

**REFERE SUSPENSION**

**DEVANT LE CONSEIL D'ETAT**

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

***Gestion de la sortie de crise sanitaire***

**POUR**

1 – Paul Cassia

*représentant unique au sens de l'article R. 411-5 du Code de justice administrative, et*

2 – La fédération nationale des entreprises des activités physiques de loisirs (ACTIVE-FNEAPL),

Marine de Sisco, 20233 Sisco

Représentée par son président M. Thierry Doll ;

3 – L'association française des espaces de loisirs indoor (SPACE),

1 rue de Stockholm, 75008 Paris

Représentée par sa présidente Evelyne Villame ;

4 – Le syndicat des loisirs actifs (SLA)

67 rue Saint-Jacques, 75005 Paris

Représenté par son président Arnaud Mahy

**TENDANT A LA SUSPENSION DE L'EXECUTION DU**

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.

## MOTIFS DE FAIT

Selon le A du II de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021,

*« A compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 30 septembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 : (...)*

*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** à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19. 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 ».*

Le D du même article dispose que :

*« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation des documents mentionnés au premier alinéa du présent D pour l'accès à d'autres lieux, établissements ou événements que ceux mentionnés au 2° du A ».*

Sur la base de cette habilitation législative, le Premier ministre a adopté le décret n° 2021-724 du 7 juin 2021 qui ajoute un article 47-1 au décret n° 2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, ainsi rédigé :

*« I.- Les personnes âgées de onze ans ou plus doivent, pour être accueillies dans les établissements, lieux et événements mentionnés au II, présenter l'un des documents suivants :*

*" 1° Le résultat d'un test ou examen de dépistage mentionné au 1° de l'article 2-2 réalisé moins de 48 heures avant l'accès à l'établissement, au lieu ou à l'évènement. Les seuls tests antigéniques pouvant être valablement présentés pour l'application du présent 1° sont ceux permettant la détection de la protéine N du SARS-CoV-2 ;*

*" 2° Un justificatif du statut vaccinal délivré dans les conditions mentionnées au 2° de l'article 2-2 ;*

*" 3° Un certificat de rétablissement délivré dans les conditions mentionnées au 3° de l'article 2-2.*

*" La présentation de ces documents est contrôlée dans les conditions mentionnées à l'article 2-3.*

*" A défaut de présentation de l'un de ces documents, l'accès à l'établissement, au lieu ou à l'évènement est refusé.*

*" II.- Les documents mentionnés au I doivent être présentés pour l'accès aux établissements, lieux et événements suivants, lorsqu'ils accueillent un nombre de visiteurs ou de spectateurs au moins égal à 1 000 personnes :*

*" 1° Les établissements relevant des catégories mentionnées par le règlement pris en application de [l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation](#) figurant ci-après, pour les activités culturelles, sportives, ludiques ou festives et les foires ou salons professionnels qu'ils accueillent :*

*" a) Les salles d'auditions, de conférences, de réunions, de spectacles ou à usages multiples, relevant du type L ;*

*" b) Les chapiteaux, tentes et structures, relevant du type CTS ;*

*" c) Les établissements mentionnés au 6° de l'article 35, relevant du type R, lorsqu'ils*

accueillent des spectateurs ;  
 " d) Les salles de jeux, relevant du type P ;  
 " e) Les établissements à vocation commerciale destinés à des expositions, des foires-expositions ou des salons ayant un caractère temporaire, relevant du type T ;  
 " f) Les établissements sportifs de plein air autres que les parcs zoologiques, d'attractions et à thème ;  
 " g) Les établissements sportifs couverts, relevant du type X.  
 " 2° Les évènements culturels, sportifs, ludiques ou festifs organisés dans l'espace public ou dans un lieu ouvert au public et susceptibles de donner lieu à un contrôle de l'accès des personnes.  
 " Le seuil de 1 000 personnes mentionné au premier alinéa du présent II est déterminé en fonction du nombre de personnes dont l'accueil est prévu par l'exploitant de l'établissement ou du lieu ou par l'organisateur de l'évènement, en fonction des règles qui leur sont applicables et des limitations prévues par le présent décret ».

Lors de son allocution télévisée du 12 juillet 2021, le président de la République a annoncé que le seuil de 1 000 personnes serait abaissé à 50, à compter du mercredi 21 juillet.

Tel est l'objet du décret dont la suspension est demandée, qui par ailleurs étend matériellement les catégories d'établissements dont l'accès est subordonné à la présentation d'un passe sanitaire.

## **MOTIFS DE DROIT**

### **1 – Sur l'urgence à suspendre**

A – En premier lieu, dans son avis n° 403629 du 19 juillet 2021 relatif à la gestion de la crise sanitaire, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a souligné le

« caractère très contraignant de la mesure pour les personnes et les établissements concernés » par le passe sanitaire (pt 14).

A cet égard, le décret litigieux porte de manière grave et immédiate un préjudice aux intérêts moraux de la personne physique exposante, en la contraignant à présenter un passe sanitaire pour accéder à un nombre considérable de lieux publics qu'elle fréquente, tels que théâtres et salles de sport, alors qu'il n'a pas été en mesure de se faire vacciner depuis l'annonce du président de la République du 12 juillet 2021 et donc qu'il doit se soumettre à des tests antigéniques ou PCR.

Pour les personnes morales requérantes, le décret litigieux occasionnera nécessairement une perte substantielle de chiffre d'affaires aux adhérents et intérêts professionnels qu'elles représentent : une partie des clients ne viendra pas, des abonnements seront résiliés, des restrictions horaires imposées. En outre, le décret litigieux implique l'embauche de personnels supplémentaires pour contrôler les passes sanitaires. Au surplus, en cas de méconnaissance de la réglementation litigieuse, les personnes morales requérantes et leurs adhérents risquent des fermetures administratives ainsi que la suspension d'aides financières de l'Etat en cas de contrôle défectueux du passe sanitaire.

La protection de la santé publique ne justifie pas une urgence à poursuivre l'exécution du décret litigieux, dès lors que la réglementation sur le passe sanitaire qui lui est antérieure redeviendra, par l'effet de la suspension en référé prononcée dans le cadre de la présente instance, applicable jusqu'à l'adoption dans quelques jours d'une loi par le Parlement, et avec

cette réglementation la jauge générale de 1 000 et celle spécifique de 50 clients issues des décrets du 7 juin précité et n° 2021-910 du 8 juillet 2021 pour les espaces intérieurs de salles de danse.

Au demeurant, si l'on met de côté le nombre quotidien de contaminations qui ne veut rien dire en lui-même puisqu'il dépend de celui des personnes qui décident d'effectuer un test et partant qu'il peut être égal à 0 si nul ne se fait tester, les chiffres relatifs aux contaminations au covid-19 sont soit stablement faibles, soit orientés à la baisse : au 19 juillet selon Santé Publique France, seuls 4 151 tests se sont révélés positifs, le taux de positivité des tests n'est que de 2,3%, de sorte que 97,7% des tests réalisés se révèlent négatifs, il n'y a eu que 20 décès supplémentaires dûs au covid-19 (5 la veille), 54 personnes ont été admises à l'hôpital, et les services de réanimation ne sont plus engorgés depuis plusieurs mois désormais, alors que dans le même temps une proportion toujours plus forte de la population a accepté de se faire administrer au moins une dose de vaccin dont l'efficacité a été démontrée pour éviter les décès et les formes graves de la maladie.

Ainsi, la situation épidémiologique est relativement maîtrisée, sous l'empire de la réglementation antérieure au décret litigieux.

**B** – Au surplus et en tout état de cause, ce décret n'a vocation à s'appliquer que pour une durée de quelques jours, jusqu'à ce que le Parlement, saisi le 19 juillet par le conseil des ministres, vote en extrême urgence une loi étendant le champ d'application du passe sanitaire, dont l'entrée en vigueur est annoncée pour début août.

Autrement dit, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur le présent décret, qui aura épuisé tous ses effets moins de 10 jours après son entrée en vigueur, ne pourra pas avoir d'effet utile.

Seul le juge des référés du Conseil d'Etat peut opérer un examen utile – quoique sommaire – de légalité du présent décret, au cours de sa très brève période d'application.

Rejeter la demande en référé pour défaut d'urgence, au nom des nécessités de protection de la santé publique, reviendrait en creux à entériner un déni de justice à l'égard d'un texte réglementaire aux effets pourtant considérables au quotidien sur 67 millions de personnes durant sa brève existence juridique.

## **2 - Sur le doute sérieux**

### ***A – Sur la violation, par le décret litigieux, du 2° du A du II de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 mai 2021***

Le passe sanitaire a été inséré dans la loi du 31 mai 2021 par amendement gouvernemental. A l'initiative de la présidente de la commission des Lois qui avait assuré devant cette commission « *qu'il n'était pas question que l'accès aux lieux de notre vie quotidienne soit subordonné au passe sanitaire* », députés et sénateurs ont alors entendu limiter strictement son champ d'application matériel. Une jauge minimale de 1 000 personnes a été évoquée de manière récurrente par les parlementaires comme par le gouvernement.

Ainsi, dans l'exposé sommaire de l'amendement déposé le 3 mai 2021 par le gouvernement devant la commission des Lois de l'Assemblée nationale, on lit que le passe sanitaire :

*« peut présenter un véritable intérêt pour l'accès aux établissements, lieux ou événements mettant en présence simultanément un nombre important de personnes, avec donc un risque élevé de brassage et de contamination. **Le Gouvernement envisage de retenir pour la définition de ce seuil de fréquentation la limite de 1000 personnes** ».*

Le ministre de la Santé a en ce sens assuré devant la commission des Lois de l'Assemblée nationale :

*« l'on retient l'hypothèse selon laquelle **rien ne concernerait des événements à moins de 1 000 participants** ».*

Dans le rapport du 5 mai 2021 de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, on lit que :

*« cette nouvelle mesure concernera l'accès aux établissements, lieux ou événements mettant en présence simultanément **un nombre important de personnes** pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels. Ces cas de figure impliquent en effet d'importants brassages de populations et présentent un risque avéré de contaminations. Le Gouvernement a indiqué que ce dispositif ne pourra pas concerner l'accès aux activités de la vie quotidienne (restaurant, commerces, services publics) et qu'il envisageait de retenir pour la définition du seuil de **fréquentation la limite de 1000 personnes**. Il n'a cependant pas inscrit ce seuil dans le dispositif de l'amendement afin de préserver une certaine souplesse et une faculté d'adaptation dans sa mise œuvre »*

Dans sa délibération n° 2021-054 du 12 mai 2021 portant avis sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux, événements ou établissements impliquant de grands rassemblements de personnes, la CNIL avait considéré que :

*« La crise sanitaire actuelle semble pouvoir justifier la mise en œuvre d'un tel dispositif, qui permettrait la tenue et la fréquentation d'événements ou de lieux **rassemblant un grand nombre de personnes qui, à défaut, pourraient ne pas se tenir au regard du risque de contamination** ».*

Cet avis ajoute que

*« la possibilité d'accéder aux lieux de sociabilité sans avoir à prouver son état de santé fait partie des garanties apportées à l'exercice des libertés et participe à dessiner une frontière raisonnable entre ce qui relève de la responsabilité individuelle et du contrôle social ».*

Dans le rapport du 17 mai 2021 de la commission des Lois du Sénat, on lit que :

*« le 'passe sanitaire' (...) demeurerait restreint aux grands rassemblements ».*

A la p. 10 de ce rapport, dans le chapitre « **ENCADRER DAVANTAGE LE « PASSE SANITAIRE » POUR MIEUX PROTÉGER LES DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS** », il est également précisé que :

*« Après avoir saisi pour avis le comité scientifique Covid-19, le Gouvernement a déposé un amendement – adopté par l'Assemblée nationale – permettant au Premier ministre de conditionner l'accès à certains lieux à la présentation d'un « passe sanitaire ». Ce dispositif serait assorti de quatre garanties :*

*- il serait temporaire, puisqu'il ne pourrait être exigé qu'entre le 2 juin et le 30 septembre 2021 ;*

- il ne pourrait être exigé que pour l'accès à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes. **Le Gouvernement a indiqué que ce seuil serait fixé à 1 000 personnes ; (...)** ».

Au cours des débats devant la commission des Lois, le sénateur Alain Richard a indiqué :

« J'ai un peu de mal à percevoir pourquoi le rapporteur ne veut pas inscrire dans la loi le seuil de 1 000 personnes. **Nous sommes tous d'accord, les lieux pour lesquels il faut un passe sanitaire doivent être l'exception.** Je pense aux grands rassemblements dans lesquels la probabilité que les gestes barrières ne soient pas complètement respectés est très forte ».

C'est donc au regard de ce seuil que le Parlement a voté cette mesure exceptionnelle visant des lieux exceptionnels.

Ce seuil peut évidemment varier à la hausse comme à la baisse autour de 1 000, mais alors pour autant qu'il ne s'écarte pas déraisonnablement du chiffre-pivot de 1 000 participants, afin que le contrôle sanitaire *intuitu personae* demeure applicable aux seuls « grands rassemblements » visés par la loi du 31 mai 2021 et non à des activités plus quotidiennes, là aussi clairement exclues du champ du passe sanitaire dans les travaux législatifs.

## **B – Sur la violation, par le décret litigieux, du principe de stricte proportionnalité**

Aux termes du IV de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 mai 2021,

« Les mesures prescrites en application du présent article sont **strictement proportionnées** aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

En l'occurrence, cette stricte proportionnalité doit être mesurée au regard de la courte période d'application du décret litigieux, soit du 21 juillet au 1<sup>er</sup> août 2021.

Dans son avis n° 403629 du 19 juillet 2021 relatif à la gestion de la crise sanitaire, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a rappelé que

« l'obligation de détenir un certificat de vaccination ou de rétablissement ou un justificatif de dépistage récent peut, dans certaines hypothèses, avoir des effets équivalents à une obligation de soins et justifie, à ce titre, un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, **au vu des données scientifiques disponibles** » (pt 12) ;

de sorte que « les enjeux sanitaires doivent être mis en balance avec les conséquences de la mesure pour les personnes vaccinées et non vaccinées ainsi que pour les professionnels concernés » (pt 13).

En l'occurrence, indépendamment du nombre quotidien de contamination nécessairement variable en fonction du nombre de personnes se faisant tester, la situation épidémiologique est globalement stable, aussi bien pour ce qui concerne le très faible taux de positivité des tests (2%) que le nombre de décès ou que celui des hospitalisations y compris dans les services de réanimation.

Ainsi, il ressort des données de Santé Publique France qu'au 19 juillet 2021, on comptait pour toute la France et pour 67 millions d'habitants :

- 4 151 contaminations supplémentaires ;
- un taux de positivité des tests de 2,3% ;
- 20 décès supplémentaires dans les dernières 24h ;
- moins de 200 hospitalisations nouvelles/jour au cours des 7 derniers jours ;
- environ 25 admissions en réanimation/jour au cours des 7 derniers jours.

Dans le même temps, ainsi que l'a indiqué le Conseil d'Etat dans son avis précité du 19 juillet 2021 où il est par ailleurs considéré que « *les chiffres (des contaminations) sont aujourd'hui encore en deçà de ceux observés lors des précédentes vague* »,

**« la campagne de vaccination se poursuit et donne des résultats encourageants (au 15 juillet, 36766279 personnes ont reçu au moins une dose de vaccin et 30339179 personnes justifient du schéma vaccinal complet), en réduisant de 95% le risque d'hospitalisation pour les personnes vaccinées selon les informations communiquées par le Gouvernement »** (pt 7).

A la suite de l'allocution présidentielle du 12 juillet 2021, le nombre des vaccinations a fortement augmenté, tandis que la possibilité de se faire inoculer une seconde dose de vaccin est désormais permise 7 jours seulement, et non plus 14, après la première injection.

Or, d'une part, le décret litigieux diminue par 20 le seuil initialement prévu pour le passe sanitaire, en le faisant passer de 1 000 à 50 personnes.

D'autre part, aucun document, aucun graphique, aucune évaluation, ne vient mesurer :

- les effets positifs sur le terrain épidémiologique et donc sanitaire de la division par 20 de la jauge initiale ;
- les conséquences économiques, financières et en termes de ressources humaines de cette division par 20 de la jauge initiale sur les innombrables établissements désormais concernés par le passe sanitaire ;
- les conséquences de la division par 20 de la jauge initiale sur la liberté d'aller et de venir des individus.

Le décret litigieux se borne à viser de manière stéréotypée des « *circonstances exceptionnelles* » sans les établir aucunement, ainsi par ailleurs que l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique relatif au pouvoir réglementaire du Premier ministre dans les circonscriptions où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, alors pourtant que cet état d'urgence sanitaire n'est plus en vigueur en métropole depuis le 1<sup>er</sup> juin 2021 et qu'il n'a été de nouveau déclaré le 13 juillet 2021 que pour les territoires de la Martinique et de La Réunion !

Par conséquent, la mesure issue du décret litigieux a été prise sans visibilité aucune, ni sanitaire, ni financière, ni économique, ni au regard des libertés publiques.

Sa nécessité et à plus forte raison sa stricte proportionnalité ne sont pas établies, alors au surplus qu'elle s'applique indistinctement sur l'ensemble du territoire national.

## ***C – Sur la violation, par le décret litigieux, du principe de sécurité juridique***

Depuis la décision d'Assemblée *KPMG* du 24 mars 2016, la sécurité juridique est érigée au rang des principes invocables contre les actes réglementaires.

L'une des traductions concrètes de ce principe réside dans l'obligation faite au pouvoir réglementaire de prévoir des mesures transitoires lors d'un changement de réglementation.

Il a également pour conséquence nécessaire d'obliger le pouvoir réglementaire à organiser une période de transition avant l'entrée en vigueur effective d'une réglementation nouvelle.

Bien qu'il n'existe pas de droit au maintien d'un règlement en vigueur, « *les perturbations nées d'un changement de réglementation doivent pouvoir être anticipées et amorties au mieux* » (Jean-Marc Sauvé, « L'entreprise et la sécurité juridique », *conseil-etat.fr*, 21 novembre 2014). Il appartient à ce titre

« à l'autorité investie du pouvoir réglementaire (...) d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, [une] réglementation nouvelle ». « Il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause » (CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, n° 287845).

Le décret litigieux n'organise aucun différé d'entrée en vigueur : à compter de celle-ci, les particuliers, les entreprises et les services publics concernés par le seuil de 50 clients/usagers sont tenus de produire ou contrôler le passe sanitaire.

S'agissant des particuliers, il leur est impossible, y compris dans le délai d'application effective de 10 jours du décret litigieux, de faire reposer le passe sanitaire sur une vaccination complète à deux doses, même avec un délai d'obtention du statut vaccinal complet ramené de 14 à 7 jours par le décret n° 2021-949 du 16 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.

S'agissant des personnes morales requérantes, l'entrée en vigueur du décret litigieux implique que, au jour même de sa publication au *Journal officiel*, soient organisés et établis les contrôles des passes sanitaires des clients, ce qui est matériellement impossible.

Le principe de sécurité juridique s'oppose à la mise en œuvre immédiate de telles contraintes personnelles et organisationnelles.

Or, en l'occurrence, le décret litigieux ne prévoit aucun délai de transition, ne diffère pas l'entrée en vigueur du seuil de 50 clients/usagers et n'édicte aucune mesure préparatoire ou intermédiaire.

Au surplus, et en tout état de cause, les annonces délivrées par le président de la République le lundi 12 juillet 2021 à 20h n'ont pas laissé aux établissements concernés par le passe sanitaire un délai suffisant – six jours ouvrés seulement – pour s'adapter aux contraintes considérables issues de la réglementation litigieuse, dont le détail n'a pu être connu qu'à compter de sa publication au *Journal officiel* et non par le seul effet de l'annonce présidentielle. Les établissements concernés n'ont eu aucune explication sur la gestion des contrôles, et les exceptions à l'exigence du passe sanitaire.

## PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, les exposants demandent au juge des référés du Conseil d'Etat de **suspendre l'exécution du 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.**

### *Productions :*

- 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 ;
- recours pour excès de pouvoir formé contre le décret n° 2021-955 ;
- statuts des trois personnes morales requérantes.