

REFERE SUSPENSION

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Gestion de la sortie de crise sanitaire

Mémoire en réplique dans l'affaire n° 454754

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.

Le mémoire en défense du ministère des Solidarités et de la Santé appelle les observations suivantes :

1 – Sur la violation par le décret litigieux de la loi du 31 mai 2021, le ministre se contredit en soutenant, dans le même temps, que ce décret aurait une base légale à la fois législative (la loi du 31 mai 2021) et jurisprudentielle (la théorie des circonstances exceptionnelles), alors que ces deux bases légales ne peuvent qu'être alternatives et non cumulatives.

Le ministre reconnaît en creux, en invoquant des circonstances exceptionnelles, que la loi du 31 mai 2021 ne permet pas d'abaisser à 50 personnes le seuil du passe sanitaire, pour la raison simple, intelligible, qui ne se discute même pas, selon laquelle un rassemblement de 50 personnes n'est pas un « *grand* » rassemblement au sens des travaux préparatoires à la loi.

Certes, ainsi que l'indique le ministre, le législateur a laissé une marge de manœuvre au Premier ministre, en évoquant des rassemblements *autour* de 1 000 personnes ; ce seuil pourrait ainsi être, sans méconnaître la loi, par exemple de 900, 800, 700, 600 voire 500 personnes, mais certainement pas de 50 personnes, chiffre qui divise par VINGT celui envisagé au Parlement.

Le ministre cite, à l'appui de la légalité du décret litigieux, la phrase suivante de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 :

« 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 ».

Mais, d'une part, cette phrase doit se lire au vu de celle qui la précède, qui vise les « *grands* » rassemblements, et du caractère exceptionnel du passe sanitaire tel que conçu par le législateur.

D'autre part, le décret litigieux méconnaît – également – cette phrase, car il fixe de manière technocratique, c'est-à-dire uniforme et indépendamment des réalités du terrain, et non « *adaptée* » un seuil de 50 personnes pour tous les établissements concernés dans l'ensemble de la République française, sans tenir compte d'aucune « *caractéristique des lieux* », de sorte que par exemple les activités de loisirs qu'elles soient en intérieur (salles de fitness...) comme en extérieur (accrobranche, aquaparc...), qu'elles concernent des petites (théâtres, cinémas...) ou d'immenses (zoo...) surfaces, qu'elles se déroulent au Louvre en face du Conseil d'Etat où dans un parc de jeux pour enfants situé en Creuse, sont désormais tenues d'exiger le passe sanitaire à l'entrée.

Quant à la théorie des circonstances exceptionnelles, hélas malmenée en ce 21^{ème} siècle au regard du caractère picrocholin des faits à l'origine de l'affaire fondatrice *Heyriès* du 28 juin 1918, il est particulièrement malvenu de l'invoquer ici de façon assez stéréotypée. Elle est inopérante dans le champ d'une législation, et à cet égard le décret litigieux, qui s'insère dans un précédent décret du 1^{er} juin 2021, trouve son fondement législatif dans la loi du 31 mai 2021 – et, curieusement, dans l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique visé par le décret litigieux bien que l'état d'urgence sanitaire ne soit pas déclaré en métropole.

Rien dans les chiffres donnés par le ministre en défense ne permet de caractériser une circonstance « *exceptionnelle* », alors que par ailleurs nous sommes sous l'empire d'une loi de gestion de la sortie de la crise sanitaire promulguée il y a moins de deux mois, qu'il est toujours possible au Conseil des ministres de décréter l'état d'urgence sanitaire au cas où la

situation serait à ce point catastrophique, et que le nombre des personnes vaccinées est en augmentation constante.

Par ailleurs, la situation « exceptionnelle » doit se fonder sur des données actuelles et « avérées », pour reprendre le terme employé par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dans son avis sur la loi du 23 mars 2020.

Il est rappelé que la loi du 31 mai 2021 a entendu faire du passe sanitaire *l'exception*, eu égard aux atteintes aux libertés publiques qu'il cause ; à rebours, le décret litigieux en généralise l'usage jusque dans nos activités de loisirs du quotidien.

2 – Sur la violation par le décret litigieux du principe de « stricte » proportionnalité, le ministre se borne à se fonder sur des modélisations de l'Institut Pasteur.

Cependant, d'une part, rien ne permet de penser que ces prédictions trouveront une réalisation effective – c'est le propre des modélisations –, alors surtout que le taux de vaccination augmente de manière exponentielle. Il suffit à cet égard de se souvenir que le 28 octobre 2020, à 20h01, sur toutes les ondes, à la veille du deuxième confinement, le président de la République s'était ainsi grossièrement trompé sur la base de modélisations farfelues : « *A ce stade, nous savons que quoi que nous fassions, près de 9 000 patients seront en réanimation à la mi-novembre, soit la quasi-totalité des capacités françaises. Nous nous organisons bien sûr pour y faire face, rouvrir des lits supplémentaires et nous allons faire le maximum d'efforts tous ensemble, mais ce n'est pas suffisant* », évoquant par ailleurs le chiffre lui aussi totalement fantaisiste de « *400 000 morts supplémentaires à déplorer* »

D'autre part, le décret litigieux a une durée de vie d'une dizaine de jours. Il est donc inopérant, pour mesurer sa « stricte » proportionnalité, de se projeter sur la situation sanitaire en octobre, novembre ou décembre prochain.

Or, des trois graphiques produits par le ministère défendeur (p. 5) qui n'ont – insistons-y – en eux-mêmes pas plus de valeur probante que des prévisions météorologiques visant la même période, il ressort que les modélisations sont extrêmement stables pour tout le mois de juillet et jusqu'à début août, date à laquelle la loi en cours d'examen par le Parlement est appelée à prendre le relais de celle du 31 mai 2021.

Enfin, et en tout état de cause, l'appréciation de la « stricte » proportionnalité d'une mesure de police administrative y compris spéciale applicables sur l'ensemble du territoire national suppose la mise en balance entre :

- les effets éventuellement bénéfiques de cette restriction de police administrative ici sur le terrain sanitaire ;
- les conséquences de la restriction de police administrative sur les libertés publiques – ici libertés d'entreprendre et d'aller et venir notamment.

Les visas du décret ainsi que les écritures du ministre sont muettes sur l'une comme l'autre de ces deux jauges composant le principe de « stricte » proportionnalité.

Ce dernier est donc nécessairement méconnu par le décret litigieux, qui impose un seuil de 50 personnes sur tout le territoire de la République alors que pourtant la majorité d'entre eux ont des taux d'incidence inférieurs à 50 pour 100 000 habitants.

3 – Sur la violation par le décret litigieux du principe de sécurité juridique, les exposants produisent en annexe une série de témoignage démontrant que les professionnels des loisirs ont été totalement pris de court par la division par 20 de la jauge exigée par le passe sanitaire, avec effet immédiat à compter du lendemain de la publication au *Journal officiel* du décret litigieux.

Voici une synthèse de ses témoignages sur les difficultés résultant de la soudaineté du décret litigieux :

Difficultés de gestion du personnel

- Recrutement et formation diplômante d'une équipe de saisonniers désormais décorrélée de la fréquentation en chute depuis la mise en œuvre du passe sanitaire.
- Que faire des salariés recrutés en trop : le décret ne prévoit pas d'accompagnement en matière de chômage partiel ou de licenciement.
- On demande aux salariés des activités de contrôle de l'état sanitaire de la clientèle qui ne figurent ni dans leur contrat de travail ni dans leur fiche de poste (ni dans la motivation qu'ils ont pour leur emploi).

Difficultés de mise en œuvre opérationnelle

- Discours flou et fluctuant des autorités sur les modalités de mise en œuvre du passe sanitaire (exemple : quel seuil de déclenchement de la jauge des 50 participants ? à partir du 51^{ème} client ou dès le 1^{er} client ? y compris les salariés ?).
- Discours d'accompagnement locaux très disparates des interlocuteurs habituels (jeunesse et sports, etc) sur les modalités de mise en œuvre, faute de consignes claires de leur côté.
- Inadaptation des procédures opérationnelles au contrôle du pass sanitaire et à son intégration dans le cycle de réservation.
- Changer en quelques jours des procédures opérationnelles qui ont été préparées pendant des mois se révèle impossible.
- Certains exploitants choisissent de limiter à 50 personnes leur capacité d'accueil, ce qui implique en cette saison une réservation obligatoire de la clientèle. Or la communication des parcs ne met pas ce critère en avant (affiches, flyers, etc).
- Réduire à 50 personnes la capacité d'accueil en cette saison ne permet pas d'assurer l'équilibre économique de la structure sur l'ensemble de l'année (y compris les mois de fermeture).

Difficulté de gestion de clientèle

- Augmentation très forte des appels téléphoniques pour poser des questions sur le passe sanitaire ou pour annuler des réservations.
- Difficile de refuser des réservations qui avaient été faite avant le 19 juillet et la parution du décret par des clients ne disposant pas du passe sanitaire.
- Accueils de loisir des mineurs : Les animateurs ne disposant pas d'un passe sanitaire ont le droit de travailler dans l'accueil de loisir jusqu'au 30 août, mais nous n'avons pas le droit de les accueillir (ni leurs mineurs du coup) puisque pour nous ils sont des clients et non des salariés.
- Les modalités et conditions générales de vente ne sont plus en adéquation avec celles envoyées et signées par la clientèle au moment de leur réservation.
- Très nombreuses annulations.
- Nombreux refus d'accueil et de vente.
- Grosses difficultés avec la clientèle touristique étrangère.
- Fort mécontentement de la clientèle générant parfois une agressivité verbale.

Difficultés de gestion du personnel

- Recrutement et formation diplômante d'une équipe de saisonniers désormais décorrélée de la fréquentation en chute depuis la mise en œuvre du pass sanitaire.
- Que faire des salariés recrutés en trop : le décret ne prévoit pas d'accompagnement en matière de chômage partiel ou de licenciement.
- On demande aux salariés des activités de contrôle de l'état sanitaire de la clientèle qui ne figurent ni dans leur contrat de travail ni dans leur fiche de poste (ni dans la motivation qu'ils ont pour leur emploi).

Impact économique

- De nombreux sites réalisent 50% à 80% de leur chiffre d'affaires entre le 20 juillet et le 25 août. Les annulations tombent en cascade.
- Nombreux achats de matière première et stocks de matériel effectués inutilement en préparation de la saison.

4 – L'exposant personne physique a fait un aller-retour depuis son lieu de vacances pour participer à l'audience publique du vendredi 23 juillet à 15 h.

Il est demandé au Premier ministre de lui rembourser ses frais de transport, d'un montant de 304,96 euros (v. facture en PJ).

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 ;**
- **mettre, sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative et au profit de M. Paul Cassia, la somme de 304,96 euros à la charge du Premier ministre.**

Productions :

- Témoignages de gérants d'établissements de loisirs sur les conséquences de la soudaineté de l'abaissement du seuil du passe sanitaire à 50 clients ;
- Billet d'avion de M. Paul Cassia – A-R Nice/Paris.