DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-1 du Code de justice administrative)

POUR

Paul Cassia

CONTRE

I - FAITS

Par un décret n° 2020-1457 du 14 octobre 2020, le Conseil des ministres a déclaré l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national à compter du 17 octobre 2020 à 0 heure.

C'est l'acte dont la suspension est demandée, qui par ailleurs a fait l'objet d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir.

II - DISCUSSION

II – A – Sur l'urgence

La condition d'urgence est nécessairement remplie dès lors que le décret litigieux produit des effets immédiats et pour une durée maximale d'un mois.

Le Conseil d'Etat statuant comme juge de l'excès de pouvoir ne sera probablement pas en capacité de se prononcer sur la légalité du décret attaqué avant le 17 novembre 2020.

Par ailleurs, avant cette date, le Parlement est en capacité de proroger l'état d'urgence sanitaire en fixant sa durée définitive ; cette prorogation parlementaire rendrait alors sans objet la demande d'annulation pour excès de pouvoir du décret litigieux.

L'intérêt public commande donc que le Conseil d'Etat examine en référé la légalité du décret litigieux, car autrement cet acte administratif unilatéral serait en pratique hors de portée utile de tout contentieux.

Aux termes de l'article L. 3131-18 du Code de la santé publique, « les mesures prises en application du présent chapitre peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, de recours présentés, instruits et jugés » selon la procédure prévue à l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

Cet article inclut donc la déclaration de l'état d'urgence sanitaire dans son champ d'application; il s'en déduit, sauf à vider les articles L. 521-1 du Code de justice administrative et l'article L. 3131-18 du Code de la santé publique, une **présomption** d'urgence à suspendre en référé le décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence sanitaire pour une période d'un mois.

II – B – Sur les moyens propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret

1 - Sur la violation du principe de nécessité des mesures de police administratives et de l'article L. 3131-12 du Code de la santé publique

Le décret attaqué a été pris sur le fondement de l'article L. 3131-12 du Code de la santé publique, aux termes duquel :

« l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur <u>tout ou partie</u> du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

En Conseil des ministres, le décret attaqué a été ainsi présenté par le Premier ministre : « eu égard à sa propagation sur le territoire national, telle qu'elle ressort des données scientifiques disponibles, l'épidémie de covid-19 constitue une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

Or, la situation sanitaire actuelle, pour grave qu'elle soit, ne peut être analysée comme entrant dans le cas de figure très exceptionnel régi par cette disposition justifiant que l'état d'urgence sanitaire soit décrété sur **l'ensemble** du territoire national.

En cela, le décret litigieux méconnaît le principe de nécessité des mesures de police administrative.

D'une part, 30 départements sur 100 et 74 départements sur 100 sont, au jour de la publication du décret attaqué, placés respectivement en « vigilance » et en « zone orange ».

Il en résulte qu'en tout état de cause, le décret litigieux est irrégulier en tant qu'il s'applique à ces zones, y compris aux métropoles qui, dans ces départements, sont classés en « zone d'alerte renforcée » (Bordeaux, Nice, Rennes et Rouen) qui connaissent des taux d'incidences de plus de 150 cas pour 100 000 habitants avec 50 cas pour 100 000 chez les personnes âgées.

D'autre part, s'agissant des « zones d'alerte maximale » (Aix-Marseille, Guadeloupe, Paris et les trois départements de la petite couronne, Grenoble, Lille, Lyon, Saint-Étienne, Montpellier et Toulouse), où ont été détectés plus de 250 cas pour 100 000 habitants, plus de 100 cas pour 100 000 habitants chez les personnes âgées et 30% de patients Covid dans les services de réanimation, le décret attaqué ne repose pas sur des éléments objectifs qui montreraient que la situation sanitaire s'est encore dégradée dans ces zones.

Il convient à cet égard de rappeler que, le jour même où le président de la République a annoncé la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, soit le 14 octobre 2020, le Sénat s'apprêtait à voter en première lecture le projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

Au cours de la séance publique du 13 octobre 2020, le président de la commission des Lois Philippe Bas a déclaré :

« La situation sanitaire qui s'aggrave inquiète les français. Elle n'est cependant, heureusement, pas de même niveau qu'au mois de mars. Pour autant, elle nécessite le prolongement des mesures transitoires qui restreignent les libertés individuelles et publiques ».

Le 7 octobre 2020, en commission des Lois, le président Bas avait dans le même sens indiqué que :

« malgré les inquiétudes croissantes, la situation n'est pas la même qu'en mars. La situation s'est dégradée depuis quelques semaines, mais le nombre de contaminations quotidiennes est loin de celui que nous avons connu au plus fort de la propagation de l'épidémie. Le conseil scientifique, dans une note du 22 septembre, a estimé le nombre d'infections quotidiennes à 100 000 au moment du confinement, voire plus. Ces derniers jours, c'est en moyenne une dizaine de milliers de cas de contamination qui ont été confirmés chaque jour. La dimension du phénomène est donc moindre qu'en mars. (...) En mars, le taux de reproduction du virus était de 3 pour 1 personne contaminée. En septembre, il s'élevait à 1,3, et il n'est plus aujourd'hui que de 1,1. Soyons donc exacts dans l'appréciation du phénomène. En mars, le nombre de personnes contaminées doublait en trois jours, contre plus de quinze jours aujourd'hui. Le doublement du nombre d'hospitalisations se fait désormais en vingtcinq jours ».

Autrement dit, il est admis au regard des indicateurs épidémiologiques que la situation sanitaire se dégrade, étant entendu que cette dégradation est plus marquée dans certains territoires.

Mais le Conseil des ministres n'a pas démontré que la France est aujourd'hui face à une catastrophe sanitaire d'ampleur avérée.

C'est précisément pour ce motif que le Parlement s'apprêtait à proroger le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire, jusqu'au 1^{er} avril 2021, permettant aux autorités de l'Etat de limiter, autant que cela est possible, la circulation du virus.

« Nous n'avons pas perdu le contrôle », a répété à deux reprises le président de la République lors de son allocution télévisée du 14 octobre 2020, reconnaissant ainsi que, quoique la situation est « préoccupante », la santé de la population n'est pas en « péril » au sens de l'article L. 3131-12 du Code de la santé publique, puisque, sur les 67 millions de français, « environ 200 de nos concitoyens entrent en service de réanimation » chaque jour.

2 - Sur la violation de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique

Aux termes de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique visé par le décret attaqué, « l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé. Ce décret **motivé** détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur et reçoit application. Les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques ».

A cet égard, l'exposant souhaite souligner la différence de régime entre la déclaration de l'état d'urgence sécuritaire de la loi du 3 avril 1955 et celui de l'état d'urgence sanitaire.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 3 avril 1955 modifiée, « l'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres. Ce décret détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur ».

De cette disposition particulièrement permissive, le juge des référés du Conseil d'Etat a déduit, dans une ordonnance *Rolin e. a.* du 14 novembre 2005, que :

« Considérant que la loi du 3 avril 1955 a eu pour objet de permettre aux pouvoirs publics de faire face à des situations de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui constituent une menace pour la vie organisée de la communauté nationale ; que, dans son texte initial, l'appréciation à porter sur l'opportunité de sa mise en oeuvre était réservée à la représentation nationale ; que, sous l'empire du texte présentement en viqueur, la responsabilité de ce choix incombe au chef de l'Etat, sous réserve, en cas de prorogation audelà du délai de douze jours de ce régime, de l'intervention du Parlement ; qu'il s'ensuit que le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial; que, dans ce contexte et eu égard à l'aggravation continue depuis le 27 octobre 2005 des violences urbaines, à leur propagation sur une partie importante du territoire et à la gravité des atteintes portées à la sécurité publique, ne peuvent être regardés comme étant propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret n° 2005-1386 les moyens tirés par le requérant de ce que la déclaration de l'état d'urgence n'était pas nécessaire sur l'ensemble du territoire métropolitain, de ce que la pratique suivie depuis l'adoption de la loi de 1955 conduit à limiter la mise en oeuvre de l'état d'urgence à des situations de guerre civile ou de tentative de coup d'Etat et enfin, de la méconnaissance du principe de proportionnalité dès lors que l'autorité de police n'a pas épuisé tous les autres moyens à sa disposition ».

A la différence donc de la loi du 3 avril 1955, la loi du 23 mars 2020 encadre doublement le pouvoir d'appréciation du Conseil des ministres à l'instant de déclarer l'état d'urgence sanitaire :

- elle exige une *motivation* de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire ;
- elle exige une *publication* de données sanitaires scientifiques et à cet égard emploie le temps présent s'agissant de la mise à disposition des données scientifiques, ce qui implique qu'elles doivent être diffusées *en même temps* que la déclaration de l'état d'urgence.

Cette concomitance est une garantie pour les administrés, car elle leur permet de vérifier par eux-mêmes la pertinence du recours à l'état d'urgence sanitaire.

Or, en l'occurrence, le décret litigieux évoque une catastrophe sanitaire nationale « telle qu'elle ressort des données scientifiques disponibles qui seront rendues publiques », sans même préciser quand et comment cette publicité sera effectuée.

Il a partant été pris en violation de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au Conseil d'Etat : suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire.

À Paris,

Le 15 octobre 2020

Paul Cassia

Pièces jointes:

- 1 Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- 2 Recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 2020-1257.

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-1 du Code de justice administrative)

Observations complémentaires dans l'affaire nº 445367

POUR

Paul Cassia

CONTRE

L'exposant ajoute à ses écritures en demande les deux observations suivantes :

1 - Sur l'absence de nécessité du déclenchement de l'état d'urgence sanitaire sur <u>l'ensemble</u> du territoire de la République française.

A la date de l'adoption du décret litigieux du 14 octobre 2020, le régime de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire était en vigueur, tel qu'issu de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, et ceci **jusqu'au 30 octobre 2020**, en vertu du premier alinéa du I de l'article 1^{er} de cette loi.

Le Parlement était sur le point de proroger cette loi du 1^{er} novembre 2020 jusqu'au 1^{er} avril 2021, l'Assemblée nationale ayant déjà voté cette prorogation et le Sénat étant en cours d'examen en séance publique de cette prorogation.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2020 :

« I. - L'état d'urgence sanitaire, déclaré par l'<u>article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020</u> d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 et prorogé par l'<u>article 1er de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020</u> prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, est prorogé jusqu'au 30 octobre 2020 inclus sur les seuls territoires de la Guyane et de Mayotte. Le 4° du I de l'article 1er de la présente loi est également applicable, jusqu'à cette date, aux déplacements par transport public aérien en provenance ou à destination de ces territoires.

II. - Dans les circonscriptions territoriales autres que celles mentionnées au I du présent article, l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, lorsque l'évolution locale de la situation sanitaire met en péril la santé de la population.

III. - L'article 1er de la présente loi est applicable dans les territoires mentionnés aux I et II du présent article, lorsque l'état d'urgence sanitaire n'y est pas en cours d'application ».

L'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2020 est un décalque des mesures de la loi du 23 mars 2020, exception faite de celles relatives à la liberté de circulation des personnes fondées sur le 2° du I de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique qui permettent au Premier ministre d'instaurer confinement et couvre-feu partiel ou total.

Le III de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2020 autorise une application concomitante des mesures de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire d'une part et des mesures de l'état d'urgence sanitaire de la loi du 23 mars 2020 de l'autre, le premier étant appliqué par défaut à ceux des territoires qui ne sont pas régis par l'état d'urgence sanitaire.

On ajoutera que les personnes contrevenant aux mesures de police de l'état d'urgence sanitaire comme de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire s'exposent aux mêmes risques pénaux (amende de 135 euros d'abord et de 3 750 euros avec 6 mois d'emprisonnement en cas de récidive).

Autrement dit, à supposer que pour les seize départements visés à l'annexe II du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, il ait été nécessaire de déclencher l'état d'urgence sanitaire afin d'instituer une mesure temporellement uniforme de couvre-feu, une telle nécessité n'existait pas pour tout le reste du territoire de la République française placé jusqu'au 30 octobre 2020 au moins, et potentiellement jusqu'au 1^{er} avril 2021, sous le régime de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire.

SI la légalité d'un acte tel que le décret attaqué s'apprécie au jour de son adoption, il est indiqué à toutes fins utiles, dans le cadre du présent référé-suspension, que l'article 2 du projet de loi du 21 octobre 2020 autorisant la prorogation de l'état sanitaire d'urgence et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire prévoit à nouveau que les mesures de sortie « organisée » de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2020 s'appliqueront non plus seulement jusqu'au 30 octobre 2020, mais jusqu'au 1^{er} avril 2021, ce qui renforce **l'absence de nécessité de déclaration de l'état d'urgence sanitaire hors des territoires dits** « d'alerte maximale » visés à l'annexe II du décret du 16 octobre 2020.

2 - Sur l'absence de nécessité et proportionnalité du déclenchement de l'état d'urgence sanitaire sur <u>les territoires mentionnés à l'annexe II du décret du 16</u> octobre 2020.

Dans sa note d'alerte la plus récente du 22 septembre 2020, le Conseil de scientifiques a de indiqué qu'en « dehors des clusters, il n'est pas possible d'identifier le lieu d'infection des cas, faute de données disponibles », ce qui implique que seuls les clusters sont, à ce jour, des éléments scientifique pertinents d'identification des sources de contamination, tout le reste n'étant que conjectures et hypothèses invérifiables relativement à l'origine de la montée de l'épidémie.

Or, il ressort des statistiques produites en pièce jointe du présent mémoire que les trois principaux clusters sont les entreprises privées et publiques (25%), le milieu scolaire et universitaire (22,4%) et les établissements de santé (12,3%).

Les «évènements publics et privés: rassemblements temporaires de personnes», dont le couvre-feu imposé depuis le 17 octobre 2020 est censé restreindre drastiquement la fréquence, représentaient, au 19 octobre 2020, 8,8% seulement des clusters.

Ce chiffre quasi-insignifiant ne peut justifier l'instauration d'un couvre-feu, et partant l'état d'urgence sanitaire, frappant 20 millions de personnes dans leurs activités personnelles et professionnelles pendant 6 semaines, et ceci d'autant moins que les précautions sanitaires ont été renforcées depuis le début du mois d'octobre dans les lieux privés ouverts au public tels que les restaurants, les cafés et les salles de spectacles.

Certes, le Haut Conseil de la santé publique, dans un avis rendu le 17 septembre 2020, complémentaire à celui rendu le 9 septembre 2020, a considéré que « les expositions et les transmissions surviennent principalement en intra-famille ou en cas de regroupements sociaux avec forte densité de personnes en dehors des établissements scolaires », de sorte que la propagation du virus dans la sphère privée serait due à la manière dont s'y déroulent les réunions et rassemblements, généralement en milieu clos, non ou mal aérés, sans respect suffisant des règles de distanciation physique.

Toutefois, depuis l'adoption de cet avis, le gouvernement a imposé début octobre 2020 dans les lieux privés ouverts au public se trouvant dans les départements « en alerte maximale » une « **règle des six** » et un **protocole sanitaire strict**, qui contribuent à la maîtrise et au traçage de l'épidémie sans attenter de manière disproportionnée à la liberté de circulation, au droit à une vie familiale normale, ou à la liberté d'entreprendre.

Autrement dit, l'instauration d'un état d'urgence sanitaire n'était pas non plus nécessaire, ni en tout état de cause proportionné, pour faire face, par une mesure de restriction à la liberté d'aller et de venir, à la menace sanitaire née de l'épidémie de coronavirus dans les territoires mentionnés à l'annexe II du décret du 16 octobre 2020, dès lors que les rassemblements publics et privés sont de faibles sources de propagation du virus.

Il est donc absurde et même dangereux pour toutes les libertés publiques (y compris la santé publique) de déclarer l'état d'urgence sanitaire afin de régir spécifiquement, par une limitation radicale de la liberté de circuler, 8,8% seulement des sources de contamination du covid-19.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au Conseil d'Etat :

- à titre principal, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire en tant qu'il s'applique à d'autres territoires que ceux mentionnés à l'annexe II du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

<u>Pièce jointe</u> : répartition des clusters par type de collectivité au 19 octobre 2020 (source : MONIC, Santé publique France, ministère des Solidarités et de la Santé)

À Paris,

Le 22 octobre 2020

Paul Cassia

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-1 du Code de justice administrative)

Secondes observations complémentaires dans l'affaire nº 445367

POUR

Paul Cassia

CONTRE

1 – Sur le respect des principes du contradictoire et d'impartialité

Par courriel du vendredi 16 octobre 2020, 12h35, un agent du bureau des référés du Conseil d'Etat m'a adressé le courriel suivant, relativement à la présente affaire :

« Nous avons bien enregistré votre référé qui a été communiqué ce jour au ministre des solidarités et de la santé.

Ce dernier a jusqu'au **lundi 26 octobre 2020 à midi** pour produire ses observations en défense (...) ».

Un délai de 10 jours a donc été laissé à l'administration pour produire des observations en défense (le passage est en gras dans le courriel reçu).

Constatant que je n'avais pas été destinataire d'un mémoire en défense dans ce délai, alors pourtant que j'avais réservé ma journée du lundi 26 octobre pour prendre connaissance des observations en défense (s'il y en avait) et le cas échéant y répondre par écrit avant l'audience publique du 28 octobre, j'en ai pris acte et l'ai signalé au bureau des référés le 26 octobre à 14h03 par le courriel suivant :

« Dans l'affaire ci-dessus référencée, après consultation de l'application Telerecours citoyen ce lundi 26 octobre à 14h02, je constate que le Premier ministre défendeur - non plus que le ministre des Solidarités et de la Santé - n'a produit aucune observation écrite en défense dans le délai de dix jours que vous lui avez imparti ».

Le bureau des référés m'a alors fait parvenir à 14h20 le courriel suivant :

« Je vous informe que le délai laissé à la défense pour produire a été repoussé à **demain matin à 10 heures 00** ».

Il se trouve que j'ai une activité professionnelle et des occupations familiales, qui m'empêcheront de prendre utilement connaissance d'écritures produites la veille d'une audience de référé-suspension.

En tout état de cause, il est regrettable que l'administration défenderesse n'ait pas produit dans le délai de 10 jours – délai pourtant considérable en lui-même, car il constitue le tiers de la durée de l'état d'urgence sanitaire en cause dans la présente instance – qui lui a été imparti. J'ignore à quel moment il a été décidé de repousser le délai pour produire en défense, mais je constate que j'en ai été informé postérieurement à l'heure limite dont j'avais connaissance, et que ce report favorise par sa clémence et le moment où il a été décidé *a posteriori* les intérêts procéduraux de l'une des parties au litige.

Aussi, je demande, par application des principes de loyauté de l'instance, du contradictoire et d'impartialité, que **toute écriture éventuellement produite par l'administration audelà du délai imparti dès le 16 octobre soit écartée des débats**, et ceci d'autant plus que, par un courriel envoyé le 26 octobre à 15h28, le bureau des référés m'a informé que l'audience publique du surlendemain, dont la date et l'heure ont été annoncée là aussi dès le 16 octobre, a été *avancée* d'une heure (elle se déroulera à 14h et non à 15h), réduisant d'autant ma capacité à réagir utilement à d'éventuelles écritures en défense.

Les développements qui suivent aux fins de préciser les précédentes écrites en demande sans ajouter de moyen nouveau ni de conclusion nouvelle ne sont donc présentés par écrit qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat maintiendrait sa décision *ex-post* de repousser de 22 heures supplémentaires le délai laissé à l'administration pour défendre.

2 – Sur la violation par le décret litigieux des garanties de transparence posées par l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique

S'agissant du moyen tiré de la violation par le décret litigieux des garanties posées par l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique, en particulier de la dernière phrase selon laquelle « Les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques », je souhaite souligner que cette garantie fondamentale a été ajoutée en séance publique à l'Assemblée nationale le samedi 21 mars 2020, lors de l'adoption du projet de loi relatif à l'état d'urgence sanitaire, sur le fondement d'un amendement gouvernemental n° 251(rect.) du 21 mars 2020, présenté « sur le siège » par le ministre en charge des Relations avec le Parlement, après d'âpres débats dans l'hémicycle et une suspension de séance.

Voici le compte-rendu des débats sur ce point :

« Suspension et reprise de la séance

M. le président. La séance est suspendue.

(La séance, suspendue à quinze heures cinquante-cinq, est reprise à seize heures quinze.)

M. le président. La séance est reprise.

Chers collègues, nous devons à la fois retrouver notre sérénité – je suis conscient de la tension qui règne dans notre pays et par conséquent dans notre hémicycle – et nous montrer efficaces, pour aboutir au plus vite à l'adoption du texte. Si je comprends bien, le Gouvernement dépose un nouvel amendement et l'amendement nº 115 de Mme Cécile Untermaier est retiré.

La parole est à M. le ministre, pour soutenir l'amendement n° 251 rectifié.

M. Marc Fesneau, ministre. Nous avons souhaité réfléchir à nouveau à la question posée, car même si le dispositif proposé ne nous paraissait pas convenir, nous partageons la volonté d'éclairer les décisions par les données scientifiques. Dans cet état d'esprit, celui d'un travail collectif, je vous propose donc l'amendement suivant – dont je vous prie d'excuser la forme.

L'alinéa 12 de l'article 5 stipule actuellement : « L'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé. Ce décret motivé détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur et reçoit application. » Il s'agit d'y ajouter les mots : « Les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques. » (« Très bien! » et « Bravo! » sur les bancs des groupes LR, MODEM, UDI-Agir et LT.) Voilà l'amendement qui vous est proposé. Je ne veux pas préjuger de vos réactions, mais je voudrais saluer le travail collectif que nous avons accompli. (Applaudissements sur tous les bancs.)

M. Philippe Gosselin. Bravo au ministre et à son équipe! ».

Aussi, le respect par le Conseil des ministres de la dernière phrase de l'article L. 3131-13 du

Code de la santé publique est une garantie de transparence et d'information exigée par le Parlement, avec l'aval du gouvernement; son absence de respect entraîne l'illégalité de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, de même que sa motivation inexistante ou insuffisante.

Ainsi que l'a écrit la Défenseure des droits, « il semblerait légitime que soient rendues publiques toutes les données à partir desquelles les décisions sont prises, en particulier s'agissant des lieux et des circonstances de contamination, ainsi que l'analyse de l'impact et des bénéfices attendus. Cette transparence contribuerait à ce que toutes et tous puissent se réapproprier cette crise en citoyens actifs et responsables, plutôt que de la subir en individus soucieux uniquement d'être protégés » (Claire Hédon, « L'existence d'un débat démocratique de fond sur le caractère adapté des mesures sanitaires favoriserait la cohésion sociale », Le Monde, 24 octobre 2020).

Tel est précisément l'objet de la dernière phrase de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique salué sur tous les bancs de l'Assemblée nationale, que le décret litigieux méconnaît de manière manifeste.

Il en va nécessairement ainsi car, alors que la déclaration sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 de l'état d'urgence sécuritaire n'est applicable « que » pendant *douze jours* avant le cas échéant une prorogation par le Parlement, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire emporte des effets pour une durée d'*un mois*, de sorte que les citoyens doivent être parfaitement informés au plus tôt des données justifiant, dans l'intérêt de la santé publique, les restrictions des libertés individuelles.

3 - Sur l'absence de nécessité de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire sur *l'ensemble* du territoire français

3. 1. En premier lieu, comme en mars 2020, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire est justifiée par *l'impossibilité pour l'hôpital public de résister au « choc » d'une seconde vaque.*

Il est vrai que le gouvernement n'a tiré, sur ce point, aucun enseignement de la première vague, et a préféré répondre à l'inéluctable retour de l'épidémie par des mesures coercitives de police administrative spéciale et particulièrement attentatoires aux libertés fondamentales plutôt que par une anticipation en termes de capacités du service public hospitalier.

Davantage même, le Canard enchaîné du 21 octobre 2020 p. 3 rapporte que la capacité hospitalière de réanimation en Ile-de-France a diminué de 30% : « il serait impossible aux hôpitaux d'accueillir simultanément plus de 1 700 patients Covid en soins critiques. Ce qui représente 30% de moins qu'en mars et en avril, où les disponibilité avaient – très difficilement – atteint les 2 500 places ! ».

En tout état de cause, le *tweet* ci-dessous publié par le maire d'Antibes et ancien ministre montre qu'en la matière, il n'est pas possible de généraliser, et que certains au moins des services de réanimation ne sont pas saturés ni en passe de l'être :



3. 2. En second lieu, l'état d'urgence sanitaire a également été justifié par la nécessité d'instaurer un couvre-feu de 21h à 6h dans les départements en alerte maximale.

A cet égard, dans une ordonnance *Cassia e. a.* du 23 octobre 2020 (n° 445430), la juge du référé-liberté du Conseil d'Etat a assuré que « *l'adoption en mars dernier, dans le département de la Guyane, d'une mesure analogue de couvre-feu semble avoir montré son efficacité pour freiner la transmission de l'épidémie » (cons. 13).*

- 3. 2. 1. Or, d'une part, la situation du département de la Guyane n'est en rien comparable celle des grandes agglomérations métropolitaines; à l'inverse même, l'existence de transports en commun très fréquentés rend, en métropole, l'instauration d'un couvre-feu contreproductive en termes de santé publique et de transmission du coronavirus, où les personnes s'agglutinent pour rentrer dans leur domicile avant 21h.
- 3. 2. 2. D'autre part, contrairement à ce qu'a écrit le Conseil d'Etat, rien ne permet de démontrer une quelconque *efficacité* du couvre-feu dans la prévention de la dissémination du coronavirus.

De manière générale, selon le professeur Eric Caumes, chef du service infectiologie de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière, sur *FranceInfo*, le 26 octobre 2020 : « *Sur le plan épidémiologique, (le couvrefeu) n'est pas une méthode dont on connaît l'efficacité* ».

S'agissant en particulier de la Guyane, il est nécessaire de souligner que d'autres mesures ont été adoptées parallèlement au couvre-feu (réduction du nombre de vols aériens et fermeture des frontières), mais pas en métropole. Il est alors impossible de distinguer l'efficacité du couvre-feu de celle des autres mesures. D'après Pascal Crépel, enseignant-chercheur en épidémiologique et biostatisques à l'Ecole des hautes études en santé publique de Rennes: « c'est toujours un peu difficile d'isoler le couvre-feu des autres mesures. (...) Donc, les analyses qui ont été faites de l'impact du couvre-feu en supplément des mesures qui existaient ont montré que le couvre feu n'apportait pas plus parce que, effectivement, les mesures qui étaient déjà en place étaient déjà assez fortes » (France culture, 20 octobre 2020).

Mme Dominique Costagliola, épidémiologiste, indique dans le *Journal du dimanche* du 25 octobre 2020 : « *L'exemple de la Guyane*, où les conditions de vie sont différentes, n'est pas forcément transposable. Ces mesures peuvent jouer un rôle dans la réduction du nombre des contacts. La concomitance avec la fermeture des écoles, dont on a négligé le fait qu'elles puissent être une source de contamination, peut aussi se révéler favorable. Mais **si, au lieu de se voir à 20h, on se voit à 18h, cela ne servira à rien** ».

Autrement dit, une déclaration d'état d'urgence sanitaire n'est pas nécessaire si elle destinée à imposer un couvre-feu dans les zones métropolitaines visées à l'annexe II du décret du 16 octobre 2020.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au juge des référés du Conseil d'Etat :

- à titre principal, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire en tant qu'il s'applique à d'autres territoires que ceux mentionnés à l'annexe II du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

À Paris,

Le 26 octobre 2020, à 18h

Paul Cassia

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-1 du Code de justice administrative)

Troisièmes observations complémentaires dans l'affaire nº 445367

POUR

Paul Cassia

CONTRE

Le mémoire en défense signé par M. Charles Touboul pour le ministère des Solidarités et de la Santé appelle de ma part les sept observations suivantes :

1 – Sur la loyauté de l'instance

Ces écritures ont été reçues par le greffe ce mardi 27 octobre à 10h07, soit 7 minutes après la prolongation laissée hier *a posteriori* par le Conseil d'Etat, en faveur du ministre défendeur.

Il est demandé au juge des référés que ces écritures en défense très tardives en ellesmêmes et présentées au-delà du délai supplémentaire libéralement imparti, dont je n'ai pu prendre connaissance que de manière précipitée et sans aucune marge temporelle utile, soient écartées des débats, l'administration pouvant si elle le souhaite faire valoir ses arguments en défense au cours de l'audience publique du mercredi 28 octobre.

Aussi, les observations ci-après ne sont énoncées qu'à titre *subsidiaire*, au cas où le juge des référés considérerait que les écritures en défense ont été valablement présentées.

2 - Sur mon intérêt à agir

Aux termes de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique, « l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé. Ce décret motivé détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur **et reçoit application** ».

Par comparaison, l'article 2 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dispose que « L'état d'urgence est déclaré par décret en Conseil des ministres. Ce décret détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur ».

Autrement dit, la loi du 23 mars 2020 fait obligation aux différentes autorités de police administrative spéciales, aux premiers rangs desquels le Premier ministre et les préfets, d'appliquer tout ou partie des mesures restrictives de libertés de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique.

En elle-même, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire par le Conseil des ministres modifie la situation juridique et factuelle de toute personne physique ou morale se trouve dans la circonscription territoriale où l'état d'urgence sanitaire a été déclaré.

Par suite, ma demande d'annulation pour excès de pouvoir comme ma demande de suspension en référé du décret attaqué sont recevables.

3 - Sur l'urgence à suspendre le décret litigieux

Faire prévaloir dans la balance des urgences, ainsi que le soutien le ministre, les considérations de préservation de la santé publique sur tout autre considération revient à annihiler toute possibilité effective de former un référé-liberté ou un référé-suspension contre la déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

Ainsi que l'a relevé Me Nils Symchowicz, (« Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police », *AJDA* 26 octobre 2020) : « les référés ne peuvent être considérés comme garantissant le droit au recours juridictionnel effectif que s'ils ouvrent, si

ce n'est largement, du moins réellement, la possibilité de contester les mesures de police sanitaire. Une trop grande rigueur du juge des référés revient ainsi, en l'absence d'un autre recours efficace (en l'occurrence le recours pour excès de pouvoir), à <u>fermer la porte de la contestation</u> ».

Concrètement, si M. le juge du référé-suspension du Conseil d'Etat devait consacrer comme il lui est demandé en défense une prévalence de la préservation de la santé publique dans la balance de l'urgence, nulle voie de droit effective ne serait ouverte contre le décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence sanitaire.

Il en résulterait un <u>déni de justice</u>, là où à l'inverse, en soulignant la possibilité pour les justiciables de contester en référé *toutes* les mesures de l'état d'urgence sanitaire, ce y compris sa déclaration, le législateur a par l'article L. 3131-18 du Code de la santé publique, entendu faire en sorte que les pouvoirs extra-ordinaires de l'exécutif puissent être soumis au contrôle de la juridiction administrative.

Il est donc demandé que soit consacré une présomption d'urgence à suspendre le décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence sanitaire.

4 – Sur le silence du ministre défendeur quant à la combinaison de la loi du 9 juillet 2020 et de l'état d'urgence sanitaire, dont la déclaration n'était pas nécessaire pour les territoires régis par le régime de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire

Le ministre doit être réputé avoir implicitement acquiescé à l'absence de nécessité de déclarer, le 14 octobre 2020, l'état d'urgence sanitaire là où le régime de la loi du 9 juillet 2020 s'appliquait sans qu'il soit nécessaire de recourir aux mesures de couvre-feu/confinement que seul le régime de la loi du 23 mars 2020 permet d'instituer.

5 – Sur l'absence de publication par le Conseil des ministres des données scientifiques ayant justifié, au 14 octobre 2020 (date d'adoption du décret attaqué), la déclaration de l'état d'urgence sanitaire

Dans un passionnant et remarquable article sur « le juge administratif et l'expertise dans la conduite des politiques publiques » publié p. 89-94 en septembre 2020 à la *Revue française d'administration publique* en ses qualités cette fois de « maître des requêtes, rapporteur public au Conseil d'Etat », M. Charles Touboul écrit ceci :

« L'expertise des politiques publiques n'a pas encore véritablement fait son entrée dans les prétoires de la juridiction administrative. Il n'y a généralement pas de voie de droit pour contester l'insuffisance d'une évaluation préalable. Les rares voies ouvertes, et plus rarement encore empruntées, se sont jusqu'à aujourd'hui révélées sans issue pour ceux qui s'y sont aventurés ».

Le présent référé-suspension est l'occasion pour le Conseil d'Etat d'éviter de consacrer un déni de justice, ainsi qu'il a été dit au point 3 ci-dessus.

Le membre du Conseil d'Etat auteur de l'article considère avec raison que « l'évaluation préalable censée éclairer les décideurs publics sur la nécessité des textes législatifs et réglementaires et leurs impacts prévisible aurait dû constituer un gisement considérable de

moyens en demande pour les requérants », constant ce mouvement que la présente instance vient donc freiner selon lequel « les requérants ne se sont pas réellement saisis de ce levier de contestation des décisions publiques ».

Il ajoute à juste titre, en des termes transposables au décret du 14 octobre 2020 contesté, que « les silences et les insuffisances de ces études et fiches d'impact sont souvent confondants sur la superficialité de l'analyse qui a présidé à la décision voire les authentiques erreurs d'appréciation qui parfois les affectent, sans que les requérants ne les mobilisent à l'appui de leur critique de légalité ».

Force est en l'occurrence de constater que le décret du 14 octobre 2020 ne comporte en luimême aucune donnée scientifique relative à la pandémie de coronavirus.

En dépit de ce que laisse entendre le mémoire en défense, il n'appartient pas à chaque administré d'aller récolter par lui même les avis – souvent anciens – de telle ou telle instance scientifique ou de telle ou telle Agence régionale de santé, pour savoir si le Conseil des ministres a été ou non scientifiquement éclairé dans sa prise de décision.

Le ministre défendeur fait une analogie temporelle entre la publication des données scientifiques exigée par l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique (« Les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques ») et le fait que le décret du 14 octobre litigieux indique qu'il « sera » publié au JORF; mais, de fait, si le décret litigieux a effectivement été publié au JORF car cette publication est une condition de son opposabilité, l'exécutif n'a pour sa part publié aucune donnée scientifique accompagnant le décret du 14 octobre 2020, ce qui n'empêche pas l'entrée en vigueur et l'opposabilité de ce décret.

En tout état de cause, les données scientifiques du 19 octobre 2020 évoquées par le ministre défendeur, postérieures de 5 jours au décret attaqué, ne peuvent être un élément attestant de sa légalité, qui s'apprécie au jour de son édiction.

6 – Sur l'absence de pouvoir discrétionnaire du Conseil des ministres dans la déclaration de l'état d'urgence sanitaire

Pour trois raisons déjà indiquées dans mes précédentes écritures, l'analogie avec la déclaration de l'état d'urgence sécuritaire de la loi du 3 avril 1955 et le contrôle juridictionnel minimal effectué sur cette déclaration ne peut être transposé au décret litigieux déclarant l'état d'urgence sanitaire :

- l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour **un mois**, et non pour douze jours « seulement » ;
- l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique exige une **motivation** du décret en Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- ce même article exige une **publication** concomitante des données scientifiques relatives à la pandémie.

Par conséquent, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire doit faire l'objet, de la part du Conseil d'Etat, d'un contrôle **normal** de la qualification juridique des faits, et non d'un contrôle restreint à la seule erreur manifeste d'appréciation comme pour l'état d'urgence sécuritaire.

7 – Sur l'absence de démonstration de l'existence, au 14 octobre 2020, d'une « <u>catastrophe</u> sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » (article L. 3131-12 du Code de la santé publique)

Les écritures en défense ne démontrent pas que, malgré sa <u>gravité</u> que nul ne conteste et qui est même exponentielle, l'épidémie de covid-19 constituait, au 14 octobre 2020 et sur l'ensemble du territoire français, une « <u>catastrophe</u> <u>sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de <u>la population</u> » - et non seulement d'une partie infime des 67 millions de français.</u>

Il est rappelé à cet égard que l'insuffisance criante des lits de réanimation en France est actée depuis mars 2020 au moins, et que dans l'intervalle le pouvoirs publics nationaux n'ont pris aucune mesure pour augmenter ces capacités, de sorte qu'ils ont contribué par leur passivité et leur réponse exclusivement coercitive à la pandémie à la survenance d'une situation de crise sanitaire grave.

Ainsi que l'on écrit trois sociologues dans Le Monde du 22 octobre 2020, « aujourd'hui, on constate qu'aucune leçon n'a été tirée de la gestion de la crise entre mars et mai : à titre d'exemple, l'approche reste centrée sur l'hôpital et continue de négliger tous les autres acteurs du système de soins (cliniques privées, médecine de ville, réseaux de soins...) ».

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au juge des référés du Conseil d'Etat :

- à titre principal, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire en tant qu'il s'applique à d'autres territoires que ceux mentionnés à l'annexe II du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

À Paris.

Le 27 octobre 2020, à 17h30

Paul Cassia

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-1 du Code de justice administrative)

Quatrièmes observations complémentaires dans l'affaire nº 445367

POUR

Paul Cassia

CONTRE

Sur la suspension partielle du décret litigieux, en tant qu'il s'applique en dehors des zones de circulation active du virus où un couvre-feu est institué :

Dans mes précédentes écritures, j'ai soutenu à titre subsidiaire que la déclaration d'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national n'était pas nécessaire en dehors des neuf zones identifiées à forte circulation du virus par l'annexe II du décret du 16 octobre 2020 : le régime de la sortie « organisée » de l'état d'urgence sanitaire de la loi du 9 juillet 2020 suffisait à asseoir l'adoption de mesures de police administrative spéciale de nature à prévenir la diffusion du virus.

Je souhaite à cet égard souligner qu'il ressort l'allocution télévisée du président de la République du 14 octobre 2020 qu'il a – logiquement, eu égard à la loi du 9 juillet 2020 – présenté l'état d'urgence sanitaire comme ne devant recevoir qu'une application territoriale partielle, dans les seules zones de circulation active du virus :



Ainsi, il est incontestable qu'au jour de son adoption, le décret du 14 octobre 2020 n'était pas nécessaire en dehors des zones de circulation active du virus où la mise en place d'un couvre-feu (mesure dont chacun en ce mercredi 28 octobre 2020 reconnaît désormais *l'inefficacité* sinon la *contreproductivité* dans la lutte contre la pandémie en agglomération urbaine) n'était pas envisagée par le président de la République, lequel avait annoncé ce couvre-feu non sur l'ensemble du territoire érigé en une zone unique d'état d'urgence sanitaire, mais pour les seules « zones d'état d'urgence sanitaire » appelées à être limitativement identifiées par décret.

Sur la suspension du décret litigieux :

Il est rappelé par ailleurs, ainsi qu'indiqué dans la requête introductive du présent référé, que dans son allocution télévisée du 14 octobre 2020, le président de la République a assuré à deux reprises aux français que l'épidémie étaient encore, à cette date, « **sous contrôle** » (« **nous n'avons pas perdu le contrôle** »), ce qui empêche radicalement de constater qu'au 14 octobre 2020, jour de l'adoption du décret litigieux, l'épidémie de coronavirus, pour grave qu'elle était alors, constituait une « **catastrophe sanitaire** mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de **la population** » — c'est-à-dire d'une grande sinon majeure partie des 67 millions de français.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au juge des référés du Conseil d'Etat :

- à titre principal, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire en tant qu'il s'applique à d'autres territoires que ceux mentionnés à l'annexe II du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

À Paris,

Le 28 octobre 2020, 08h10

Paul Cassia