



MINISTÈRES SOCIAUX

*Liberté
Égalité
Fraternité*

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

SECRETARIAT GENERAL

A Paris, le 22 juillet 2021

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Sous-direction du contentieux
Bureau des Défenses et des Droits de l'Homme
Affaire suivie par : Valentin Raguin

Le ministre des solidarités et de la santé

à

Monsieur le Président de la Section du contentieux
du
Conseil d'Etat

Objet : Requêtes n^{os} 454754, 454792, 454818 et 454832.

Vous m'avez communiqué quatre requêtes dirigées contre le décret du 19 juillet 2021 par lequel le Premier ministre a modifié les dispositions de l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire afin d'appliquer le passe sanitaire dans plusieurs catégories d'établissements nouvelles et en abaissant le seuil d'application de ce passe à 50 personnes.

I - Par une requête, enregistrée sous le n° 454754, M. Paul Cassia et autres vous demandent, sur le fondement de l'article **L. 521-1** du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

Ils soutiennent, d'une part, qu'il y a urgence à suspendre ce décret en raison du préjudice grave et immédiat à leurs intérêts, eu égard à la contrainte tenant à l'obligation de présenter un passe sanitaire dans un nombre considérable de lieux alors qu'ils n'ont pas été en mesure de se faire vacciner depuis le 12 juillet 2021, et eu égard aux pertes de chiffre d'affaires qui en découlent pour les entreprises. Ils soutiennent, d'autre part, que les données sur la situation sanitaire sont soit stablement faibles soit orientées à la baisse et que la situation épidémiologique était déjà relativement maîtrisée sous l'empire de la réglementation antérieure. Ils font également valoir que le décret méconnaît le 2° du A du II de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021, que la jauge à 50 personnes est disproportionnée au regard du contexte épidémiologique et de ses effets sur la liberté d'aller et de venir des personnes, et les intérêts économiques des entreprises. Ils soutiennent en outre que, faute d'avoir ménagé une période transitoire, le pouvoir réglementaire aurait méconnu le principe de sécurité juridique.

II – Par une requête, enregistrée sous le n° 454792, la société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres vous demandent, sur le fondement de l'article **L. 521-2** du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre d'adopter des dispositions réglementaires octroyant aux acteurs du monde de la culture, et en particulier du spectacle vivant, un délai raisonnable avant l'extension litigieuse du passe sanitaire qui ne puisse être inférieur à quarante-cinq jours, ou, à tout le moins, qui soit identique à celui qui sera accordé aux autres établissements recevant du public, tels que, notamment, les cafés, restaurants et centres commerciaux ;

3°) de prendre toute autre mesure qu'il estimerait utile pour mettre fin aux atteintes graves et manifestement illégales que la mesure contestée porte aux libertés fondamentales invoquées ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que le passe sanitaire mis en œuvre dès le 21 juillet 2021 dans les lieux de loisirs porte une atteinte grave et manifestement illégale à liberté d'expression et la libre communication des idées, à la liberté de création artistique, à la liberté d'accès aux œuvres culturelles, à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi qu'au droit au libre exercice d'une profession, dès lors qu'ils est entré en vigueur sans période transitoire, dans un contexte sanitaire bien meilleur qu'il ne l'était dans le passé, qu'il est de nature à interdire l'accès aux théâtres, cinémas, et tous autres lieux culturels de très nombreux spectateurs qui n'ont pu se faire vacciner et que les tests de dépistages sont suffisamment contraignants pour les dissuader, qu'il méconnaît le 2° du A du II de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 en édictant une jauge de 50 personnes, qu'il n'est assorti d'aucune garantie alors que la vérification des passes sanitaires repose sur des personnes privées, qu'il est discriminatoire puisqu'il ne s'applique pas aux restaurants, cafés, centres commerciaux, trains et cars qui disposent quant à eux d'un délai supplémentaire jusqu'au 1^{er} août 2021.

III – Par une requête, enregistrée sous le n° 454818, la Fédération nationale des cinémas français et autres vous demandent, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre, à titre principal, au Premier ministre de modifier sans délai le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 afin que les documents listés au I de l'article 47-1 ne puissent être exigés pour l'accès aux salles de cinéma avant un délai raisonnable permettant à la filière de s'organiser, délai qui ne pourra, en tout état de cause, être inférieur à celui octroyé pour la mise en œuvre du même dispositif, dans les mêmes conditions, pour l'accès aux restaurants et cafés ;

2°) d'enjoindre, à titre subsidiaire, au Premier ministre, dans un délai d'un jour à compter de la notification de l'ordonnance à venir, de reporter l'entrée en vigueur de l'obligation du contrôle du passe sanitaire pour l'accès aux lieux de culture à la date du 30 août 2021 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que le passe sanitaire mis en œuvre dès le 21 juillet 2021 aux cinémas porte une atteinte grave et manifestement illégale à liberté d'entreprendre, au libre exercice d'une profession, à la liberté d'expression et à la liberté d'opinion, dès lors que l'application immédiate du décret est manifestement impossible matériellement, que la mesure méconnaît le principe d'égalité par rapport aux cafés, aux restaurants et aux centres commerciaux alors même que les protocoles sanitaires qui y sont établis sont moins contraignants que dans les cinémas, que la mesure méconnaît l'habilitation législative visant les grands rassemblements telle que précisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, et quelle est motivée par l'accélération de la vaccination et non par le risque de contamination alors même que l'épidémie est en recul.

IV – Par une requête, enregistrée sous le n° 454832, l'association Le Cercle droits et libertés et autres vous demandent, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre le décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Les requérants soutiennent qu'il y a urgence à suspendre le décret attaqué au regard de son entrée en vigueur trop rapide. Ils font également valoir que le décret attaqué méconnaît les dispositions du 2° du A du II de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 dès lors que la jauge de 50 personnes prévue par le décret ne constitue pas un « grand rassemblement », que cette mesure est disproportionnée au regard du contexte épidémiologique et que le décret méconnaît le principe de sécurité juridique dès lors qu'il n'institue pas de mesure transitoire.

Ces requêtes appellent de ma part les observations suivantes.

Sur l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 ainsi que sur les principes de nécessité et de proportionnalité

Contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions de cette loi ne sauraient être regardées comme faisant obstacle à l'intervention des dispositions contestées.

En premier lieu, les dispositions contestées ne méconnaissent pas **les termes** de la loi du 31 mai 2021. Le 2° du A du II de l'article 1^{er} autorise le Premier ministre à « 2° Subordonner l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels ». Or, l'ensemble des lieux, établissements et événements inclus dans le périmètre d'application du passe sanitaire sont des catégories relevant de ces dispositions législatives que le pouvoir réglementaire avait choisi de ne pas intégrer dans ce dispositif le 9 juin 2021, dans un contexte sanitaire beaucoup plus favorable.

En deuxième lieu, si le Gouvernement avait fait état de son **intention** de fixer ce seuil à 1000 personnes, comme il l'a confirmé par les dispositions introduites par le décret appliqué à compter du 9 juin, il a aussi à plusieurs reprises rappelé son attachement à ne pas inscrire ce seuil dans la loi, afin de conserver la souplesse nécessaire et de pouvoir l'adapter aux circonstances. Le Parlement a d'ailleurs appuyé cette démarche en introduisant des éléments de modulation de la fixation de ce seuil en fonction notamment de la configuration des lieux. Les assemblées ont ainsi ajouté la phrase selon laquelle : « Cette réglementation est appliquée en prenant en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus ». C'est d'ailleurs ces dispositions qui ont permis d'appliquer un seuil de 50 personnes à des lieux fermés de fortes concentrations de personnes comme les discothèques et les croisières, avant même l'intervention des dispositions contestées.

En troisième lieu, le **Conseil constitutionnel** a validé cette approche dans sa décision du 31 mai 2021 : « 17. D'une part, en permettant de subordonner l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes, le législateur a entendu limiter l'application des dispositions contestées aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu. » Par ailleurs, il a précisé que cette réglementation doit être appliquée « en prenant en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus. Il appartiendra donc au pouvoir réglementaire de prendre en compte les conditions effectives d'accueil du public. Dès lors, en réservant l'application des dispositions contestées aux cas de grands

rassemblements de personnes, le législateur, qui n'avait pas à déterminer un seuil minimal chiffré, n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ». Il s'est ainsi gardé de formuler toute réserve d'interprétation ou tout motif de nature à imposer un seuil déterminé au pouvoir réglementaire.

En quatrième lieu, les **circonstances exceptionnelles** auxquelles il a été nécessaire de faire face au mois de juillet rendaient légalement possible et justifié sur le fond, l'abaissement général du seuil d'application du passe sanitaire à 50 personnes.

En effet, en droit, la théorie des circonstances exceptionnelles est de nature à permettre de prendre les mesures nécessaires au besoin en marge des dispositions législatives ou réglementaires applicables (CE, 20 mai 1955, Société Lucien, Joseph et Cie, Lebon p. 276), ainsi que cela a été confirmé au sujet de la présente crise sanitaire (cf. not. pour les mesures mises en place par les décrets des 16 et 17 mars 2020 : JRCE, 22 mars 2020, n° 439674, aux tables ; CE, 22 décembre 2020, n° 439804 ; 17 juin 2021, n° 440330 et suivants).

La circonstance que des régimes législatifs aient été institués pour gérer cette crise n'y change rien dans les cas où ceux-ci ne permettraient de répondre à une situation d'urgence mettant en danger de manière imminente la santé de la population. Il appartient notamment au Premier ministre, dans le cadre de son pouvoir de police générale (jurisprudence Labonne) rappelé par les décisions précitées, de prendre les mesures appropriées, en particulier dans l'intervalle nécessaire à l'adoption d'un nouveau cadre législatif, comme cela a été le cas avant l'intervention de la loi du 23 mars 2020 créant l'état d'urgence sanitaire. C'est précisément dans cette configuration que le Premier ministre s'est trouvé à compter du 12 juillet, ce qui l'a conduit à initier un processus législatif en même temps qu'un processus réglementaire ayant abouti au décret attaqué qui exploite l'ensemble des potentialités de la loi existante dans l'attente de sa modification par le Parlement, en en faisant une interprétation extensive permise par les circonstances exceptionnelles.

Il ne fait par ailleurs pas de doute en fait, que les circonstances dans lesquelles est intervenu le décret litigieux, constituaient bien et constituent toujours des circonstances exceptionnelles. Cette forte dégradation de la situation sanitaire est liée à une diffusion croissante du variant Delta du virus sur le territoire avec près de 80,2% des tests révélant sa présence, conjuguée aux spécificités de la période estivale. Le comité de scientifiques, dans son avis du 6 juillet 2021¹ décrit ce variant comme présentant une transmissibilité augmentée de 60 % par rapport au variant Alpha d'après les données anglaises, avec une sévérité au moins aussi importante.

A la date du décret litigieux, le taux d'incidence était marqué par une tendance à une forte augmentation de la circulation du virus avec 84,4 / 100 000 habitants sur la période du 11 au 17 juillet 2021 (+111% par rapport à la période du 4 au 10 juillet et + 244% par rapport à la période du 27 juin au 3 juillet) alors que le taux de dépistage est lui-même en augmentation avec 3627,8 / 100 000 habitants soit + 22,4% par rapport à la semaine du 4 au 10 juillet. Le taux de reproduction du virus était quant à lui situé entre 1,48 et 1,52 signifiant une plus grande transmission du virus par les personnes infectées.

Au 21 juillet 2021, la dégradation de la situation s'est accélérée puisque le taux d'incidence est de 98,2 pour 100 000 habitants (+ 143,1% par rapport à la semaine du 5 au 11 juillet) alors que le taux de dépistage est lui-même en augmentation avec 3 701,2 pour 100 000 habitants soit + 16% par rapport à la semaine du 5 au 11 juillet. Ainsi sur la seule journée du dimanche 18 juillet 2021, 3 200 nouveaux cas ont été confirmés contre 1 230 le dimanche 11 juillet 2021, soit + 160,2%. Sur la journée du lundi 19 juillet 2021, 22 170 nouveaux cas ont été confirmés contre 8 468 le lundi 12 juillet 2021, soit + 161,8% et sur la journée du 21 juillet 2021, 21 539 cas ont été confirmés. Le taux de reproduction du virus est de 1,96.

Cette évolution négative de la tendance épidémiologique a un impact dans les services hospitaliers avec une augmentation de 57% des entrées à l'hôpital et de 67% des admissions en services de soins critiques pour la

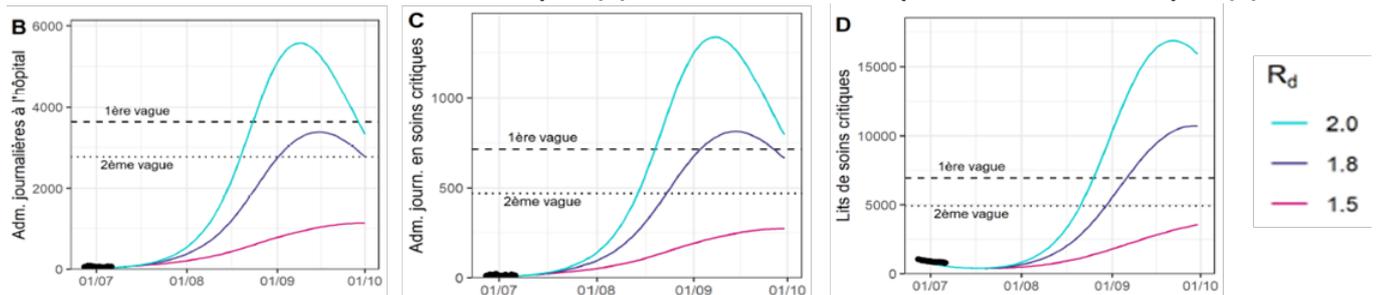
¹ [Avis du 6 juillet 2021 « réagir maintenant pour limiter une nouvelle vague associée au variant Delta »](#)

semaine du 14 juillet au 21 juillet 2021 (1 554 nouveaux patients l'hôpital contre 990 les 7 jours précédents et 217 personnes admises en services de soins critiques contre 178 les 7 jours précédents).

Les modélisations de l'Institut Pasteur et de l'INSERM dans le contexte de diffusion de ce variant vont dans le même sens et suggèrent qu'une nouvelle vague épidémique est possible dès le mois de juillet (avec un pic entre la fin du mois d'août et la mi-septembre) et que les admissions à l'hôpital et en soins critiques pourraient largement dépasser le niveau de la première vague de mars 2020 si le nombre de reproduction du variant Delta, actuellement estimé à 2, n'est pas significativement abaissé. En l'absence des mesures appropriées, les scénarios de diffusion de l'épidémie conduisent à envisager de 37 000 cas par jour (avec un taux de reproduction de 1,5), 96 000 cas jour (taux de 1,8) et 150 000 (taux restant au niveau actuel de 2).

La pression sur le système hospitalier se présente comme potentiellement très forte dès le début du mois d'août (v. les graphiques ci-dessous). Au-delà de mettre en tension l'hôpital dans une période de congés des soignants, l'augmentation des besoins en soins critiques pour faire face à la reprise épidémique nécessiterait de nouvelles déprogrammations, venant amplifier le retard de soins. A cet égard, le Haut conseil de la santé publique (HCSP) a d'ailleurs précisé dans un courrier du 13 juillet 2021 que le « *risque de rebond épidémique (de fait déjà constaté à ce jour) avec mise en tension possible à court terme du système de soins, dans un contexte de sortie de crise et de rattrapage des interventions chirurgicales et de la prise en charge des maladies chroniques.* »

Projections de l'Institut Pasteur de juillet à octobre sur les admissions quotidiennes à l'hôpital (B), les flux d'admissions en soins critiques (C) et le nombre total de patients en soins critiques (C)²



Au 20 juillet 2021, 46,4% de la population totale ont reçu un schéma vaccinal complet ne permettant pas à ce stade une couverture vaccinale suffisante pour conduire à un reflux durable de l'épidémie, alors que les projections indiquent qu'avec une couverture vaccinale insuffisante un pic d'hospitalisations similaire au pic de l'automne 2020 pourrait être observé en l'absence de mesures de contrôle³.

Il résulte de ce qui précède que les mesures contestées pouvaient être légalement prises et qu'elles étaient adéquates, nécessaires et proportionnées eu égard à la dégradation très brutale de la situation pour assurer la protection de la santé de la population.

Sur le principe de sécurité juridique

Compte tenu de l'urgence qui s'attachait à l'application très rapide des dispositions contestées, le fait de ne pas les assortir d'un différé d'entrée en vigueur et d'en être resté à une applicabilité de droit commun dès le lendemain de la publication du décret au Journal officiel, ne saurait être regardé comme méconnaissant, dans les circonstances qui ont été décrites, le principe de sécurité juridique.

² https://modelisation-covid19.pasteur.fr/variant/Institut_Pasteur_dynamique_du_variant_Delta_en_France_metropolitaine_20210709.pdf

³ <https://modelisation-covid19.pasteur.fr/evaluate-control-measures/impact-partially-vaccinated-population/> ; lettre du Haut conseil de la santé publique du 13 juillet 2021 adressé à la présidente de la Commission des Affaires sociales qui souligne que dans le contexte particulièrement dégradé et d'une couverture vaccinale insuffisante, que la vaccination contre le Covid-19 constitue de très loin le moyen le plus efficace et que qu'une utilisation plus large du passe sanitaire permettrait diminuer les risques de contamination tout en permettant aux personnes vaccinées de retrouver progressivement des activités professionnelles, culturelles et de loisirs.

Sur le principe d'égalité

Le principe d'égalité n'a pas, par lui-même, le caractère d'une liberté fondamentale (JRCE, 1er septembre 2017, Commune de Dannemarie, n°413607, aux tables), de sorte que le moyen tel que soutenu à l'appui des deux requêtes en référé-liberté, est inopérant. Pour le reste, la situation des établissements figurant dans le décret du 19 juillet 2021, pour les activités de loisirs et les foires et salons, est différente de celle des cafés, des restaurants et des centres commerciaux au regard des termes mêmes de la loi du 31 mai 2021 qui a distingué entre ces deux ensembles.

*

Il résulte de tout ce qui précède qu'aucune atteinte grave et manifestement illégale n'est portée aux libertés fondamentales invoquées par les requérants, s'agissant des requêtes n° 454792 et n° 454818, et qu'aucun des moyens soulevés dans les requêtes n° 454754 et n° 454832 n'est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021.

Il existe, en tout état de cause, un motif d'intérêt général impérieux à ne pas suspendre ces dispositions compte tenu de la situation sanitaire actuelle.

Par ces motifs, je conclus au rejet des requêtes.

Pour le ministre et par délégation,
Le directeur des affaires juridiques



Charles TOUBOUL