

REFERE LIBERTE

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(article L. 521-2 du Code de justice administrative)

Suspension/réexamen du passe sanitaire

POUR

Paul Cassia

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

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

1 rue de Stockholm, 75008 Paris

Représentée par sa présidente Evelyne Villame ;

TENDANT A

Enjoindre au Premier ministre :

- à titre principal, de suspendre l'exécution des articles 2-1 à 2-4 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de déterminer dans un délai de 48 heures les modalités de l'allègement des contraintes, le cas échéant sur une base territorialisée, résultant de l'exécution des articles 2-1 à 2-4 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 précité.

MOTIFS DE FAIT

Selon le A du II de l'article 1^{er} de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 modifiée par la loi n° 2022-1040 du 5 août 2021,

*« A compter du 2 juin 2021 et **jusqu'au 15 novembre 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 :*

1° Imposer aux personnes âgées d'au moins douze ans souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, ainsi qu'aux personnels intervenant dans les services de transport concernés, de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 ;

2° Subordonner 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 l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes : (...).

Cette réglementation est rendue applicable au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue.

Cette réglementation est applicable aux mineurs de plus de douze ans à compter du 30 septembre 2021.

L'application de cette réglementation ne dispense pas de la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus si la nature des activités réalisées le permet ».

Le décret évoqué au premier alinéa de cet article est celui n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, plus précisément ses articles 2-1 à 2-4 relatifs au passe sanitaire, tel que modifié par le décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021.

Depuis l'origine et à l'exception de l'accès aux centres commerciaux, le passe sanitaire est appliqué de manière uniforme, sans tenir compte d'aucune particularité locale.

Aux termes des IV et V de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 précitée :

*« IV. - Les mesures prescrites en application du présent article sont **strictement proportionnées** aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. **Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires**. Les mesures individuelles font l'objet d'une information sans délai du procureur de la République territorialement compétent.*

V. - Les mesures prises en application du présent article peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative ».

Dans son avis n° 403.629 du 19 juillet 2021 sur un projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire, relativement au passe sanitaire,

*« le Conseil d'Etat appelle l'attention du Gouvernement sur la circonstance que l'appréciation ainsi portée sur le caractère proportionné de l'atteinte aux libertés fondamentales résultant de l'application du dispositif devrait nécessairement être **réévaluée**, soit en cas **d'amélioration des perspectives sanitaires** concernant les **hospitalisations et admissions en soins critiques**, soit s'il était décidé **de rendre payants les tests de dépistage** ou encore de limiter leur durée de validité »* (para. 19).

D'une part, par arrêté du 14 octobre 2021, le ministre des Solidarités et de la Santé a rendu payant les tests de dépistage pour les adultes non-vaccinés.

D'autre part, les perspectives sanitaires concernant les hospitalisations et admissions en soins critiques se sont désormais considérablement améliorées, ainsi qu'il sera établi plus loin.

Par conséquent, l'appréciation portée sur le caractère proportionnée de l'atteinte que le passe sanitaire cause aux libertés fondamentales aurait dû être réévaluée par le Premier ministre.

Or, à l'issue du Conseil des ministres du 20 octobre 2021, le porte-parole du gouvernement a fait savoir qu'il « *ne voyait pas comment* » le passe sanitaire pourrait être allégé.

Pourtant, le 16 septembre 2021, saluant les résultats du passe sanitaire, le président de la République avait déclaré :

« Dès que les conditions sanitaires le permettront et, à mon avis, quand je vois les chiffres, ça ne va pas venir si tard, (on pourra se) permettre, sur les territoires où le virus circule moins vite, de lever certaines contraintes et de revivre normalement ».

En ce sens, dans son avis n° 404.103 du 7 octobre 2021 sur un projet de loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, à propos du passe sanitaire,

*« le Conseil d'État souligne qu'il appartient au Premier ministre de **mettre fin immédiatement**, le cas échéant sur une base territorialisée, aux mesures qui ne rempliraient plus ces conditions (stricte nécessité et proportionnalité), **son abstention** ou son refus de le faire étant susceptible d'être soumis au **contrôle du juge** »* (pt 11).

Au 24 octobre 2021, l'abstention du Premier ministre de mettre fin au passe sanitaire ou à tout le moins d'en moduler la mise en œuvre sur une base territorialisée est constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à des libertés fondamentales, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

MOTIFS DE DROIT

1 – Sur l'extrême urgence à enjoindre au Premier ministre de mettre fin immédiatement au passe sanitaire

A – En premier lieu, il importe de souligner que, eu égard au caractère temporaire et provisoire de la réglementation relative au passe sanitaire, le référé-liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative est l'unique voie de droit de nature à permettre en temps utiles, c'est-à-dire avant le 15 novembre 2021, un examen juridictionnel de la légalité de l'abstention du Premier ministre de mettre immédiatement fin à l'exécution de tout ou partie de cette réglementation.

En effet, le référé mesures-utiles de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative est inopérant à l'égard d'une telle abstention, puisque le litige a, en creux, pour effet de faire obstacle à l'exécution du décret du 1^{er} juin 2021 modifié.

En outre, le référé-suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative ne peut être actionné que contre une décision administrative, de sorte qu'il serait nécessaire de saisir le Premier ministre d'une demande d'abrogation du décret du 1^{er} juin 2021 et d'attendre sa réponse explicite ou implicite susceptible de naître à l'expiration d'un délai de deux mois, avant de pouvoir saisir le juge du référé-suspension.

Par conséquent, il est demandé au juge du référé-liberté du Conseil d'Etat de consacrer, pour l'application du **droit à un recours juridictionnel effectif** garanti par les articles 16 de la Déclaration de 1789 et 6 § 1 de la Convention EDH, une **présomption d'urgence** à obtenir l'injonction demandée lorsque la requête porte sur l'abstention du Premier ministre de mettre fin immédiatement à une mesure réglementaire de l'état d'urgence sanitaire.

B – En second lieu et en tout état de cause, 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 (le passe sanitaire) pour les personnes et les établissements concernés » (pt 14).

A cet égard, le passe sanitaire porte de manière grave et immédiate un préjudice aux intérêts moraux de la personne physique requérante, en la contraignant de manière multi-quotidienne à présenter un passe sanitaire pour accéder à un nombre considérable de lieux ou de transports publics que je fréquente de manière soit volontaire, soit contrainte par mes activités professionnelles ou mes obligations familiales, tels que restaurants, théâtres, avions, trains et salles de sport – je tiens des factures à la disposition du Conseil d'Etat.

Ainsi que l'a indiqué la présidente de la CNIL lors de son audition du 21 juillet 2021 au Sénat,

« Les lieux ou services qu'il est prévu d'inclure dans le passe sont, de ce point de vue, des lieux de la vie courante et ne relèvent pas tous du loisir : prendre le train n'est pas toujours un choix ; déjeuner dans un restaurant peut être un loisir mais aussi une nécessité dans un cadre professionnel ou lors d'un déplacement. Certains de nos concitoyens vont donc, tous les jours et parfois plusieurs fois par jour, être soumis à l'obligation de présenter une sorte de sauf-conduit, avec une forme de contrôle d'identité induit, pour des actes de la vie courante ».

Le passe sanitaire porte également atteinte de manière grave et immédiate aux intérêts défendus par l'association requérante, dont les 5 000 entreprises et 30 000 salariés qu'elle représente dans le secteur des loisirs *indoor* de proximité (laser game, bowling, escape room, foot en salle...) doivent au quotidien s'organiser humainement et financièrement pour remplir leurs obligations de contrôle du statut vaccinal de leurs clients.

Le passe sanitaire crée donc, par les contraintes inédites qu'il véhicule, une situation d'urgence à en obtenir la suspension dans le délai de 48 heures de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

Il est rappelé que la protection de la santé publique, qui n'a longtemps pas constitué une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CE, réf., 8 sept. 2005, *Garde des Sceaux c/ M. Bunel*, n° 284803, Lebon, p. 388 : « *si en raison du renvoi fait par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas que « le droit à la santé » soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du Code de justice administrative* ») jusqu'à ce que le Conseil d'Etat semble changer d'avis sur ce point sous l'empire de l'état d'urgence sanitaire (CE, réf., 7 novembre 2020, n° 445821, pt 10), ne serait en tout état de cause pas érodée par l'injonction demandée dans la présente instance, dès lors que :

- . d'une part, le passe sanitaire a atteint l'objectif vaccinal qui lui était en creux fixé, et
- . d'autre part, demeureront en vigueur les dispositions de les article 1^{er} et 2 du décret du 1^{er} juin 2021 modifié relatives aux « *mesures d'hygiène et de distanciation* ».

2 - Sur la violation grave et manifestement illégale de libertés fondamentales résultant de l'abstention du Premier ministre de mettre fin immédiatement au passe sanitaire

Il ne saurait être contesté que, par lui-même, le passe sanitaire porte des atteintes **graves** à de nombreuses libertés fondamentales : **liberté d'aller et de venir, liberté de réunion, liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'accès aux œuvres culturelles.**

Par ailleurs, au 24 octobre 2021, l'abstention du Premier ministre de mettre fin au passe sanitaire est **manifestement illégale** au regard de ces libertés fondamentales, pour deux motifs.

> Le premier motif d'illégalité manifeste résulte de la ***fin au 15 octobre 2021 de la « gratuité » des tests***, précédemment évoquée.

Cette circonstance rend à elle seule nécessaire une « *réévaluation* » du dispositif du passe sanitaire, ainsi qu'il résulte de l'avis précité du Conseil d'Etat du 19 juillet 2021.

Dans le même sens, la présidente de la CNIL avait indiqué le 12 juillet 2021 que

« *dans l'appréciation de (la) proportionnalité, le caractère gratuit des tests est un des éléments à prendre en compte puisque la possibilité d'accéder à certains lieux ou moyens de transport sans être vacciné ne sera pas du tout la même selon que les tests seront gratuits ou onéreux* ».

> Le second motif d'illégalité manifeste du maintien du passe sanitaire tient à l'**amélioration considérable de la situation sanitaire**, globalement satisfaisante au 24 octobre 2021.

Il convient ici de reprendre les mots de l'avis du 5 octobre 2021 *Une situation apaisée : quand et comment alléger ?* rendu par le conseil de scientifiques :

« En France métropolitaine, la 4^{ème} vague liée au variant Delta, apparue très rapidement début juin 2021 a été, jusqu'ici, moins importante que prévue. **Elle diminue rapidement depuis début septembre**. Cette situation est en grande partie liée au succès de la vaccination en population générale, avec aujourd'hui environ 50,5 millions de Français vaccinés dont 73% des adolescents de 12 à 17 ans » (p. 2).

Cette amélioration est objectivement démontrable ; elle repose elle-même sur deux séries de données.

- Les unes sont relatives au *taux de vaccination* de la population française éligible.

A cet égard, il est nécessaire de rappeler qu'en lui-même, le passe sanitaire ne présente pas d'efficacité dans la prévention de la diffusion du covid-19, ainsi que l'a reconnu le conseil de scientifiques dans son avis précité :

« Le passe sanitaire a clairement joué un rôle d'accélération à partir de mi-juillet pour la vaccination des personnes de 20 à 49 ans. Son rôle dans la vaccination des adolescents (12-17 ans), qui atteint maintenant pratiquement 75% (un des plus hauts chiffres européens) est moins clair. Le rôle du passe sanitaire en tant que mesure favorisant la protection des individus est plus difficile à mettre en évidence. C'est encore un peu tôt pour une évaluation qualitative. Le passe sanitaire a été mis en place début août alors que la décroissance de l'épidémie du variant Delta est plutôt survenue vers le 20 juillet. Il a pu contribuer à cette décroissance » (p. 5 ; v. aussi p. 18 : « Efficacité limitée du passe sanitaire comme mesure de protection »).

Le passe sanitaire n'a donc eu d'impact qu'en tant qu'il a accéléré la vaccination des personnes de plus de 12 ans, et doit à ce titre être analysé comme une quasi-obligation vaccinale renforcée par la fin de la « gratuité » des tests pour les adultes non-vaccinés.

Or, au 22 octobre 2021 :

- . 74,2% de la population française a reçu toutes les doses de vaccin requises ;
- . 86,2% des français éligibles (plus de 12 ans) ont reçu toutes les doses de vaccin requises ;
- . 91% des personnes de plus de 65 ans sont entièrement vaccinées.

A ces personnes bénéficiant d'une immunité par **administration du vaccin**, il est nécessaire d'ajouter celles ayant été contaminées par le covid-19 – 7 114 572 cas positifs confirmés au 22 octobre 2021 – et qui à ce titre bénéficient d'une **immunité naturelle**, qui se traduit aujourd'hui par un « certificat de rétablissement » d'une validité, pour le passe sanitaire, de six mois à compter de la détection de la contamination.

Le passe sanitaire a donc largement atteint son objectif de contraindre la population éligible à se faire doublement vacciner.

- Les autres améliorations considérables de la situation sanitaire sont mises en évidence par les *données épidémiologiques* établies le 22 octobre 2021 par Santé Publique France relatives au covid-19.

Il convient ici d'indiquer que, dans la perspective de l'adoption de la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, l'Assemblée nationale a en première lecture le 20 octobre 2021 décidé d'encadrer la mise en œuvre du passe sanitaire, qui serait permise si :

*« la situation sanitaire le justifie au regard de la circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé, appréciées en tenant compte des indicateurs sanitaires tels que **le taux de vaccination, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits de réanimation** ».*

. Le *taux de vaccination* ci-dessus mentionné a atteint un plafond et ne peut plus être substantiellement amélioré par le seul effet du passe sanitaire, ainsi qu'en témoigne le faible nombre d'injections quotidiennes (environ 130 000 depuis début octobre 2021).

. Le *taux de positivité des tests*, qui n'a jamais dépassé les 5% depuis juin 2021, est au 22 octobre 2021 de 1,3%, ce chiffre étant stable depuis plusieurs semaines ;

. Le *taux d'incidence* par classe d'âge ou par département est très faible et tourne autour de 50 pour 100 000 personnes ; le taux d'incidence national est, lui-aussi, d'environ 50 pour 100 000 personnes depuis le début du mois d'octobre 2021 ;

. Les *taux d'occupation des lits de réanimation* sont, dans toutes les régions de métropole, extrêmement satisfaisants du point de vue de la disponibilité de ces lits : de 37% en Provence Alpes Côte d'Azur (chiffre le plus élevé) à 8% en Normandie (chiffre le plus bas) ; en Ile-de-France, ce taux est de 22%.

Il convient d'ajouter que depuis le début du mois d'octobre 2021, l'on compte désormais, pour l'ensemble du territoire français - ce donc y compris les territoires d'outre-mer actuellement sous le régime de l'état d'urgence sanitaire : environ 25 décès quotidiens imputables au covid-19 (contre 300 en avril 2021) ; moins de 5 000 contaminations au covid-19 quotidiennement détectées (4 885 le 22 octobre, contre 30 000 en avril 2021) pour près de 400 000 tests effectués ; 200 patients environ quotidiennement admis à l'hôpital en conséquence du covid-19 (contre 3 000 en avril 2021) ; une cinquantaine de patients admis en soins critiques (contre 632 en avril 2021).

Eu égard à ces chiffres officiels, il est manifeste que les avantages pour la préservation de l'objectif constitutionnel de la santé publique résultant du passe sanitaire sont, au 24 octobre 2021, inférieurs aux atteintes considérables que le passe sanitaire cause quotidiennement à l'ensemble de la population où s'applique le régime de la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

Autrement dit, au 24 octobre 2021, le passe sanitaire n'est désormais, pour reprendre les termes du IV de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 modifiée, ni

« nécessaire », ni « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

Il appartient au Premier ministre d'y mettre fin *« sans délai »* : il est en l'occurrence en situation de compétence liée de par la loi du 31 mai 2021 modifiée, dont l'esprit a été rappelé par l'avis précité du Conseil d'Etat du 7 octobre 2021 soulignant qu'il *« appartient au Premier ministre de mettre fin immédiatement, le cas échéant sur une base territorialisée, aux mesures qui ne rempliraient plus les conditions »* de stricte nécessité et proportionnalité.

Ainsi serait donné corps à l'orientation préconisée par le président de la République dès le 16 septembre 2021 visant à ce que les contraintes du passe sanitaire soient rapidement levées *« sur les territoires où le virus circule moins vite ».*

Partant, au 24 octobre 2021, l'abstention du Premier ministre d'abroger ou à tout le moins de modifier sur une base territorialisée les articles 2-1 à 2-4 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, porte de manière grave et manifestement illégale atteinte aux libertés fondamentales ci-dessus évoquées.

PAR CES MOTIFS,

il est demandé au juge du référé-liberté du Conseil d'Etat d'enjoindre au Premier ministre :

- à titre principal, de suspendre l'exécution des articles 2-1 à 2-4 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;
- à titre subsidiaire, de déterminer dans un délai de 48 heures les modalités de l'allègement des contraintes, le cas échéant sur une base territorialisée, résultant de l'exécution des articles 2-1 à 2-4 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 précité.

Production :

Statuts de l'Association française des espaces de loisirs indoor (SPACE)