

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N^{os} 460801, 461012

Mme D... et autre

Ordonnance du 10 février 2022

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu les procédures suivantes :

I. Sous le n° 460801, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 25 janvier et 2 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme A... D... demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 dans sa version modifiée par le décret n° 2022-51 du 22 janvier 2022 et plus particulièrement en son article 47-1 ;

2°) d'enjoindre à l'Etat de prendre toutes mesures utiles afin de faire cesser toutes violations et notamment, modifier l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 dans sa version modifiée par le décret n° 2022-51 du 22 janvier 2022, afin d'inclure, parmi les dérogations à l'obligation de statut vaccinal, les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux pour un motif professionnel, pour se rendre chez un professionnel du droit et pour permettre aux justiciables, aux administrés ou aux professionnels du droit d'honorer une convocation des autorités administratives ou judiciaires, sous astreinte dès la notification de l'ordonnance à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que le décret contesté n'introduit pas de dérogation à l'obligation de présenter un statut vaccinal complet pour effectuer des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux pour les professionnels du droit, tels que les avocats, sans passe vaccinal, ce qui, par suite, désorganise le système judiciaire ;
- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales ;

- les dispositions contestées méconnaissent, d'une part, la liberté d'aller et de venir, protégée notamment par l'article 2 du Protocole n° 4 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, d'autre part, la loi du 31 décembre 1971 qui dispose que l'avocat peut librement se déplacer pour exercer ses fonctions, en ce qu'aucune dérogation à l'interdiction d'effectuer des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux sans statut vaccinal complet n'est accordée aux professionnels du droit dans le cadre de leur profession ;

- elles portent atteinte à la liberté professionnelle et au droit de travailler, garantis notamment par l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- elles méconnaissent la liberté individuelle et le droit à la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'elles ont pour objet de contraindre à la vaccination ce qui, d'une part, constitue une intervention médicale non volontaire et d'autre part, une ingérence dans l'exercice de ce droit ;

- elles portent atteinte au droit à un recours effectif et au droit à un procès équitable, garantis par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce que, en premier lieu, elles limitent le droit de se rendre sans restriction chez un professionnel du droit, en deuxième lieu, les professionnels du droit ne peuvent pas effectuer des déplacements de longue distance sans statut vaccinal complet, et, en dernier lieu, l'utilisation de la visio-conférence lors des audiences a été suspendue devant les cours d'assises et les cours criminelles et ne constitue qu'une possibilité devant les autres juridictions ;

- les mesures contestées ne sont ni nécessaires, ni proportionnées ni adaptées dès lors que, en premier lieu, la vaccination n'a pas permis une diminution de la propagation du virus, en deuxième lieu, le gouvernement poursuit un programme d'allègement des mesures et, en dernier lieu, seuls les transports interrégionaux, excluant de fait les réseaux RER ou RATP, sont soumis au passe vaccinal ;

- la condition d'urgence qui constitue une dérogation à l'obligation d'être titulaire d'un passe vaccinal sera vidée de substance à compter du 13 février 2022.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1^{er} février 2022, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que la condition d'urgence n'est pas satisfaite, et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

II. Sous le n° 461012, par une requête, enregistrée le 1^{er} février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. B... C... demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de transmettre au Conseil Constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité annexée à la présente requête ;

2°) de suspendre l'article 1^{er} du décret n° 2022-51 du 22 janvier 2022, qui modifie l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021, en tant que celui-ci impose la présentation d'un passe vaccinal pour les déplacements de longue distance aux auxiliaires de justice dans l'exercice de leurs fonctions et aux personnes qui se rendent à une convocation d'une autorité judiciaire ou administrative, ou à un rendez-vous chez un auxiliaire de justice ;

3°) d'enjoindre au Premier ministre et au gouvernement, dans un délai de 48 heures à compter de la décision à intervenir, de modifier l'article 47-1 du décret du 1^{er} juin 2021, pour permettre les déplacements de longue distance aux auxiliaires de justice dans l'exercice de leurs fonctions, et aux particuliers devant se rendre à une convocation d'une autorité judiciaire ou administrative, ou chez un auxiliaire de justice, sur présentation d'un test antigénique et d'un justificatif ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors qu'il doit pouvoir se rendre à ses audiences ou rendez-vous professionnels, notamment à une audience qui se tiendra à Marseille le 7 février 2022 et à un rendez-vous qui aura lieu à Nice au mois de février 2022 ;

- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dès lors que l'arrêté contesté méconnaît les droits de la défense et la garantie des droits en ce que, d'une part, il entrave les administrés ne présentant pas de schéma vaccinal complet d'accéder à un avocat dans des conditions conformes aux exigences du respect des droits de la défense et, d'autre part, il crée une impossibilité pour les avocats ne présentant pas de schéma vaccinal complet de se rendre aux audiences auxquelles ils sont convoqués.

Par un mémoire distinct, enregistré le 2 février 2022, M. C... demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article 1^{er} de la loi n° 2012-46 du 22 janvier 2022 modifiant la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire. Le requérant soutient que ces dispositions sont applicables au litige, qu'elles n'ont jamais été déclarées conformes à la Constitution et que la question de leur conformité à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen présente un caractère sérieux.

Par un mémoire en défense, enregistré le 2 février 2022, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés. Il fait en outre valoir qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, dès lors que la disposition en cause a déjà été jugée conforme à la Constitution et qu'en tout état de cause, la question posée n'est ni nouvelle, ni sérieuse.

Les requêtes ont été communiquées au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice, qui n'ont pas produit d'observations.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme D... et M. C... et, d'autre part, le Premier ministre, le garde des sceaux, ministre de la justice et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 3 février 2022, à 10 heures 30 :

- Me Gury, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mme D... et de M. C... ;

- la représentante de M. C... ;

- le représentant du ministre des solidarités et de la santé ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a reporté la clôture de l'instruction au lundi 7 février à 12h00 ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré sous les n^{os} 460801 et 461012 le 4 février 2022, présenté par le ministre des solidarités et de la santé, qui maintient ses conclusions et ses moyens.

Vu le nouveau mémoire, enregistré sous le n^o 461012 le 5 février 2022, présenté par M. C..., qui maintient ses conclusions et ses moyens.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, et notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la loi n^o 71-1130 du 31 décembre 1971 ;
- la loi n^o 2021-689 du 31 mai 2021, modifiée notamment par la loi n^o 2022-46 du 46 du 22 janvier 2022 ;

- le décret n^o 2021-699 du 1^{er} juin 2021, modifié notamment par le décret n^o 2022-51 du 22 janvier 2022 ;

- la décision du Conseil constitutionnel n^o 2022-835 DC du 21 janvier 2022 ;

- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *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. (...)* ».

2. Les requêtes visées ci-dessus, qui sont présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, tendent à la suspension de l'exécution des dispositions du même décret. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance.

3. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, dans sa rédaction applicable à la date de la présente ordonnance : « (...) / II.-A.-A compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 31 juillet 2022 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique, aux seules fins de lutter contre l'épidémie de covid-19 et 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 : / (...) 2° Subordonner à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 l'accès des personnes âgées d'au moins seize ans à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes : / (...) e) Les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux au sein de l'un des territoires mentionnés au 1° du présent A, sauf motif impérieux d'ordre familial ou de santé, sous réserve de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19. Le présent e n'est pas applicable en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis (...). »

4. Le 9° du II de l'article 47-1 du décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, dans sa rédaction applicable à la date de la présente ordonnance, subordonne à la détention du passe vaccinal l'accès aux « déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux (...) relevant des catégories suivantes : / a) Les services de transport public aérien ; / b) Les services nationaux de transport ferroviaire à réservation obligatoire ; / c) Les services collectifs réguliers non conventionnés de transport routier. / Par dérogation les personnes mentionnées au I justifiant d'un motif impérieux d'ordre familial ou de santé peuvent, pour accéder aux services mentionnés au présent 9°, présenter le résultat d'un test ou examen de dépistage mentionné au 1° de l'article 2-2 réalisé moins de 24 heures avant l'embarquement. Les seuls tests antigéniques pouvant être valablement présentés pour l'application du présent alinéa sont ceux permettant la détection de la protéine N du SARS-CoV-2. Le présent 9° n'est pas applicable aux personnes mentionnées au I en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention d'un justificatif de statut vaccinal. » Les « personnes mentionnées au I » s'entendent de celles âgées d'au moins 16 ans. Il résulte enfin du même I du même article qu'est en outre ouverte la possibilité de présenter, en lieu et place du justificatif de statut vaccinal, un certificat de rétablissement ou un certificat de contre-indication. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions qu'une personne âgée de plus de seize ans qui ne dispose ni d'un justificatif de statut vaccinal, ni d'un certificat de rétablissement, ni d'un certificat de contre-indication n'aura accès aux transports publics interrégionaux que si elle justifie d'un motif impérieux d'ordre familial ou de santé et sous réserve de présenter le résultat d'un test négatif, ou en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention d'un justificatif de statut vaccinal.

Sur la question prioritaire de constitutionnalité présentée sous le n° 461012 :

5. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)* ». Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la

procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

6. Si M. C... conteste la conformité à la Constitution des dispositions, citées au point 3, de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, le Conseil constitutionnel, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022, a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution. Aucun changement de circonstances survenu depuis cette décision n'est de nature à justifier que la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel.

7. Par suite, et alors même que le Conseil constitutionnel ne s'est pas expressément prononcé sur le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense et du droit à un procès équitable, dont il n'était pas saisi, le moyen tiré de ce que les dispositions précitées de la loi du 22 janvier 2022 porteraient atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit doit être écarté, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée.

Sur le litige en référé :

8. Les requérants demandent la suspension de l'exécution de ces dispositions en tant qu'elles font obstacle à l'exercice de leurs fonctions par les auxiliaires de justice non vaccinés et qu'elles empêchent tout citoyen non vacciné de se rendre à une convocation d'une autorité judiciaire ou administrative, ou à un rendez-vous chez un auxiliaire de justice.

9. S'il est constant que les motifs invoqués par les requérants ne sont pas au nombre des motifs impérieux d'ordre familial ou de santé, l'exception d'urgence est invocable par le citoyen comme par son avocat pour les convocations administratives et judiciaires ainsi que pour les déplacements pour se rendre chez un professionnel du droit pour un acte ou une démarche qui ne peuvent être réalisés à distance ou différés. Toutefois, il résulte des dispositions citées aux points 3 et 4 que l'urgence ne peut être reconnue comme « faisant obstacle à l'obtention d'un justificatif de statut vaccinal » que lorsque la convocation ou le rendez-vous en cause a été fixé à un délai inférieur à celui nécessaire pour l'obtention d'un schéma vaccinal complet. Il résulte des éléments produits postérieurement à l'audience que la Haute autorité de santé estime ce délai à 3 ou 4 semaines pour les vaccins à ARN messenger. La personne qui dispose d'un délai supérieur pour se rendre à la convocation ou au rendez-vous en cause ne peut ainsi se prévaloir de cette exception d'urgence, dès lors qu'elle dispose du temps nécessaire, soit pour réaliser un schéma vaccinal complet, soit pour organiser son déplacement selon d'autres modalités. Il résulte en outre de l'instruction que l'épidémie reste à un niveau particulièrement actif et que le passe vaccinal est de nature à assurer la protection des individus dans les transports interrégionaux, qui favorisent les brassages sur l'ensemble du territoire national et où les personnes restent à proximité les unes des autres pendant de longues durées en milieux clos.

10. Il résulte de l'ensemble de ce qui vient d'être dit que le choix du Premier ministre de subordonner à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal l'accès des personnes âgées d'au moins seize ans aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ne porte pas, en l'état de l'instruction et à la date de la présente ordonnance, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés en cause, et notamment pas au droit au recours ou au droit à un procès équitable. Il s'en suit que les demandes des requérants ne peuvent qu'être

rejetées, y compris leurs conclusions à fin d'injonction et celles présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. C....

Article 2 : Au vu de ce qui a été dit au point 9, les requêtes de Mme D... et de M. C... sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme A... D..., à M. B... C... et au ministre des solidarités et de la santé

Copie en sera adressée au Premier ministre, au Conseil constitutionnel, au garde des sceaux, ministre de la justice et au ministre délégué chargé des transports.

Fait à Paris, le 10 février 2022

Signé : Thomas Andrieu

La République mande et ordonne au ministre des solidarités et de la santé en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

La secrétaire,

Sylvie Rahier