

COVID-19. Analyse, d'une part, des deux ordonnances rendues par le Conseil d'État dans le domaine social, celle du 22 mars 2020 sur le confinement total, celle du 18 avril 2020 sur la fermeture des entreprises de la métallurgie et, d'autre part, dans le domaine sociétal, de celle rendue le 18 mai 2020 sur la liberté des cultes. Leur point commun ? Le bon sens dont a su faire preuve le Conseil d'État.

Le Conseil d'État et le coronavirus : réalisme, vigilance et refus de se substituer à l'administration

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

Le Conseil d'État a rendu, depuis le début de la crise du coronavirus, 25 ordonnances en référé.

Toutes ces ordonnances ont été rendues en application de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative aux termes duquel : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* »

Créé par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, le **référé-liberté** est une procédure qui permet de saisir en urgence le juge administratif, lorsqu'on estime que l'administration (État, collectivités territoriales, établissements publics) porte atteinte à une liberté fondamentale (liberté d'expression, droit au respect de la vie privée et familiale, droit d'asile, etc.).

Le juge des référés a des pouvoirs étendus : il peut suspendre une décision de l'administration ou lui ordonner de prendre des mesures particulières.

Pour cela, **il doit pouvoir établir, d'une part, qu'il y a urgence à statuer, d'autre part, que l'administration – par ses actions ou son inaction – a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.**

Le juge des référés rend ses « ordonnances » en principe sous 48 heures.

Cette procédure a marqué une profonde mutation du Conseil d'État :

- le juge des référés est, en principe, un juge unique, alors que le Conseil d'État statue toujours dans des formations collégiales ;
- l'instruction est une instruction en grande partie orale à la barre alors que l'instruction des affaires devant le Conseil d'État est purement écrite ;
- enfin, cette procédure a développé une culture de l'urgence, les décisions pouvant être rendues le samedi ou le dimanche.

Sur ces 25 décisions, cette chronique se bornera à commenter les deux rendues dans le domaine social :

- celle du 22 mars 2020 sur le confinement total, qui est d'ailleurs la première ;
- celle du 18 avril 2020 sur la fermeture des entreprises de la métallurgie ;
- auxquelles on ajoutera, en élargissant le domaine social au domaine sociétal, celle rendue le 18 mai 2020 sur la liberté des cultes, qui est d'ailleurs la dernière.

L'ORDONNANCE N° 439674 DU 22 MARS 2020, SYNDICAT DES JEUNES MÉDECINS

Le syndicat des jeunes médecins a demandé au Conseil d'État d'enjoindre au Premier ministre et au ministre de la Santé de prononcer un confinement total de la population par l'arrêt des transports en commun, l'arrêt des activités professionnelles non vitales (alimentaire, eau et énergie) et par l'instauration d'un ravitaillement de la population.

► Le Conseil d'État a d'abord dégagé des principes applicables en la matière

Il a estimé que les mesures prises par le Premier ministre, sur le fondement de son pouvoir de police générale, et par le ministre de la santé, sur le fondement de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique – on était avant l'intervention de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 créant l'état d'urgence sanitaire – qui limitent l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession, « *doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent* ».

Il a également estimé que le droit au respect de la vie, rappelé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue une liberté fondamentale et que « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toute mesure de nature à faire cesser le danger résultant de son action ou de sa carence* ».

Il résulte de ce double raisonnement qu'on peut et même qu'on doit, au nom du respect de la vie, porter atteinte aux libertés traditionnelles comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion, la liberté d'exercer une profession. On aboutit ainsi à une certaine hiérarchisation des libertés.

► **Le Conseil d'État a rejeté la demande du syndicat des jeunes médecins par un considérant frappé au coin du bon sens fondé sur deux arguments essentiels**

D'une part, « les mesures demandées au plan national ne peuvent, s'agissant en premier lieu du ravitaillement à domicile de la population, être adoptées et organisées sur l'ensemble du territoire national compte tenu des moyens dont l'administration dispose sauf à risquer de graves ruptures d'approvisionnement qui seraient elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie ».

D'autre part, « l'activité indispensable des personnels de santé ou aidants, des services de sécurité de l'exploitation des réseaux, ou encore des personnes participant à la production et la distribution de l'alimentation rend nécessaire le maintien en fonctionnement, avec des cadences adaptées, des transports en commun ».

Il en a conclu que le Premier ministre n'avait pas fait preuve d'une carence grave et manifestement illégale en ne décidant pas un confinement total de la population sur l'ensemble du territoire.

► **Le Conseil d'État, en revanche, a donné satisfaction au syndicat requérant sur trois demandes ponctuelles**

D'une part, il a enjoint au Premier ministre et au ministre de la Santé de préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé, de réexaminer le maintien de la dérogation pour « déplacements brefs à proximité du domicile » et d'évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts. Ces trois éléments ont été pris en compte dans le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

D'autre part, sans adresser une injonction au Premier ministre il a rappelé que les mesures d'organisation et de déploiement des forces de sécurité devaient permettre de sanctionner sur l'ensemble du territoire les contrevenants aux arrêtés ministériels et au décret du 16 mars 2020.

Enfin, il a rappelé que les représentants de l'État dans les départements comme les maires avaient la possibilité et même l'obligation, en vertu de leurs pouvoirs de police générale, d'adopter, lorsque de telles mesures seraient

nécessaires, des interdictions plus sévères lorsque les circonstances locales le justifient.

L'ORDONNANCE N° 440012 DU 18 AVRIL 2020, FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS DE LA MÉTALLURGIE CGT

Estimant que les mesures prises par l'État dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 sont insuffisantes pour assurer la protection des salariés de la métallurgie, la fédération des travailleurs de la métallurgie CGT a présenté devant le Conseil d'État une triple demande :

- dresser la liste des entreprises de la métallurgie essentielles à la nation ;
- ordonner la fermeture des entreprises métallurgiques non essentielles à la nation ;
- prendre des mesures spécifiques de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qui continueront à travailler au sein des entreprises essentielles à la nation.

Le considérant de principe de cette ordonnance est particulièrement intéressant :

- d'une part, en ce qui concerne la condition relative à une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, le Conseil d'État juge « que le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises » ;

- d'autre part, il juge qu'en cas d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale, il appartient au juge des référés de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte dès lors que deux conditions sont réunies :

- **il existe une situation d'urgence caractérisée** justifiant le prononcé de mesure de sauvegarde,
- **il est possible de prendre utilement de telles mesures.**

On voit que sur ces deux points, la jurisprudence fait preuve d'un réalisme fondamental.

Le Conseil d'État, après avoir formulé ces principes, en fait immédiatement une application éclatante : pour rejeter la demande de la fédération, il relève trois éléments :

- l'exigence de continuité des activités professionnelles essentielles ne pouvant faire l'objet de télétravail, qui correspond à une option gouvernementale fondamentale du gouvernement ;

- un confinement total n'est pas nécessaire pour combattre l'épidémie, le confinement dans sa forme actuelle commençant d'ailleurs à produire des effets positifs ;

- enfin l'extrême difficulté de faire le départ, dans un tissu industriel où les activités sont étroitement imbriquées, entre les entreprises dont la poursuite d'activité est indispensable et les autres.

En ce qui concerne les mesures de protection des travailleurs de la métallurgie, le Conseil d'État rappelle l'ensemble des mesures déjà prises :

- les recommandations diffusées par le ministère du Travail pour aider les entreprises dans la mise en œuvre des mesures d'organisation du travail ;

- l'augmentation des pouvoirs des services de santé au travail par l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 qui a permis au médecin du travail de prescrire un arrêt de travail et de procéder à des tests de dépistage ;

- les institutions représentatives du personnel qui peuvent faire usage de leur pouvoir d'alerte ;

- les Directe, en vertu de l'article L. 4721-1 du Code du travail, peuvent adresser à l'employeur une mise en demeure, ce qui a été fait une vingtaine de fois ;

- les inspecteurs du travail qui tiennent de l'article L. 4731-1 du Code du travail la faculté de saisir le juge judiciaire statuant en référé, faculté dont ils ont déjà usé depuis le début de la crise sanitaire.

Il en a déduit que, compte tenu de l'ensemble de ces dispositions, pérennes ou exceptionnelles, et des mesures déjà prises, « il n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, de carence des autorités publiques portant manifestement atteinte aux libertés fondamentales invoquées ».

L'ORDONNANCE N° 440366 DU 18 MAI 2020, M. G. ET AUTRES

Une série de personnes physiques ont demandé au Conseil d'État d'ordonner la suspension des dispositions du III de l'article 8 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prévoyant que les lieux de culte sont autorisés à rester ouverts ●●●

●●● mais que tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit, les cérémonies funéraires étant seules autorisées dans la limite de 20 personnes.

► Le considérant de principe de cette ordonnance est identique à celui de l'ordonnance métallurgie

Il appartient au juge des référés de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dès lors, d'une part, qu'il existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde et, d'autre part, qu'il est possible de prendre utilement de telles mesures.

La liberté fondamentale qui était en cause, en l'espèce, était la liberté du culte qui a un triple fondement textuel :

- l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ;

- l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion et sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » ;

- l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État selon lequel : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. »

De ces textes, le Conseil d'État déduit que la liberté du culte « ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public. Elle comporte également, parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement, sous la même réserve, à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte ».

► Les conditions d'une intervention du juge des référés ont été jugées remplies en l'espèce

En ce qui concerne l'urgence, eu égard à l'amélioration de la situation sanitaire ayant justifié le déconfinement,

la condition d'urgence caractérisée doit être regardée comme remplie, ce que ne contestait d'ailleurs pas le ministre de l'intérieur.

En ce qui concerne l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté du culte le Conseil d'État procède en deux temps :

- dans un premier temps, il relève les arguments qui s'opposent à la levée de l'interdiction des cérémonies de culte :

- ces cérémonies, qui constituent des rassemblements ou des réunions, exposent les participants à un risque de contamination d'autant plus élevé qu'elles ont lieu dans des lieux clos, de taille restreinte, pendant une durée importante, avec un grand nombre de personnes, et qu'elles s'accompagnent de prières récitées à haute voix ou de chants,

- un rassemblement religieux réunissant plus d'un millier de participants venus de toute la France entre le 17 et le 24 février 2020, a provoqué un nombre important de contaminations qui ont, elles-mêmes, contribué à la diffusion massive du virus dans la région Grand Est ;

- dans un second temps, le Conseil d'État relève les différents arguments qui plaident pour la levée de cette interdiction :

- le rassemblement entre le 17 et le 24 février 2020 n'est pas représentatif de l'ensemble des cérémonies du culte et il s'est tenu à une date à laquelle n'était appliquée aucune règle de sécurité particulière,

- le décret du 11 mai 2020 prévoit pour de nombreuses activités des régimes moins restrictifs pour l'accès du public, notamment en ce qui concerne les services de transport de voyageurs, les magasins de vente et les centres commerciaux, les établissements d'enseignement et les bibliothèques,

- enfin, les responsables établissements du culte sont en mesure d'élaborer des règles de sécurité adaptées aux activités en cause et d'en assurer le respect.

Dans ces conditions conclut le Conseil d'État « l'interdiction générale et absolue imposée par le III de l'article 10 du décret contesté, de tout rassemblement ou réunion dans les établissements du culte présente, en l'état de l'instruction, un caractère disproportionné au regard de l'objectif de préservation de la santé publique

et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté du culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière ».

Le dispositif de l'ordonnance est très caractéristique : le Conseil d'État n'a pas suspendu les dispositions du III de l'article 10 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 comme cela lui était demandé et comme il aurait pu le faire. Il a enjoint au Premier ministre de modifier dans un délai de huit jours à compter de l'ordonnance les dispositions de cet article « en prenant les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu applicables en ce début de "déconfinement", pour encadrer des rassemblements et réunions dans les établissements de culte ».

CONCLUSION

Au-delà des spécificités propres à chaque affaire, ces trois ordonnances présentent des traits communs :

- le premier est un réalisme très robuste : même si elles se situent à l'intérieur d'un cadre juridique solide, ces ordonnances sont, d'abord et avant tout frappées au coin du bon sens : l'administration n'est pas capable d'assurer le ravitaillement de l'ensemble de la population ; on ne sait pas distinguer les entreprises métallurgiques essentielles ; pourquoi ne pas faire bénéficier les cultes des mêmes assouplissements que les autres activités sociales ?

- le second est une très grande vigilance quant au respect des libertés : une vigilance qui, dans la première affaire, conduit à amender dans le détail un certain nombre de dispositions du décret du 16 mars 2020 ; une vigilance qui, dans la deuxième affaire, conduit à vérifier dans le détail l'ensemble des mesures de protection des salariés prises dans la métallurgie ; une vigilance qui conduit à censurer dans la dernière affaire l'interruption de toute manifestation du culte dans un contexte de déconfinement ; une vigilance qui explique également l'ordonnance du 7 mai relative à la distribution de masques dans les prisons et celle du 18 mai sur la surveillance par drones du respect des mesures de l'état d'urgence à Paris, non commentées ici ;

