

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

« Certains pensent que la réglementation des crises constitue un progrès, comme le droit de la guerre. C'est peut-être vrai dans le second cas, non dans le premier. En effet, les crises les plus graves sont généralement imprévisibles, de sorte que les règles destinées à les maîtriser se révèlent insuffisantes et qu'il faut en imaginer d'autres qui viennent renforcer le dispositif (...) [Or, l'accumulation de ces pouvoirs de crise présente] un double inconvénient : ils sont une tentation permanente pour ceux qui ont le droit de les utiliser ; et ils échappent, aussi bien dans leur déclenchement que dans leur exercice, à tout contrôle efficace »¹. Cette analyse de G. Braibant, portée en 1979, reste quarante ans plus tard d'une acuité saisissante. Elle met en lumière l'ambiguïté inhérente aux états d'urgence qui, en formalisant un régime dérogatoire pour répondre à une menace exceptionnelle, placent des bornes à d'éventuels abus en même temps qu'ils leur ouvrent la voie. **Par rapport à 1979 toutefois, le constat tenant à l'absence de contrôle efficace doit désormais être nuancé, au moins sur le plan juridictionnel**². En effet, les mesures prises dans le cadre des états d'urgence ont progressivement quitté le domaine de la « Haute police » pour faire l'objet d'un contrôle approfondi, l'essor des référés administratifs a permis que le juge intervienne en temps utile pour paralyser les actes à la légalité douteuse³ tandis que les exceptions d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité offrent aux justiciables la possibilité de confronter ces cadres législatifs d'exception aux normes supérieures. Dans le prolongement de ces évolutions, le requérant, dans l'affaire appelée, vous invite à aller plus loin en renforçant désormais le contrôle du juge sur le principe même de l'instauration de l'état d'urgence.

Vous le savez, la crise liée à la covid-19 a conduit à la création, pour l'heure temporaire⁴, de l'état d'urgence sanitaire après que l'exécutif eut estimé que le cadre existant, né du SRAS et couvrant les seules menaces sanitaires⁵, constituait un fondement trop fragile au regard de l'intensité des mesures à prendre⁶. Ce nouveau régime législatif d'exception offre ainsi un cadre⁷ permettant avant tout au Premier ministre, mais aussi à son ministre de la santé, de

¹ *L'Etat face aux crises*, G. Braibant, in Pouvoirs, n° 10, septembre 1979, pp. 5-9

² V. sur cette question : *Le rôle du juge administratif dans le contrôle de l'état d'urgence*, G. Odinet, Les cahiers de la justice, 2017/2 n° 2, pp. 275-280

³ Pour un premier bilan, v. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/covid-19-retour-en-chiffres-sur-un-an-de-recours-devant-le-conseil-d-etat-juge-de-l-urgence-et-des-libertes>

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 (art. 7) puis loi n° 2021-160 du 15 février 2021 (art. 1^{er})

⁵ Chapitre Ier du titre III du livre Ier de la troisième partie du CSP

⁶ V. *La Covid-19 : à nouveau danger, régimes exceptionnels*, D. Cristol, RDSS 2020.839

⁷ V. notamment art. L. 3131-15 du CSP

prendre des mesures générales ou individuelles pour restreindre les circulations et les rassemblements – à l’instar des confinements ou des mises en quarantaine – ainsi que pour prendre des mesures interventionnistes de nature à permettre l’éradication de la catastrophe sanitaire – via, par exemple, la réquisition ou le contrôle des prix. **La mécanique de ce nouveau régime a été calée⁸ sur celle de l’état d’urgence sécuritaire issu de la loi du 3 avril 1955⁹.** En particulier, « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* »¹⁰, le déclenchement de l’état d’urgence sanitaire relève également du décret en conseil des ministres, tandis que sa prolongation au-delà d’un mois suppose l’intervention du Parlement¹¹. C’est cette décision initiale du pouvoir exécutif que M. L... conteste en attaquant le décret du 14 octobre 2020 déclarant l’état d’urgence sanitaire à compter du 17 octobre, décret pris pour lutter contre ce qu’il est convenu d’appeler la « deuxième vague » de l’épidémie de coronavirus. Après des référés infructueux¹², vous avez désormais à connaître du recours au fond.

Sur ce sujet, **l’ombre portée de votre jurisprudence peut paraître écrasante.** C’est qu’en effet, par une décision d’assemblée *Rolin et Boisvert*¹³, vous avez jugé que, compte tenu des caractéristiques propres au régime défini par la loi du 3 avril 1955, la prorogation de l’état d’urgence par le législateur **ratifiait la décision de l’exécutif**, de sorte que le juge, saisi au fond d’un recours contre le décret, devait constater le non-lieu une fois cette loi entrée en vigueur. Or, ici, **l’état d’urgence instauré par le décret attaqué a depuis été prorogé à deux reprises**, par les lois du 14 novembre 2020¹⁴ et du 15 février 2021.

Cette solution de 2006, clairement assumée, est d’autant plus saillante qu’elle a été rendue aux conclusions contraires de la commissaire du gouvernement MH. Mitjavile. A lire les commentateurs autorisés de votre jurisprudence, cette solution de non-lieu repose sur **une lecture globale de ce régime**, l’Assemblée du contentieux « *estimant qu’en prolongeant l’état d’urgence, le législateur entendait nécessairement s’approprier les motifs qui avaient justifié le déclenchement de celui-ci, validant ainsi le décret du président de la République* »¹⁵.

Une telle analyse pouvait aussi se prévaloir de motifs d’opportunité puisqu’une éventuelle annulation de la déclaration d’état d’urgence aurait privé « *rétroactivement de base juridique l’intervention du législateur, toujours seconde par rapport à celle du pouvoir exécutif dans l’esprit de la loi de la loi du 3 avril 1955 (...) débouch[ant] concrètement sur un insoluble conflit avec le [Parlement]* »¹⁶. En somme, « *le non-lieu ainsi prononcé ne tient pas, comme dans les hypothèses classiques, à la survenance en cours de procès d’un évènement qui aurait fait perdre son objet ou son intérêt au litige ; il résulte de ce que cet évènement extérieur empêche le juge de se prononcer, alors même que la résolution du litige conserverait un objet ou un intérêt* »¹⁷.

⁸ V. pour un exposé plus exhaustif : *L’état d’urgence sanitaire (loi des 23 mars et 11 mai 2020)*, O. Gohin, RFDA 2020.604

⁹ Telle qu’amendée sur ce point par l’ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960

¹⁰ Art. L. 3131-12 du CSP

¹¹ Art. L. 3131-13 du CSP

¹² JRCE, 28-10-2020, *M. Azéma*, n° 445441 ; JRCE, 23-11-2020, *M. G...*, n° 446328 ; JRCE, 29-10-2020, *M. C... et autres*, n°s 445367 et a.

¹³ CE, Assemblée, 24-03-2006, n°s 286834 278218, A

¹⁴ Loi n° 2020-1379

¹⁵ *Contentieux de la légalité de l’état d’urgence*, C. Landais et F. Lenica, AJDA 2006.1033

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Les grands arrêts du contentieux administratif*, JC Bonichot et a., Dalloz, 7^e édition, p. 965

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

A l'évidence, dans cette formation de jugement, vous ne pourriez pas remettre en cause l'esprit de cette jurisprudence, ce d'autant plus qu'elle est somme toute récente et qu'elle a encore été réaffirmée par vos chambres réunies en 2016¹⁸. Par suite, il nous semble que la prémisse du raisonnement retenu en Assemblée – **à savoir le fait que la loi vaut approbation juridique du décret** – ne saurait ici être remise sur le métier, alors même qu'il faut admettre, avec une partie de la doctrine¹⁹, que l'économie générale des textes comme la pratique institutionnelle auraient pu justifier une solution différente, consistant à voir dans le décret et la loi deux textes indépendants, « *sans validation implicite de celui-ci par celle-là* »²⁰. La seule question qui se pose donc aujourd'hui est de savoir si les singularités de l'état d'urgence sanitaire justifient que vous vous éloigniez de la solution **retenue s'agissant de l'état d'urgence sécuritaire**.

A l'instar du jeu des 7 erreurs, **où une similarité de façade masque des dissonances de détail**, trancher cette interrogation suppose d'exposer plus finement les nuances existant entre ces deux régimes pour déterminer si elles justifient une solution différente. Dans cette optique, force est de constater que l'état d'urgence sanitaire n'est en réalité marqué que par une seule spécificité notable. Celle-ci tient **à la durée maximale de l'état d'urgence qui peut être déclaré par décret**. Là où le régime issu de la loi de 1955 prévoit un délai bref de douze jours, l'état d'urgence sanitaire fixe lui un délai d'un mois. Or il est vrai que ce rallongement, qui résulte d'une suggestion de vos formations consultatives « *eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire* »²¹, n'est pas neutre, ce à deux titres.

D'une part, **un tel rallongement accroît la probabilité que les circonstances évoluent entre l'édition du décret et l'intervention du Parlement**, et par suite la probabilité que le législateur décide de proroger l'état d'urgence à la lumière des données actualisées dont il dispose, alors même qu'il estimerait que son déclenchement un mois auparavant était prématuré. Autrement dit, ce rallongement atténue quelque peu l'idée selon laquelle la prorogation vaudrait nécessairement absolution de l'initiative initiale prise par l'exécutif. Cette lecture est renforcée par le constat empirique selon lequel les risques sanitaires, plus encore sûrement que les risques sécuritaires, sont marqués par une très forte volatilité, ce qui rend encore plus probable un changement significatif de circonstances en l'espace d'un mois. C'est d'ailleurs cette évolutivité qui explique que le comité scientifique ait à rendre un avis avant la prorogation législative²².

D'autre part, ce délai étend la portée du décret initial et donc ses effets propres, ce qui, par ricochet, est de nature à **accentuer la pertinence – à tout le moins la nécessité – d'un contrôle juridictionnel au fond sur sa légalité**.

Cette spécificité indéniable justifie-t-elle, à elle seule, de s'éloigner du précédent de 2006 ? Au regard des motifs sous-tendant votre décision d'Assemblée, **nous pensons que non**.

¹⁸ CE, 23-12-2016, LDH, n° 395091, C

¹⁹ *Quel « Etat de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence*, D. Baranger, RFDA 2016.355 et, du même auteur : *L'état d'urgence dans la durée*, RFDA 2016.447

²⁰ V. pour une critique : *L'état d'urgence, une étude constitutionnelle, historique et critique*, O. Beaud et C. Guérin-Bargues, 2^e édition, 2018, pp. 116-118

²¹ V. avis n° 399879 de la commission permanente du 18-03-2020

²² Art. L. 3131-13 CSP

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En effet, d'une part, la solution repose, nous l'avons dit, sur l'idée que **l'économie générale du régime** amène le législateur, lorsqu'il proroge, à se tourner vers l'avenir, certes, mais en validant le passé. Or, à nos yeux, il serait excessif de constater que cet équilibre global a été remis en cause par la seule circonstance que le décret peut trouver à s'appliquer jusqu'à trois semaines de plus, alors même que cette modification est contingente et qu'elle n'a aucunement été inspirée par le souci de préserver le recours par voie d'action contre cet acte.

D'autre part, la solution s'explique, nous l'évoquons par le souci de ne pas créer de conflits inextricables avec la représentation nationale. **Or, sous cet angle, la question du délai rallongé nous paraît sans aucune incidence.** A cet égard, il faut ici souligner que l'interprétation consistant à estimer que la prorogation législative vaut implicitement approbation du passé nous semble d'autant plus convaincante et respectueuse de la volonté du législateur que si d'aventure ce dernier devait vouloir s'éloigner de l'initiative prise par l'exécutif tout en maintenant, pour l'avenir, l'état d'urgence sanitaire, il lui serait loisible non pas d'autoriser la prorogation de l'état d'urgence mais de le déclarer lui-même, directement, par la loi – ainsi qu'il a pu le faire au printemps 2020²³ au moment de la première vague. Ce faisant, par cette inflexion sémantique, le Parlement marquerait son souci de ne pas valider la décision administrative antérieure et ouvrirait ainsi la porte à votre contrôle au fond.

Au surplus, nous sommes conforté dans cette conviction par le fait que l'application de cette solution ne fait pas naître un véritable angle mort contentieux. En effet, au-delà même du contrôle opéré sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le choix d'avoir recours à cet état d'exception peut déjà être largement contesté au contentieux – sous trois angles principaux.

Premièrement, malgré l'atténuation ici en cause, il n'en reste pas moins que **le décret déclarant l'état d'urgence peut être utilement critiqué.**

Par voie d'action d'une part. Il peut ainsi être ciblé en référé, suspension ou liberté ; dans ce cadre, le délai porté à un mois joue dans le sens d'un meilleur contrôle par le juge de l'urgence, qui sera le plus souvent en mesure de rendre son ordonnance avant l'intervention du législateur. Par ailleurs, si le Parlement ne proroge pas l'état d'urgence ou si, comme nous venons de l'évoquer, il choisit de le déclarer lui-même pour éviter d'endosser ce qui a été fait par l'exécutif, alors il est clair que vous retrouvez toutes vos marges de manœuvre pour statuer au fond sur la légalité de ce décret.

Par voie d'exception d'autre part. En effet, votre décision d'Assemblée ne conduit pas à donner un brevet de validité irréfragable au décret déclarant l'état d'urgence : elle implique seulement la fermeture du recours direct contre cet acte. A nos yeux, un tel raisonnement rapproche alors un tel décret du statut des ordonnances une fois celles-ci ratifiées puisque, comme elles, il se voit en quelque sorte conférer rétroactivement une valeur législative. Il s'en déduit qu'à l'occasion de recours contre les mesures prises dans le cadre du premier mois de l'état d'urgence sanitaire, les requérants pourront tout à fait exciper de l'inconventionnalité de

²³ art. 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020

ce décret – voire, même si cela paraît baroque en première approche, soulever une QPC à son encontre.

Deuxièmement, **lorsque le législateur décide de proroger l'état d'urgence, son choix peut aussi être contrôlé.** En particulier, le Conseil constitutionnel, le cas échéant via la QPC s'il n'a pas été saisi *a priori*, est amené à vérifier que l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente – c'est ce qu'il a fait à l'occasion de sa décision du 13 novembre 2020²⁴.

Troisièmement, l'état d'urgence sanitaire prévoit que l'exécutif peut mettre fin à l'état d'urgence « *avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant* » (art. L. 3131-14 du CSP). Or, vous vous étiez saisis d'une mention analogue figurant dans la loi du 18 novembre 2005 prorogeant l'état d'urgence sécuritaire pour estimer que vous pouviez contrôler le refus de l'exécutif d'utiliser cette faculté²⁵. Il s'en déduit à nos yeux que, dans ce nouvel état d'exception, vous pouvez aussi être amenés, le cas échéant en référé, à vérifier si les circonstances de fait à la date à laquelle vous statuez²⁶ justifient encore de ne pas mettre fin à l'état d'urgence. **Un tel contrôle, dynamique et actualisé, nous semble à dire vrai une garantie bien plus efficace que le recours au fond contre le décret inaugural**, dont l'intérêt est émoussé par le délai écoulé et par l'interposition législative qui – au moins en pratique sinon en droit – briderait vos marges de contrôle.

Au total, **nous n'identifions donc pas de raisons qui justifieraient de ne pas transposer votre précédent d'Assemblée**, ce d'autant plus que cette solution de non-lieu, qui a pour elle de solides arguments de droit comme d'opportunité, n'induit pas une mise à l'écart du juge compte tenu des autres voies de contestation ouvertes aux requérants.

Vous pourrez donc, ici, constater qu'il n'y pas lieu de statuer sur la requête.

Tel est le sens de nos conclusions.

²⁴ Décision n° 2020-808 DC

²⁵ JRCE, 09-12-2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, A

²⁶ Eu égard à la dynamique qui est désormais la vôtre depuis : CE, assemblée, 19-07-2017, *Association des Américains accidentels*, n°s 424216-217, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.