port Denials and Restrictions in Times of Pandemic: Did International Law Lose Its North Star? », *EJIL : Talk!*, 22 avril 2020.

9 L. BENTO, J. CHEN, « Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 avril 2020.

10 Selon les articles 21 et 22 de la Constitution de l'OMS (*RTNU*, 1948, vol. 14, p. 185).

11 Les cas d'USPPI confirmés par l'OMS furent, avant la COVID-19, H1N1 (2009) ; Polio (2014) ; Ebola (2014) ; Zika (2016).

12 Parmi d'autres : T. FLEURY GRAFF, « Covid-19 et droit international : la Chine peut-elle être tenue juridiquement responsable de la crise sanitaire ? », *Le club des juristes*, 30 avril 2020.

13 Voir, à ce propos : M. ECCLESTON-TURNER, « The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law », *Opinio Juris*, 31 mars 2020.

relativement faibles comme celles d'acquiescer des capacités ou de coopérer avec les autres États et organisations internationales¹⁴. Il reste toutefois difficile, pour des obligations floues comme celle-ci, de définir un seuil permettant de constater une éventuelle violation¹⁵. Cette difficulté se retrouve pour les obligations de *due diligence*.

2. La seconde obligation que nous souhaiterions évoquer est l'obligation de générale de diligence. En effet, les États ont l'obligation coutumière de « ne pas laisser utiliser [leur] territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹⁶. Une obligation de diligence pourrait aussi s'imposer à l'OMS – dont le rôle fut critiqué dans la gestion de la pandémie¹⁷.

Il existe un certain consensus sur l'application de cette règle aux situations de dommages sanitaires¹⁸, même si la pratique moderne concerne surtout les dommages à l'environnement. Cette obligation entretient des relations avec les règles de l'OMS (et celles relatives à la protection des droits de l'Homme)¹⁹, qui viennent d'une certaine manière la préciser. Cependant, elle demeure indépendante de celles-ci²⁰.

Contrairement aux obligations issues des articles 6 et 7 du RSI, l'obligation de prévention et de diligence requise étudiée ici est une obligation de moyens ou de comportement²¹. Autrement dit, elle suppose de prendre les mesures « raisonnables » face à la pandémie. Cela rend l'analyse de la violation dépendante du contexte et de la situation individuelle de chacun des États. En effet, l'appréciation du respect de cette obligation repose sur un ensemble d'indices ou de critères²², telle la connaissance du risque, le degré de contrôle sur la situation ou les capacités de l'État²³.

Certains éléments devraient néanmoins pouvoir venir préciser cette obligation à contenu variable. D'une part, ce devoir général de diligence (que l'on qualifie parfois de « *no-harm rule* ») est susceptible de donner naissance à des sous-obligations, comme celle de « *continuous monitoring*

14 Voir S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, 2020, vol. 66, p. 55.

15 P. VILLAREAL, « Can They Really Do That? States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 », *Opinio Juris*, 31 mars 2020.

16 CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, *Rec.*, p. 22.

17 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 59 et s.

18 A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, « Due diligence and COVID-10: State's Duty to prevent and halt the Coronavirus outbreak (Part 1) », *EJIL: Talk!*, 24 mars 2020. Voir S. CAPICCHIANO YOUNG, « State Responsibility for COVID-19: Does International Contagion Constitute Transboundary Harm? », *Asian Journal of International Law*, 2021, vol. 11, p. 372-390.

19 Deux auteurs ont dégagé les principales sources des obligations de diligence requise suivantes : le principe d'utilisation non-dommageable du territoire ; le droit international des droits de l'Homme (droit à la vie et droit à la santé) ; le droit de l'OMS et les règles relatives à la protection des personnes en cas de catastrophe (A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, *op. cit.*).

20 S. HEATHCOTE, « State Responsibility, International Law and the COVID-19 Crisis », *Australian Yearbook of International Law*, 2021, vol. 39, p. 122-140.

21 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 55. Sur cette notion, voir T. DEMARIA, « Obligations de comportement et obligations de résultat dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *Annuaire canadien de droit international*, 2020, vol. 58, p. 362-381.

22 Voir P. D'ARGENT, A. DE VAUCLEROY, « Le contenu de l'omission illicite : la non-utilisation de moyens raisonnables », in S. CASSELLA (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, p. 255-278.

23 CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *Rec.* p. 221, § 430.

or supervision, risk assessments, legislation, administrative policies and regulation, enforcement action and, most notably, international cooperation »²⁴. On pense aussi aux recommandations de l’OMS qui pourraient venir informer cette obligation²⁵. Des auteurs affirment que de nombreux États ont failli à exercer toute la diligence requise par la catastrophe sanitaire de 2020²⁶.

3. Le droit international prévoit une série de circonstances propres à « excuser » l’acte délictueux, que l’on nomme les « circonstances excluant l’illicéité ». Les principales circonstances pertinentes sont les suivantes : l’existence d’une situation de force majeure et celle d’un état de nécessité. Selon la première, l’illicéité d’un acte « est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d’une force irrésistible ou d’un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l’État et fait qu’il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d’exécuter l’obligation »²⁷. La seconde correspond à la situation dans laquelle l’État a violé ses obligations, mais qu’il s’agissait du « seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un préjudice grave et imminent »²⁸. Dans les deux cas, l’État ne doit pas avoir contribué à la survenance de la situation qui, selon lui, justifie le comportement illicite. On peut se demander si la pandémie de COVID-19 pourrait être de nature à constituer l’une de ces circonstances, justifiant ainsi la violation de certaines obligations primaires²⁹. À l’évidence, la réponse sera variable en fonction de la violation précise considérée. Notons finalement que ces excuses demeurent interprétées de manière stricte par la jurisprudence.

II. Les conséquences de la responsabilité internationale

La principale, mais non la seule³⁰, conséquence de la responsabilité internationale est le devoir pesant sur le violateur de réparer les dommages causés. L’État – ou l’organisation responsable – à l’obligation d’effacer « toutes les conséquences »³¹ de son acte illicite. La modalité la plus pertinente dans notre situation est celle d’indemniser – c’est-à-dire offrir une compensation financière³². Cependant, la réparation est conditionnée par deux éléments : l’existence d’un dommage (ou préjudice) réparable (1) et l’existence d’un lien de causalité (2).

24 A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, *op. cit.*

25 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 57-58.

26 *Ibid.*, p. 58.

27 Voir l’article 23 du projet de la CDI précité.

28 *Ibid.*, article 25.

29 Voir F. PADDEU, F. JEPHCOTT, « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility », *EJIL : Talk !*, 17 mars 2020. Voir aussi S. CASSELLA, « Les limites des arguments de nécessité sanitaire des États comme exception à leurs obligations économiques internationales », *JDI*, 2022, n° 2, p. 459-482.

30 Les autres conséquences de la responsabilité internationale sont : l’obligation de cesser le fait illicite s’il est continu, et l’obligation de fournir des assurances et garanties de non-répétition si les circonstances l’exigent (voir l’article 30 du projet de la CDI précité).

31 CPJI, *Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 13 septembre 1928, *Rec.*, Série A, n° 17, p. 46.

32 Les autres modalités sont la restitution en nature et la satisfaction. Voir l’article 34 du projet de la CDI sur la responsabilité de l’État, précité.

1. Dans le cas de la pandémie de COVID-19, on peut supposer qu'il existe un dommage réparable. Les pertes en vies humaines (que l'on estime à plus de 6 millions) constituent un intérêt protégé en droit de la responsabilité, et ont fait l'objet d'indemnisation à de nombreuses reprises dans l'histoire des réclamations internationales. Dans une affaire récente, la CIJ affirme sans détour « que, en principe, les pertes en vies humaines causées par [des] faits internationalement illicites font naître [...] l'obligation de réparer intégralement le préjudice »³³. Les pertes économiques ou financières, mais encore les dommages moraux résultant de séquelles de la maladie ou du décès d'un proche sont également susceptibles d'indemnisation³⁴. La difficulté ne réside donc pas réellement dans l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

2. La deuxième condition de la réparation est l'existence d'un lien de causalité « suffisamment direct et certain »³⁵ entre la violation et le dommage réclamé. Pour démontrer qu'un lien de causalité (factuel) existe, il faut réussir à prouver que, si le fait illicite ne s'était pas produit, le dommage n'aurait pas existé. Le scénario causal doit donc intégrer une violation précise³⁶.

Ainsi, si une obligation de notification est envisagée (notamment celle prévue dans le RSI), il faudra démontrer que le dommage n'aurait pas eu lieu ou aurait eu une ampleur différente si cette notification était intervenue conformément au droit international. De la même manière, si le manquement à une obligation de prévention est considéré, il faut par un raisonnement hypothétique (ou « contrefactuel ») estimer que le dommage ne serait pas né si l'État avait mis en œuvre les moyens raisonnables pour prévenir la pandémie. C'est ce qu'exprime, dans un contexte différent, l'affaire du *Génocide* devant la Cour internationale de Justice. Dans cette affaire, la Cour affirma que :

« [u]n tel lien de causalité ne pourrait être regardé comme établi que si la Cour était en mesure de déduire de l'ensemble de l'affaire, avec un degré suffisant de certitude, que le génocide de Srebrenica aurait été effectivement empêché si le défendeur avait adopté un comportement conforme à ses obligations juridiques³⁷. »

Pour prendre un exemple un peu plus proche, on se souvient que la CJCE écarta la réparation pour les dommages à la suite de la crise de la « vache folle » (ESB) car il n'avait pas été démontré que, même en prenant les mesures adéquates, les autorités européennes auraient pu empêcher la survenance des dommages à la santé et des pertes économiques³⁸.

33 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda), arrêt du 9 février 2022 (réparations), § 145.

34 Selon le projet de la CDI précité, l'indemnisation couvre tout dommage « susceptible d'évaluation financière » (article 36).

35 CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. RDC), arrêt du 19 juin 2012 (indemnisation), *Rec.*, p. 332, § 14.

36 Voir, par exemple, CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* p. 104. Voir T. DEMARIA, « Réflexions sur les obligations de prévention et de diligence requise en droit de la responsabilité internationale », *AFDI*, 2019, vol. 65, p. 51-68.

37 Arrêt précité, p. 234, § 462. Voir aussi M. PAPANISKIS, « Covid-19 Claims and the Law of International Responsibility », *Journal of international humanitarian legal studies*, 2020, vol. 11, p. 323.

38 Respectivement Trib. UE, *É. R. et autres*, arrêt du 13 décembre 2006, aff. n°T-138/03, § 127 ; *Coldiretti et autres*, arrêt du 30 septembre 1998, aff. n°T-149/96, § 116 et s.

De plus, le dommage ne doit pas être trop éloigné (*remote*) du fait illicite. Cet aspect concerne la dimension « juridique » (et non plus factuelle) de l'exigence causale. Comme l'exprime le commentaire des articles de la CDI précité :

« l'existence d'un lien de causalité est en fait [que nous traduirons plus justement par « la causalité factuelle est »] une condition nécessaire, mais non suffisante de la réparation. Un autre élément contribue à exclure la réparation du préjudice trop "lointain" ou "indirect" pour donner lieu à réparation. Dans certains cas, c'est le caractère "direct" du préjudice qui est visé, dans d'autres sa "prévisibilité" ou sa "proximité". D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte³⁹. »

Dans le contexte nous intéressant, cet éloignement et l'ampleur des dommages invoqués sont source de difficultés. En effet, même si les calculs sont assez divers – un *tabloïd* a publié un article évoquant un impact de 150 milliards d'euros causés à l'économie allemande⁴⁰ ; Donald Trump aurait comptabilisé 10 trilliards de dollars de pertes – le montant de ces demandes demeure sans précédent dans l'histoire des réclamations internationales. On peut d'ailleurs se demander si l'octroi d'une telle somme ne sera pas une charge trop lourde, et donc proscrite par le droit international⁴¹.

Ces demandes ne sont d'ailleurs pas sans rappeler ce que l'on qualifie parfois de « préjudices macro-économiques ». Or, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour rejeta la demande d'indemnisation d'environ 5 milliards de dollars faute de relation de causalité, dans des termes qui font écho à la situation du COVID-19 (sans nier le caractère réparable – dans l'absolu – de cette catégorie de dommage). Elle a affirmé que « l'interdiction de l'emploi de la force n'emporte pas l'obligation de réparer tout ce qui survient par la suite », et que, même si le conflit avait bien pu avoir un effet économique préjudiciable, il fallait déterminer « si le dommage macro-économique [...] est étayé par les éléments de preuve, et si la RDC a établi l'existence d'un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le comportement internationalement illicite de l'Ouganda »⁴². On peut dès lors se demander dans quelle mesure certains des dommages invoqués ne sont pas trop éloignés du fait illicite initial, ceci dépendant à l'évidence du fait générateur considéré et de l'insertion d'autres facteurs dans la chaîne de causalité. La métaphore était utilisée par P. Reuter :

« (l) a réalité est simple, les dommages qui sont exclus de la réparation sont ceux qui sont dus à une cause étrangère à l'acte délictueux et ce qui est exact, c'est qu'en fait au fur et à mesure que l'on relie un effet à une cause par un nombre croissant d'anneaux, on introduit inévitablement des causes étrangères à l'acte délictueux⁴³. »

39 Commentaire de l'article 31, *op. cit.*, p. 99 (les notes ont été omises).

40 « China furious over German newspaper claims that China caused Covid-19 outbreak », *RFI*, 20 avril 2020.

41 Cette question fut évoquée dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, mais ne fut pas tranchée par la Cour (*op. cit.*, § 407). Voir plus généralement M. PAPARINSKIS, « A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility », *Modern Law Review*, 2020, vol. 83, p. 1246-1286.

42 Arrêt précité, § 383.

43 P. REUTER, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 503.

Ainsi, un aspect particulier de ce problème concerne l'existence de causes concomitantes, et particulièrement l'existence de plusieurs actes illicites causant le préjudice. On peut fort bien imaginer, par exemple, qu'à la responsabilité de la Chine s'associe le fait illicite d'un autre État, ayant manqué de diligence pour prévenir les atteintes au droit à la vie des personnes se situant sous sa juridiction⁴⁴. On pourrait aussi envisager la responsabilité de l'OMS comme cause concurrente⁴⁵.

En principe, la responsabilité n'est pas diminuée par l'existence d'une autre cause. Comme l'affirme B. Stern, cette situation de « causalité cumulative », c'est-à-dire lorsque le dommage résulte « d'un un acte illicite et d'une autre cause qui n'a pu avoir d'effet dommageable qu'en raison précisément de l'existence de l'acte illicite », aboutit à pouvoir exiger l'entièreté de la réparation à l'État délinquant⁴⁶. La situation n'est pas différente s'il existe plusieurs faits illicites. La victime peut obtenir la totalité de la réparation du préjudice auprès de l'un ou l'autre de violateurs, dès lors que son action ou omission délictueuse est une « cause » de ce préjudice⁴⁷. Cependant, il restera à analyser si, juridiquement, une action ou omission n'est pas venue « rompre » le lien de causalité⁴⁸.

En outre, ce principe connaît plusieurs exceptions. Une forme particulière de cause concomitante consiste en la reconnaissance d'une « faute » de la victime qui justifie une réduction de la réparation⁴⁹. La CIJ affirmait, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, « qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis » pourrait voir son comportement influencer sur le calcul des dommages et intérêts⁵⁰. Ne devrait-on pas reconnaître que la tardiveté à prendre des mesures de protection de la part de certains États a contribué à la gravité de la situation sanitaire – et donc l'ampleur des dommages ? Toujours au stade des exceptions, les juridictions peuvent reconnaître, dans certaines circonstances, que le dommage est divisible et ainsi diminuer la charge de la réparation à raison des différentes causes⁵¹, ce qui conduirait là aussi à diminuer la somme globale allouée.

On le voit, l'obtention d'une indemnité se confronte à un important obstacle en matière de causalité : d'une part, car il faut reconnaître que l'acte illicite a été nécessaire à la production du dommage subi et, d'autre part, car l'éloignement des dommages et l'intervention de causes concomitantes rendent l'analyse particulièrement complexe.

44 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 66.

45 *Ibid.*

46 B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 274.

47 Même si la question n'est pas réellement envisagée par le projet de la CDI précité (l'article 47 ne concernant que la responsabilité pour le même fait illicite), la solution paraît bien acceptée. Voir A. NOLKAMPER, J. D'ASPREMONT, C. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, « Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law », *EJIL*, 2020, vol. 31, p. 53.

48 Sur la rupture du lien de causalité, voir T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, Pedone, 2021, p. 331 et s.

49 Article 39 du projet d'articles de la CDI précité. Voir aussi D. DREYSSÉ, *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Paris, Dalloz, 2021, 574 p.

50 *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* p. 55 (la Cour utilise cependant le conditionnel).

51 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt précité, p. 34, § 98.

Même si les juridictions se reconnaissent de grands pouvoirs à cet égard, l'octroi d'une réparation devra nécessairement s'appuyer sur des mécanismes de facilitation, tel le recours à des présomptions ou des études statistiques. Il n'est pas rare, dans ces situations de dommages de masse telle celle-ci, que les États optent pour des mécanismes *ad hoc* ou des paiements forfaitaires par accord, plutôt que le recours à une juridiction ordinaire.

III. La mise en œuvre de la responsabilité internationale

En raison des spécificités de la société internationale, la mise en œuvre de la responsabilité au niveau interétatique connaît de nombreux obstacles⁵². En effet, il est une chose de dire que l'État engage sa responsabilité que de constater qu'il va effectivement devoir en répondre devant une juridiction internationale, et indemniser les victimes. Ainsi, malgré les probables violations des règles sanitaires internationales lors d'épidémies précédentes – on pense par exemple au comportement d'États africains touchés par le virus Ebola en 2014 qui auraient tardé à agir, à l'instar de la Chine, craignant l'effet économique des mesures de restrictions⁵³ – il n'existe aucun contentieux interétatique portant sur ces questions à ce jour⁵⁴.

Il ne semble pas qu'un règlement diplomatique soit envisageable (par exemple, la Chine a formellement rejeté les demandes d'indemnisations américaines), ce qui laisse la possibilité d'une mise en œuvre unilatérale. Précisons avant toute chose que pour mettre en cause la responsabilité d'un État ou d'une organisation internationale, il est nécessaire d'être habilité à l'invoquer⁵⁵. Cela dépendra bien entendu de la violation considérée, mais nous pouvons supposer que nombre d'États ont été particulièrement affectés par la pandémie et disposent donc d'un intérêt à agir⁵⁶.

Au-delà de cette capacité, il faut être en mesure de trouver le *forum* adéquat, mais aussi d'en assumer les risques politiques et économiques⁵⁷. On le sait, la juridiction internationale est consensuelle, ce qui rend difficile une résolution contentieuse. On comprend dès lors qu'il soit très difficile d'attirer la Chine (mais cela vaut pour de nombreux autres États) devant les juridictions internationales à moins d'obtenir d'elle un accord spécifique, celle-ci ayant reconnu la compétence de très peu d'entre elles. Le mécanisme prévu par Règlement sanitaire international témoigne bien de cette situation. En effet, celui-ci comporte bien une clause de règlement des différends à l'article 56 :

52 La présente contribution se concentrera sur la mise en œuvre de la responsabilité devant les juridictions internationales, mais elle peut bien entendu être recherchée par des moyens diplomatiques ou, plus généralement, non juridictionnels. La recherche de la responsabilité d'un État dans un contentieux transnational (comme celui de la CEDH ou des arbitrages d'investissements) ne sera pas évoquée ici.

53 H. DE POOTER, « Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux épidémies et aux pandémies », *Santé et droit international, colloque SFDI de Rennes*, Paris, Pedone, 2019, p. 229.

54 D. FIDLER, « COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage? », *Just Security*, 27 mars 2020.

55 Voir l'article 42 du projet de la CDI précité.

56 *Ibid.*

57 On se souvient ainsi que l'Australie, qui avait milité pour l'envoi d'une mission enquête indépendante en Chine, a subi de lourdes sanctions économiques de la part de Pékin.

« [u]n État Partie peut à tout moment déclarer par écrit au Directeur général qu'il accepte de soumettre à l'arbitrage obligatoire tous les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent Règlement auxquels il est Partie ou tel différend spécifique l'opposant à tout autre État Partie qui accepte la même obligation ».

Cependant, la constitution d'un tribunal arbitral est soumise à une acceptation ultérieure de l'État. En effet, s'il peut accepter de soumettre à l'arbitrage obligatoire tous les différends concernant l'interprétation ou l'application du Règlement, il n'y est pas contraint.

Une possibilité serait de recourir à la Constitution de l'OMS. En effet, l'article 75 contient la clause compromissoire suivante :

« [t]oute question ou différend concernant l'interprétation ou l'application de cette Constitution, qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou par l'Assemblée de la Santé, sera déféré par les parties à la Cour internationale de justice conformément au Statut de ladite Cour, à moins que les parties intéressées ne conviennent d'un autre mode de règlement⁵⁸. »

Ici, il n'est pas nécessaire d'obtenir un consentement supplémentaire, pourvu que la condition de négociation préalable soit remplie. Cependant, il faudra démontrer qu'il existe effectivement un différend relatif à la Constitution de l'OMS, et non seulement relatif au Règlement sanitaire international. La difficulté est que la Constitution de l'OMS ne contient pas de réelles obligations substantielles⁵⁹.

C'est pourquoi certains auteurs ont soutenu que certaines dispositions de la Constitution pourraient permettre de rattacher la violation du RSI à celle-ci⁶⁰, mais la tâche n'est pas aisée⁶¹. Il en est ainsi, notamment, des articles 21, 22 et 23 (compétence de l'Assemblée mondiale de l'Assemblée pour adopter des règlements et de recommandations) ; les articles 63-64 (obligation d'informer les changements réglementaires concernant la santé) et l'article 67 (interdiction d'influencer le directeur général). Cela dit, la reconnaissance par la Cour de sa compétence pour des violations substantielles d'obligations issues du RSI en passant par le truchement de ces clauses nous semble difficile, en particulier car celui-ci est un instrument autonome, qui contient lui-même son propre mode de règlement des différends que nous avons vu. L'ancienne version du RSI (1969) contenait d'ailleurs un recours à la CIJ, dans son article 93, option qui a été supprimée depuis. Cependant,

58 Deux affaires devant la CIJ concernent, directement et indirectement, les conditions posées par cet article 75. Directement, il s'agit de l'arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), arrêt du 3 février 2006 (compétence et recevabilité), *Rec.* p. 41 et s. Indirectement, voir *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Ukraine c. Fédération de Russie), arrêt du 8 novembre 2019 (exceptions préliminaires), *Rec.* p. 598 et s.

59 P. TZENG, « Taking China to the International Court of Justice over COVID-19 », *EJIL: Talk!*, 2 avril 2020 ; K. CREUTZ, « China's responsibility for the COVID-19 pandemic. An International Law perspective », *FIIA Working Paper*, 2020, n° 115, p. 12.

60 *Ibid.*

61 V. OLIVEIRA MAZZUOLI, « State International Responsibility for Transnational Pandemics: The Case of COVID-19 and the People's Republic of China », *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 2020, vol. 7, p. 454.

l'hypothèse selon laquelle l'étroitesse du lien entre les deux instruments conduise la Cour à se reconnaître compétente n'est pas à exclure totalement⁶².

Une alternative à la justice interétatique serait de mettre en œuvre la responsabilité devant les juridictions internes d'un État (mais cette responsabilité ne sera pas nécessairement « internationale »), si la législation de celui-ci le permet. Elle fut exercée par de nombreux requérants en particulier aux États-Unis, où même l'*Attorney General* du Missouri saisit une Cour fédérale⁶³. Or, ces plaintes devraient se confronter aux principes de l'immunité étatiques. En effet, selon cette règle coutumière⁶⁴, les États souverains ne peuvent faire l'objet de poursuite devant les juridictions d'un autre État en raison du principe *par in parem non habet imperium*. Les exceptions existantes, depuis la théorie des immunités restreintes, semblent assez éloignées des mesures prises dans la gestion d'une pandémie⁶⁵.

Conclusion

La pandémie de COVID-19 témoigne d'une certaine faiblesse des obligations en matière de pandémie ; on peut soutenir sans risque qu'elles devraient être renforcées à l'heure des « risques globaux ». Les conditions traditionnelles de la réparation, et notamment la preuve de l'existence d'un lien de causalité « direct et certain », posent des difficultés difficilement surmontables. Si l'option de la responsabilité était retenue, il semblerait plus approprié d'envisager la mise en place d'un mécanisme *ad hoc*⁶⁶.

De manière générale, et même si l'existence de la responsabilité des États et organisations concernés n'est pas inenvisageable au regard des règles de l'OMS et du standard de *due diligence*, il paraît irréalisable à ce jour qu'une action en responsabilité soit intentée contre un État – et la Chine particulièrement. Il en va du contexte politique et économique, auquel s'ajoute la répugnance à utiliser les mécanismes classiques de responsabilité dans le domaine sanitaire, à tel point que certains ont soutenu l'existence d'une règle spéciale de droit international excluant la responsabilité internationale dans ce domaine⁶⁷. Si l'on ne peut accepter cet argument, il reste fort peu probable qu'un sujet de droit international soit un jour désigné internationalement responsable du fait de la pandémie de COVID-19⁶⁸. Le rôle du droit de la responsabilité internationale devrait donc rester résiduel.

62 M. VIDELER, « ICJ Jurisdiction over Obligations to Share Information with the WHO », *EJIL: Talk!*, 21 janvier 2021.

63 Voir C. KEITNER, « To Litigate a Pandemic: Cases in the United States Against China and the Chinese Communist Party and Foreign Sovereign Immunities », *Chinese Journal of International Law*, 2020, vol. 19, p. 229-236.

64 CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie (Grèce : intervenant)), arrêt du 3 février 2012, *Rec.* p. 123.

65 En effet, les exceptions prévues dans la Convention de 2004 sur l'immunité des États, qui sans être en vigueur retranscrit en grande partie le droit coutumier, sont les suivantes : transactions commerciales, contrats de travail, exception territoriale, propriété, possession et usage de biens, etc.

66 On peut prendre l'exemple des réparations ordonnées – par le Conseil de sécurité des Nations unies – après la guerre Irak/Koweït. La Commission examina, durant une quinzaine d'années, 2,7 millions de réclamations, accorda 52,4 milliards de dollars de compensation, s'appuyant sur le travail d'une soixantaine de Commissaires.

67 S. YEE, « To Deal with a New Coronavirus Pandemic: Making Sense of the Lack of Any State Practice in Pursuing State Responsibility for Alleged Malfeasances in a Pandemic – Lex Specialis or Lex Generalis at Work? », *Chinese Journal of International Law*, 2020, vol. 19, p. 237-252.

68 Cette conclusion n'est pas valable pour le contentieux transnational (il y a déjà des condamnations devant la CEDH).