

# « L'ETAT DE DROIT ET LA CRISE SANITAIRE »

## QUESTIONNAIRE

### FRANCE

#### REPONSES DE PIERRE BOURDON AU 4 JANVIER 2021

**MISES A JOUR LE 7 JUIN 2021**

#### I - La confection de la norme de crise sanitaire

1°) **Votre droit comporte-t-il des dispositions préparées à l'avance pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? A défaut, l'Etat a-t-il créé, en urgence, un régime juridique spécifique pour répondre à la crise du Covid-19 ? Ou bien a-t-il mis en œuvre un principe général, éventuellement jurisprudentiel, d'« état de nécessité » ou de « circonstances exceptionnelles » ?**

- ⇒ Le droit français ne comportait aucune disposition préparée à l'avance pour répondre complètement à une situation de crise telle que celle du Covid-19.
- ⇒ Le Gouvernement et le Parlement ont créé en urgence un régime juridique spécifique pour répondre à la crise du Covid-19, soit un total de cinq lois ordinaires et une loi organique entre le début de la crise et le 1<sup>er</sup> décembre 2020 :
  - loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ;
  - loi **organique** n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ;
  - loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ;
  - loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ;
  - loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire ;
  - loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.
- ⇒ Afin de couvrir certaines irrégularités, la théorie des circonstances exceptionnelles (y compris la théorie de l'urgence) a été mobilisée, et par le Gouvernement jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020, et par les autorités préfectorales, et par les juridictions administratives et constitutionnelles (*cf. infra* à propos des juridictions). Voir par exemple :
  - décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 ;

« Le Premier ministre,  
Sur le rapport du ministre des solidarités et de la santé et du ministre de l'intérieur,  
Vu le code civil, notamment son article 1er ;  
Vu le code de la santé publique, notamment son article L. 3131-1 ;  
Vu les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19 ;  
Vu l'urgence,  
Décrète : »

- décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population ;

« Le Premier ministre,  
Sur le rapport de la garde des sceaux, ministre de la justice,  
Vu le code civil, notamment son article 1er ;  
Vu le code pénal, notamment son article R. 610-1 ;  
Vu le code de procédure pénale, notamment son article 529 ;  
Vu le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 et des mesures prises sur son fondement ;  
Vu l'urgence ;  
Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,  
Décrète : »

- arrêté du ministre de l'Intérieur et du secrétaire d'Etat chargé des Transports du 19 mars 2020 portant levée de l'interdiction de circuler des véhicules de transport de marchandises à certaines périodes, dans le cadre de la crise épidémique du coronavirus « covid-19 » ;

« Le ministre de l'intérieur et le secrétaire d'Etat auprès de la ministre de la transition écologique et solidaire, chargé des transports,  
Vu le code de la route, notamment son article R. 411-18 ;  
Vu l'arrêté du 2 mars 2015 relatif à l'interdiction de circulation des véhicules de transport de marchandises à certaines périodes, notamment ses articles 1er, 2 et 3 ;  
Considérant la portée nationale de l'épidémie du Coronavirus dit « covid-19 » ;  
Considérant la nécessité impérieuse de maintenir la chaîne d'approvisionnement et la circulation des véhicules de transport de marchandises afin de faire face aux conséquences de cette crise épidémique ;  
Arrêtent : »

## 2°) L'Etat, dans l'édition des normes liées à la crise sanitaire, s'est-il inspiré de normes mises en œuvre dans d'autres pays ? le cas échéant, lesquels ?

- ⇒ D'un point de vue formel (instrument), dans l'édition des normes liées à la crise sanitaire, il ne me semble pas que l'Etat se soit inspiré de normes mises en œuvre dans d'autres pays.
- ⇒ D'un point de vue matériel (contenu), certaines normes ont été inspirées de normes mises en œuvre dans d'autres pays. Deux Etats semblent avoir particulièrement influencé le droit français.

D'une part, à compter du 22 janvier 2020, la Chine confine les habitants de trois villes de la province de Hubei afin de contenir les risques de pandémie : la capitale de la province, Wuhan (8,9 millions d'hab.), Huanggang (6,1 millions) et Ezhou (1,5 million).

D'autre part, l'Italie a d'abord décidé de fermer ses établissements scolaires et d'enseignement supérieur le 4 mars 2020. La population de tout le pays est confinée le 10 mars. La même chronologie est reprise en France (fermeture des écoles/collèges/lycées/Universités décidée le 12 mars ; pays confiné à compter du 17 mars). Parmi les mesures d'organisation, la technique de l'attestation de déplacement (l'*autodichiarazione*) a été reprise en France.

⇒ Enfin, certaines normes sanitaires ont été influencées par l'Union européenne.

A titre d'illustration :

- le vaccin Comirnaty (Pfizer/Biontech) a reçu une autorisation de mise sur le marché (AMM) de la Commission européenne le 21 décembre 2020 ;

- la Commission européenne a proposé la création d'un pass sanitaire européen ; fin mai 2021, le Parlement européen et le Conseil européen sont parvenus à un accord sur le pass sanitaire européen qui devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021 ; malgré des réticences (vote défavorable le 11 mai 2021 de 103 voix « pour » et 108 « contre »), le Parlement français a adopté des dispositions en ce sens (article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire).

3°) Le droit de la crise a-t-il engendré peu ou beaucoup de textes ? Dans quelle proportion le droit de la crise sanitaire est-il législatif ou réglementaire ? Quelle est la part de la « législation déléguée » (du type des ordonnances de l'article 38 de la Constitution en France) ? Le Parlement a-t-il occupé un rôle prépondérant dans l'écriture du droit de la crise ou est-ce que l'essentiel des textes a été rédigé par le Gouvernement ?

⇒ Au 1<sup>er</sup> décembre 2020, une recherche sur le site Internet Légifrance fait état de 464 textes consolidés<sup>1</sup> contenant dans leur titre le terme « covid-19 » (environ 51 à 52 textes par mois en moyenne<sup>2</sup>).

⇒ Au 7 juin 2021, une recherche sur le site Internet Légifrance fait état de 757 textes consolidés<sup>3</sup> contenant dans leur titre le terme « covid-19 » (environ 50 à 51 textes par mois en moyenne<sup>4</sup> ; +63% par rapport au 1<sup>er</sup> décembre 2020).

⇒ Le droit de la crise a engendré relativement peu de lois de la part du Parlement (8 lois sur la période du 16 mars au 28 novembre 2020 inclus : 2 lois de finances rectificatives, 1 loi ordinaire d'urgence et 1 loi organique d'urgence, 3 lois prorogeant ou organisant la sortie de l'état d'urgence et 1 autre loi ordinaire). En revanche, il a engendré beaucoup de textes réglementaires (108 décrets sur la période, outre les très nombreux arrêtés ministériels, préfectoraux ou municipaux). La législation déléguée a occupé une part importante (58 ordonnances sur la période), surtout au début de la crise pour établir les bases du droit de la crise (38 ordonnances entre le 25

<sup>1</sup> Des lois, des décrets et des arrêtés ministériels.

<sup>2</sup> Du 4 mars au 1<sup>er</sup> décembre 2020.

<sup>3</sup> Idem : des lois, des décrets et des arrêtés ministériels.

<sup>4</sup> Du 4 mars 2020 au 7 juin 2021.

mars et le 22 avril, dont 17 prises à l'occasion du seul conseil des ministres du 25 mars). Finalement, le Gouvernement a occupé un rôle prépondérant dans l'écriture du droit de la crise, y compris l'écriture des 8 lois. Les débats législatifs les plus médiatiques ont concerné des dates : par exemple, date de dépôt des listes pour le second tour des élections municipales ; date de ce second tour ; date de fin de l'état d'urgence sanitaire lors du second confinement).

4°) Le droit de la crise sanitaire a-t-il porté sur des domaines circonscrits ou a-t-il concerné tous les domaines du droit ?

⇒ Tous les domaines ont été concernés par le droit de la crise. Les 58 ordonnances prises entre mars et novembre 2020 fournissent un bon panorama des domaines couverts :

- **droit sanitaire et social** (instances représentatives du personnel ; activité partielle ; revenus de remplacement ; délais applicables à diverses procédures en matière sociale et sanitaire ; délais applicables pour la consultation et l'information du comité social et économique ; formation professionnelle ; services de santé au travail ; prime exceptionnelle de pouvoir d'achat ; report du scrutin de mesure de l'audience syndicale auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés ; prorogation des mandats des conseillers prud'hommes et membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles ; congés payés ; durée du travail ; jours de repos ; intéressement et participation ; indemnité complémentaire ; garantie de financement des établissements de santé ; régimes complémentaires obligatoires de sécurité sociale ; prolongation de droits sociaux ; règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux) ;
- **droit des sociétés** (difficultés des entreprises ; fonds de solidarité) ;
- **droit de la fonction publique** (organisation des examens et concours ; prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'État et la fonction publique territoriale) ;
- **droit de la propriété intellectuelle** (aides à destination de titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins) ;
- **droit de la commande publique** ;
- **droit bancaire et financier** (Banque publique d'investissement ; délais applicables ; responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics) ;
- **droit rural** (difficultés des exploitations agricoles ; délais applicables) ;
- **droit processuel** (règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale ; règles de procédure pénale ; règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif) ;
- **droit immobilier** (contrats de syndic de copropriété ; prolongement de la trêve hivernale) ;
- **droit des collectivités territoriales** (fonctionnement des institutions locales ; exercice des compétences des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ; adaptation de l'état d'urgence sanitaire à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis-et-Futuna ; continuité de l'exercice des fonctions exécutives locales) ;

- **droit électoral** (report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie ; report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers de la métropole de Lyon de 2020) ;
- **droit administratif général** (prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ; fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives) ;
- **droit des étrangers** (prolongation de la durée de validité des documents de séjour).

5°) Les procédures de production des textes ont-elles été respectées comme en temps ordinaire (par ex., pour les textes du gouvernement en France : consultations préalables, avis du Conseil d'Etat, examen en conseil des ministres) ? Ou bien ces procédures ont-elles été adaptées pour les besoins de la crise ? Quelle a été la place accordée aux experts scientifiques dans la préparation des textes ?

- ⇒ Les procédures de production des textes n'ont pas toujours été respectées comme en temps ordinaire, y compris du point de vue de la Constitution (à propos du respect de la procédure législative organique, *cf.* CC, 26 mars 2020, déc. n° 2020-799 DC ; à propos du respect de la procédure législative ordinaire, *cf.* CC, 11 mai 2020, déc. n° 2020-800 DC).
- ⇒ Les procédures de production des textes ont été adaptées aux nécessités résultant de la crise :
  - ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ;
  - circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions du titre I de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ;
  - ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire.
- ⇒ La place accordée aux experts scientifiques dans la préparation des textes a été relative et ponctuelle. Un organe de 12 experts, dénommé « Conseil scientifique COVID-19 » par son règlement intérieur du 15 avril 2020, a été mis en place le 10 mars 2020 (créé officiellement par le décret du 3 avril 2020 portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19). D'après les textes, le CS COVID-19 est à la disposition du Gouvernement. Moins visible dans les médias, un Comité analyse, recherche et expertise (CARE) de 12 médecins et chercheurs (dont deux membres du CS COVID-19) a été « installé » le 24 mars 2020 d'après un communiqué de presse publié le même jour. Par ailleurs, des institutions préexistantes au sein desquelles siègent des experts scientifiques, telles que la Haute autorité de santé (HAS) et le Haut Conseil de la santé publique (HCSP), ont été particulièrement mobilisées. Pour traiter des questions spécifiques à la vaccination :

- un comité scientifique sur les vaccins COVID-19 a été créé pour éclairer le Gouvernement sur les vaccins candidats ;

- un conseil d'orientation de la stratégie vaccinale (COSV) a été créé auprès du ministre des Solidarités et de la santé. Ses missions sont de trois ordres :

i) conseiller le Gouvernement sur les aspects scientifiques, médicaux et sociétaux de la conception et de la mise en œuvre stratégique de la politique vaccinale, en lien avec les autorités sanitaires compétentes ;

ii) contribuer à la préparation de la communication de la campagne de vaccination ;

iii) s'appuyer sur les quatre comités mis en place par le Gouvernement (Comité scientifique vaccins, Comité des parties prenantes, Comité des élus locaux, Comité citoyen) « pour s'assurer que l'ensemble des acteurs soient associés à la conduite de la stratégie vaccinale et que toutes les voix soient entendues ».

6°) Les délais de préparation des textes ont-ils été raccourcis, et si oui dans quelle mesure ?

⇒ Les délais de préparation des textes ont été raccourcis. A titre d'illustration, le projet de ce qui deviendra la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 a été présenté le 17 mars au Conseil d'Etat. La Commission permanente du Conseil d'Etat adopte son avis le 18 mars en fin de journée. Le projet a été déposé au Sénat le même jour et adopté en première lecture le 19, déposé à l'Assemblée nationale le 20 et adopté le 21. Une commission mixte paritaire a été réunie et a élaboré un texte le 22. Le même jour, l'Assemblée nationale a adopté définitivement la loi. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi. La loi a été promulguée le 23 mars et publiée le 24 mars au *Journal officiel*. Un « *rectificatif* » a été publié le lendemain pour corriger la numérotation d'un article du Code général des collectivités territoriales.

⇒ Plusieurs décrets et ordonnances ont été pris pour modifier des textes adoptés dans des délais très courts, ce qui était parfois nécessaire. A titre d'illustration, le premier décret n° 2020-260 relatif au confinement, pris le 16 mars 2020, a été remplacé par un décret n° 2020-293 du 23 mars 2020. Par la suite le décret du 23 mars a été modifié à 19 reprises par autant de décrets jusqu'à son abrogation le 22 mai 2020.

7°) Au-delà des mesures prises pour lutter directement contre la propagation du Covid-19 et celles adoptées pour répondre aux conséquences économiques et sociales de la crise sanitaire, les textes adoptés pendant cette période ont-ils également conduit :

⇒ à reporter des réformes qui étaient prêtes et devaient normalement entrer en vigueur pendant la crise ?

- les deux projets de loi (PL ordinaire et PL organique) instituant un système universel de retraite ont été adoptés par l'Assemblée nationale en première lecture les 3 mars (PL ordinaire) et 5 mars 2020 (PL organique) ; le 17 juillet 2020, le Premier ministre, Jean Castex, a déclaré que « la priorité n'est pas celle-ci [cette réforme] ». En juin 2021, le ministre de l'Economie, des finances et de la relance, Bruno Le Maire, a déclaré au Journal du

dimanche : « Il faudra (...) poursuivre les réformes structurelles : la priorité, ce sont les retraites » :

- le deuxième volet de la réforme de l'Assurance chômage qui devait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020 a été successivement reporté au 1<sup>er</sup> septembre 2020, au 1<sup>er</sup> janvier 2021, au 1<sup>er</sup> avril 2021, et désormais au 1<sup>er</sup> juillet 2021 ;
- la mise en œuvre de la réforme des APL prévue le 1<sup>er</sup> avril 2020 a été reportée (pour la troisième fois) par un communiqué du ministère du Logement publié le 17 mars et confirmé par un décret n° 2020-451 du 20 avril ; au cours de l'été, la date de report a été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2021 ; elle a bien été mise en œuvre à cette date ;
- la réforme du deuxième cycle des études de médecine dite « R2C » (report à l'année universitaire 2021-2022 au lieu de l'année universitaire 2020-2021 ; article 24, I, 1<sup>o</sup>, de la loi n° 2020-734 : malgré les demandes d'organisations syndicales en ce sens, un nouveau report n'est pas envisagé à ce jour, 7 juin 2021) ;
- la réforme de la gouvernance des groupements hospitaliers de territoire (GHT) (report au 1<sup>er</sup> janvier 2022 au lieu du 1<sup>er</sup> janvier 2021 ; article 24, I, 4<sup>o</sup>, de la loi n° 2020-734, un nouveau report n'est pas envisagé à ce jour, 7 juin 2021) ;
- par ailleurs, plusieurs réformes concernant le contentieux ont été reportées :
  - l'obligation de transmettre par voie électronique les actes de saisie conservatoire des comptes bancaires délivrés aux établissements habilités à tenir des comptes en dépôt (report au 1<sup>er</sup> avril 2021 au lieu du 1<sup>er</sup> janvier 2021 ; décret n° 2020-950 : elle est bien entrée en vigueur à cette date) ;
  - la nouvelle procédure d'expulsion locative (report au 1<sup>er</sup> avril 2021 ; décret n° 2020-950 : la fin de la trêve hivernale a été prolongée jusqu'au 31 mai 2021 au lieu du 31 mars 2021 d'après un communiqué de presse du ministère de la Transition écologique du 2 février 2021) ;
  - la réforme du traitement des situations de surendettement (report au 1<sup>er</sup> avril 2021 ; décret n° 2020-950) ;
  - la nouvelle procédure d'assignation en Outre-Mer (report au 1<sup>er</sup> janvier 2021 au lieu du 1<sup>er</sup> septembre 2020 ; décret n° 2020-950) ;
  - la réforme de l'assignation à date (report au 1<sup>er</sup> janvier 2021 au lieu du 1<sup>er</sup> septembre 2020 par le décret n° 2020-950 ; report au 1<sup>er</sup> juillet 2021 par le décret n° 2020-1641<sup>5</sup>)
  - l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure de divorce contentieux (report au 1<sup>er</sup> janvier 2021 au lieu du 1<sup>er</sup> septembre 2020 ; décret n° 2020-950 : elle est bien entrée en vigueur à cette date).

<sup>5</sup> Le décret n° 2020-1641 exclut toutefois du champ d'application de ce report les procédures de divorce contentieux et de séparation de corps pour lesquelles l'entrée en vigueur de l'assignation à date reste maintenue au 1<sup>er</sup> janvier 2021, date d'entrée en vigueur en ces matières de la réforme de la procédure applicable issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et son décret d'application n° 2019-1380 du 17 décembre 2019 relatif à la procédure applicable aux divorces contentieux et à la séparation de corps ou au divorce sans intervention judiciaire.

⇒ à reporter à une date ultérieure le terme préalablement fixé de certaines dispositions, notamment des dispositions expérimentales, faute que le Gouvernement et le cas échéant le Parlement puissent se prononcer en temps utile sur leur maintien ou leur abandon ?

- Plusieurs articles de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 ont eu pour objet de reporter, au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2022, le terme d'expérimentations en vue de faciliter leur évaluation, telles que :

- l'expérimentation de l'accompagnement des transitions professionnelles afin de favoriser la mobilité professionnelle des travailleurs handicapés vers les autres entreprises (article 5) ;
- l'expérimentation des maisons de naissance où des sages-femmes réalisent l'accouchement des femmes enceintes dont elles ont assuré le suivi de grossesse (article 22) ;
- l'expérimentation de l'établissement public d'Etat dénommé « Agence pour la mise en valeur des espaces urbains de la zone dite des cinquante pas géométriques » (article 27).

- L'expérimentation de la médiation préalable à la saisine du juge administratif en matière de litige de la fonction publique est repoussée au 31 décembre 2021 (décret n° 2020-1303 du 27 octobre 2020 modifiant le décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux).

- l'article 137 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021 reporte aux comptes de l'exercice 2021 l'expérimentation (initialement prévue pour les comptes de l'exercice 2020 par l'article 242 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019) permettant à des collectivités d'adopter un compte financier unique (CFU) pour une durée maximale de trois exercices budgétaires (donc désormais pour les exercices 2021, 2022, 2023).

8°) Des dispositions adoptées en raison de la crise sanitaire ont-elles désormais un caractère pérenne ? Si oui, dans quel domaine : restriction des libertés, simplification du droit, dématérialisation des procédures, etc. ?

⇒ Il n'est pas possible de répondre à ce jour, la crise sanitaire n'étant pas terminée et des évaluations ultérieures étant nécessaires.

⇒ Il apparaît toutefois que des domaines vont connaître une pérennisation de certains dispositifs : le travail à distance, les pistes cyclables, le recours aux procurations (deux par électeur), par exemple. Mais il n'est pas possible de connaître l'ampleur de la pérennisation.

⇒ La pérennisation de certaines mesures a d'ores et déjà été prévue, tels que :

- la publicité des décisions par mise à disposition au greffe et non par lecture en séance publique (article R. 741-1 du code de justice administrative modifié par l'article 9 du décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020) ;

- le régime adapté de passation des contrats de la commande publique en cas de circonstances exceptionnelles (cf. notamment article L. 2711-1 et s. et L. 3411-1 et s. du code de la commande publique issus de l'article 132 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et simplification de l'Action Publique dite « ASAP ») ;

- un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires a été présenté en Conseil des ministres le 21 décembre 2020 par le Premier ministre, enregistré sous le n° 3714 le jour même par le bureau de l'Assemblée nationale et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. A la suite de critiques adressées par des sénateurs, le ministre des Solidarités et de la santé a annoncé dès le 22 décembre 2020 le retrait du projet de loi.

9°) Pensez-vous que le droit national, tel qu'il existait avant la crise et tel qu'il a pu être amendé au cours de la crise, a permis de répondre de manière satisfaisante aux difficultés qu'elle posait ? Dans la négative, quelles sont les normes ou organisations qui vous semblent manquer ou avoir montré leurs limites ?

- ⇒ Bien que la crise ne soit pas réellement terminée et que des évaluations ultérieures soient nécessaires, il est possible de répondre à cette question. Il faut signaler que la réponse à une telle question contient éventuellement une part de subjectivité liée aux préjugés du répondant en ce qui concerne la notion complexe de « réponse satisfaisante aux difficultés ».
- ⇒ Certaines normes me semblent avoir manqué ou montré leurs limites :
  - en droit électoral, il a manqué une règle relative au report du second tour des élections municipales, voire des premier et second tours ; il a également manqué (et il manque toujours) des règles relatives au vote par correspondance ;
  - en droit du travail, les règles relatives au cumul de congés payés en cas de chômage partiel ont montré leurs limites.
- ⇒ Certaines organisations me semblent avoir manqué ou montré leurs limites :
  - l'utilisation du conseil de défense et de sécurité nationale issu du décret n° 2009-1657 en matière de prise de décision ;
  - l'existence d'un ministère chargé de la gestion des crises et des catastrophes, aucun ministère, ni même le Premier ministre ou le Président de la République n'étant parvenu à gérer la crise de manière suffisamment autonome et efficace ; l'existence d'un tel ministère aurait peut-être permis de mieux tenir compte du risque pandémique au moment du renouvellement du stock de masques de l'Etat.

## **II - Le contrôle du juge durant la crise sanitaire**

1°) Les recours

1. La crise sanitaire a-t-elle suscité une augmentation du nombre des recours ? Dans quelle proportion ? Quels ont été les contentieux concernés ? En cas de dualité juridictionnelle, l'un des ordres de juridictions a-t-il été davantage sollicité ?
- ⇒ La crise sanitaire a suscité une augmentation du nombre des recours. L'ordre de juridiction administrative a été davantage sollicité.
- D'après les chiffres communiqués par le vice-président du Conseil d'Etat en septembre et octobre 2020<sup>6</sup>, entre le 10 mars et le 30 juin 2020, 382 requêtes

<sup>6</sup> « Le Conseil d'Etat face à la crise sanitaire du Covid-19 », Journées juridiques et administratives franco-croates, Split (Croatie), chiffres communiqués le 17 septembre 2020 et mis à jour en octobre.

en lien avec la crise sanitaire ont été enregistrées auprès de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, dont 230 en référé, soit déjà une augmentation de 60%. Entre le 10 mars et le 13 octobre, 552 requêtes, dont 320 en référé. D'après les chiffres communiqués par le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat au début du mois de décembre 2020, « 1 000 référés » ont été enregistrés depuis le début de la crise sanitaire, soit une augmentation de « 583% ».

D'un point de vue matériel et en dehors des référés, le contentieux des élections municipales, qui ressort des tribunaux administratifs en premier ressort, semble avoir été plus abondant que d'ordinaire.

L'on ne retrouve apparemment pas de tels niveaux de sollicitation devant l'ordre judiciaire ou le Conseil constitutionnel. De même qu'au sein de l'ordre de juridiction administrative, du fait de la matière des contentieux ou de la nature des recours, les juridictions spécialisées et les cours administratives d'appel n'ont semble-t-il pas été sur-sollicitées.

Des données plus précises ont été publiées au cours du premier semestre de l'année 2021.

Le 4 février 2021, le Conseil d'Etat a publié une série de données chiffrées de l'année 2020 sur son site Internet (<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/retour-sur-l-annee-2020-en-quelques-chiffres-cles>) : 840 ordonnances ont été rendues par le juge des référés du Conseil d'Etat sur des mesures relatives au Covid-19 sur un total de 1 208 ordonnances, soit « 6 fois plus de référés jugés en premier ressort qu'en 2019 ».

Supprimé: seront

Supprimé: disponibles

2. Quelles procédures, y compris d'urgence, ont été utilisées ?

⇒ Les procédures les plus utilisées sont le référé-suspension (article L. 521-1 du code de justice administrative) et, surtout<sup>7</sup>, le référé-liberté (article L. 521-2). C'est d'ailleurs la seule procédure du référé-liberté qui fait l'objet d'une présentation spécifique sur la page du site Internet du Conseil d'Etat intitulée « Dernières décisions (référés) en lien avec l'épidémie de Covid-19 » (rubrique toujours présente en juin 2021).

2°) L'organisation des juridictions

1. Comment la juridiction s'est-elle organisée ? Des mesures destinées à prévenir ou remédier à la vacance ou à l'empêchement des magistrats ont-elles été mises en place ? Des formations spéciales ont-elles été créées ?

⇒ Dans les juridictions administratives, des plans de continuité d'activité (PCA) ont été mis en œuvre.

Au Conseil d'Etat, les mesures suivantes ont été appliquées :

- formation d'une équipe de 15 juges expérimentés autour du président et des 3 présidents adjoints de la Section du contentieux ;
- coordination informelle du travail des 19 juges ;
- suspension du calendrier normal des séances publiques ;

<sup>7</sup> LASSERRE Bruno, « Le Conseil d'Etat face à la crise sanitaire du Covid-19 », Journées juridiques et administratives franco-croates, Split (Croatie), 17 septembre 2020.

- audience et délibéré des seules affaires urgentes, avec priorité pour les référés, et même super-priorité aux référés-covid ;
  - audiences tenues en salle du contentieux ;
  - possibilité pour les parties ou leurs conseils de s'exprimer par le biais de dispositifs de visio-conférence ;
  - décisions rendues publiques par mise à disposition au greffe et non par lecture en séance publique.
- ⇒ Pour les juridictions judiciaires, une circulaire du ministère de la Justice n° CRIM-2020-10/E1-13.03.2020 « relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19 » du 14 mars 2020 a incité chaque juridiction « à mettre [en] œuvre les plans de continuation d'activité (PCA) qui ont été préparés, si le taux d'absentéisme ou la situation locale le justifie » (consultable sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=44946>).
- ⇒ Au Conseil constitutionnel, le site Internet de l'institution indique :  
*« Afin de permettre le respect des consignes de distance physique, les audiences publiques QPC et les séances de délibéré du Conseil durant la période se sont tenues dans le grand salon de l'aile Montpensier. Il a été fait usage des dispositions du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel permettant la limitation des personnes présentes dans le public, la retransmission audiovisuelle des audiences ayant été continuellement assurée tout au long de la période. La possibilité a été laissée aux avocats de s'exprimer en visio-conférence. Des précautions particulières ont été prises pour l'accueil des participants par la fourniture de gel hydro-alcoolique et de masques ».*
2. Des procédures de tri des requêtes ou de traitement des affaires accélérées ont-elles été mises en place ? Des mesures d'aménagement du contradictoire (communication des conclusions et des pièces) ont-elles été prévues ? D'autres mécanismes spécifiques ont-ils été instaurés ?
- ⇒ L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 concerne la procédure pénale. Elle contient des dispositions concernant :
- la compétence des juridictions et la publicité des audiences (articles 6 à 7) ;
  - la composition des juridictions (articles 8 à 12) ;
  - la garde à vue (articles 13 à 14) ;
  - la détention provisoire (articles 15 à 20) ;
  - l'affectation des détenus et l'exécution des peines privatives de liberté (articles 21 à 29) ;
  - les mineurs poursuivis ou condamnés (articles 30 à 31).
- Dans le cadre du confinement de novembre 2020, une nouvelle ordonnance n° 2020-1401 a été prise le 18 novembre 2020<sup>8</sup>, notamment pour rendre de nouveau applicable l'ordonnance n° 2020-303.
- ⇒ L'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 concerne la procédure civile au sens large (dite « non pénale » dans le texte de l'ordonnance).

<sup>8</sup> Saisi de cinq requêtes en référé-liberté, le Conseil d'État a suspendu le 27 novembre 2020 la possibilité d'utiliser la visioconférence lors des audiences devant les cours d'assises et les cours criminelles (CE, *Association des avocats pénalistes et autres*, req. n° 446712 et autres).

- ⇒ L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 concerne la procédure administrative (non-contentieuse et contentieuse). Elle prévoit notamment :
- la prorogation des délais ;
  - des dispositions spécifiques aux délais en matière d'urbanisme, d'aménagement et de construction.
3. Avec quelles incidences sur le contrôle juridictionnel ?
- ⇒ il n'est pas possible de répondre à ce jour, la crise sanitaire n'étant pas terminée et des évaluations ultérieures étant nécessaires.

### 3°) Les règles procédurales

1. Les délais de procédure ont-ils été modifiés (délais de recours, délais de clôture d'instruction et délais impartis au juge pour statuer, par exemple) ?
  - ⇒ Tout recours prescrit par la loi ou le règlement à peine d'irrecevabilité qui aurait dû être accompli pendant la période du 12 mars au 23 juin 2020 inclus a été réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois (article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, confirmé par l'article 15, I, de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 avec trois exceptions prévues par l'article 15, II, concernant les recours contre les OQTF, contre certaines procédures prévues par le CESEDA et, enfin, contre le premier tour des élections municipales).
  - ⇒ Toutefois, des délais spécifiques ont été prévus, comme pour les délais applicables aux recours à l'encontre d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir, qui n'avaient pas expiré avant le 12 mars 2020 et ont été, à cette date, suspendus. Ils ont recommencé à courir à compter du 24 mai 2020 pour la durée restant à courir le 12 mars 2020, sans que cette durée puisse être inférieure à sept jours (article 12 bis de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020).
  - ⇒ Les délais de clôture d'instruction et les délais impartis au juge pour statuer ont été prorogés ou reportés, par exemple, devant les juridictions administratives, pour une durée d'un mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, en l'occurrence le 10 juillet 2020 à 24h (articles 16 et 17 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020).
  - ⇒ En matière de QPC, le délai de trois mois imparti au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation pour renvoyer l'affaire au Conseil constitutionnel a été suspendu jusqu'au 30 juin 2020 (article unique de la loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020).
2. Les règles de procédure ont-elles été aménagées ? L'ont-elles été, le cas échéant, par le juge ou par les textes ? Ces aménagements ont-ils concerné uniquement les recours en lien avec la crise sanitaire ou tous les contentieux ?
  - ⇒ Devant les juridictions administratives, les règles de procédure ont été aménagées, essentiellement par les textes, pour tous les recours (articles 2 à 14 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020).

3. Des mesures destinées à la tenue des audiences ont-elles été mises en place (publicité des débats ; audiences par audio ou visio-conférence ; dispense d'audience) ?
- ⇒ Devant les juridictions administratives, il a été prévu que « *Le président de la formation de jugement peut décider que l'audience aura lieu hors la présence du public ou que le nombre de personnes admises à l'audience sera limité* » (article 6 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020). De telles dispositions n'ont, semble-t-il, pas été mises en œuvre en ce qui concerne l'exclusion du public. Toutefois, les audiences ont eu lieu hors la présence du public pendant le premier confinement, c'est-à-dire jusqu'au 11 mai à minuit. Par ailleurs, le nombre de personnes admises à l'audience a été limité, y compris après la fin de l'état d'urgence sanitaire.
  - ⇒ Des audiences par visio-conférence ont été mises en place dès l'audience qui a donné lieu à l'ordonnance n° 439674 rendue le 22 mars 2020 par le juge des référés du Conseil d'Etat. L'article 7 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 les a ensuite autorisées.
  - ⇒ Des dispenses d'audience ont été prévues par l'ordonnance n° 2020-305 dans deux hypothèses :
    - sur les requêtes présentées en référé, en plus des cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative (article 9 de l'ordonnance) ;
    - sur les demandes de sursis à exécution mentionnées aux articles R. 811-15 à R. 811-17 du code de justice administrative (article 10).

#### 4°) L'office du juge

1. Quelle interprétation des textes a été adoptée par le juge national pour répondre à la crise du Covid-19 ? Les méthodes et instruments de contrôle existants ont-ils permis de répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles méthodes ont-elles été dégagées à cette occasion ?
- ⇒ Le juge national a eu des textes une interprétation cherchant à protéger l'efficacité de l'action gouvernementale et le respect des droits fondamentaux des individus. A titre d'illustration, par une ordonnance n° 440057 du 17 avril 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a estimé que :
 

*« d'une part, ni la démographie de la commune de Sceaux ni la concentration de ses commerces de première nécessité dans un espace réduit, ne sauraient être regardées comme caractérisant des raisons impérieuses liées à des circonstances locales propres à celle-ci et qui exigeraient que soit prononcée sur son territoire, en vue de lutter contre l'épidémie de covid-19, une interdiction de se déplacer sans port d'un masque de protection. D'autre part, l'édition, par un maire, d'une telle interdiction, à une date où l'Etat est, en raison d'un contexte qui demeure très contraint, amené à fixer des règles nationales précises sur les conditions d'utilisation des masques chirurgicaux et FFP2 et à ne pas imposer, de manière générale, le port d'autres types de masques de protection, est susceptible de nuire à la cohérence des mesures prises, dans l'intérêt de la santé publique, par les autorités sanitaires compétentes. De plus, en laissant entendre qu'une protection couvrant la bouche et le nez peut constituer une protection efficace, quel que soit le procédé utilisé, l'arrêté est de nature à induire en erreur les personnes concernées et à introduire de la confusion dans les messages délivrés à la population par ces autorités. Les conditions n'étaient donc manifestement pas*

*réunies en l'espèce pour que le maire de Sceaux puisse légalement édicter une telle interdiction sur le fondement de son pouvoir de police générale ».*

En revanche, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de remettre en cause des mesures gouvernementales au bénéfice des droits fondamentaux. Par une ordonnance n° 440442, 440445, du 18 mai 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint à l'Etat de cesser, sans délai, de procéder aux mesures de surveillance par drone, du respect, à Paris, des règles de sécurité sanitaire applicables à la période de déconfinement* ».

- ⇒ Des méthodes ont été approfondies, notamment s'agissant du principe de cohérence en matière de contrôle des mesures de police administrative. Il a servi dans des décisions sur la généralisation de l'obligation du port du masque (voir également l'ordonnance n° 440057 citée ci-dessus). Le principe de cohérence a permis de justifier que certaines parties d'un territoire soient couvertes par l'obligation de port du masque, alors même qu'il n'était pas justifié que ces parties prises isolément soient couvertes par l'obligation de port du masque (JRCE, 6 septembre 2020, *Ministre des Solidarités et de la santé contre M. D. et autre*, req. n° 443750<sup>9</sup> – JRCE, 6 septembre 2020, *Ministre des Solidarités et de la santé contre Association « Les Essentialistes - région Auvergne-Rhône-Alpes* », req. n° 443751<sup>10</sup>).

2. Le juge national s'est-il inspiré des décisions rendues par d'autres juges nationaux ? le cas échéant, lesquels ?

- ⇒ A ma connaissance, les juges français ne se sont pas inspirés des décisions rendues par d'autres juges nationaux.

---

<sup>9</sup> « *si la préfète du Bas-Rhin ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale en n'excluant pas de l'obligation du port du masque certaines périodes horaires, qui ne pourraient être qu'une période nocturne d'un intérêt très limité, il résulte en revanche de l'instruction qu'il est manifeste que certaines zones au moins de plusieurs des communes considérées, notamment lorsqu'un centre-ville peut être plus aisément identifié, pourraient, eu égard à leurs caractéristiques, être exceptées de l'obligation de port du masque édictée, tout en respectant le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise. Dans ces conditions, le ministre des solidarités et de la santé est seulement fondé à soutenir que c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a enjoint à la préfète du Bas-Rhin d'édicter un nouvel arrêté excluant de l'obligation du port du masque tous les lieux des communes et les périodes horaires qui ne sont pas caractérisés par une forte densité de population ou par des circonstances locales susceptibles de favoriser la propagation de la covid-19, et non pas les seules parties de ces communes permettant une délimitation cohérente des zones englobant les points de leur territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique* ».

<sup>10</sup> « *il ne résulte pas de l'instruction, eu égard à la densité particulière des communes de Lyon et de Villeurbanne, de plus de 10 000 habitants par kilomètres carrés, et à leurs caractéristiques, qu'il serait manifeste que certaines zones au moins de leur territoire pourraient être exceptées de l'obligation de port du masque édictée, tout en respectant le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise, ni qu'il y aurait une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale en n'excluant pas certaines périodes horaires, qui ne pourraient être qu'une période nocturne d'un intérêt très limité, de cette obligation. Dans ces conditions, le ministre des solidarités et de la santé est fondé à soutenir que c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a enjoint au préfet du Rhône de modifier ses arrêtés ou d'édicter de nouveaux arrêtés excluant de l'obligation du port du masque tous les lieux des communes de Lyon et de Villeurbanne qui ne sont pas caractérisés par une forte densité de personnes ou par des circonstances locales susceptibles de favoriser la diffusion du virus, ainsi que les périodes horaires durant lesquelles aucun risque particulier de propagation du virus n'existe. En revanche, eu égard à l'étendue du territoire concerné, l'association requérante est fondée à soutenir qu'une telle obligation ne peut manifestement pas être imposée aux personnes pratiquant des activités physiques ou sportives* ».

3. Quelles théories jurisprudentielles ont été mobilisées pour répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles théories ont-elles été créées à cette occasion ? Des revirements de jurisprudence ou des évolutions notables ont-ils été observés ?

⇒ La théorie de l'imprévision et celle de la force majeure n'ont pas été écartées par les juridictions administratives pour répondre à des questions de droit contractuel soulevées par la crise (cf. CE, 17 avril 2020, AFIEG et ANODE, req. n° 439949, Tab., p. 769<sup>11</sup>).

⇒ La théorie de la force majeure a été appliquée en matière contractuelle par les juridictions judiciaires (CA Versailles, 6 mai 2021, RG n° 20/04845<sup>12</sup>). Néanmoins, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation (Com., 16 septembre 2014, p. n° 13-20.306), la Cour d'appel de Paris a écarté la force majeure, considérant que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure » (CA Paris, 7 mai 2021, RG n° 20/15102 – cf. également CA Paris, 19 mai 2021, RG n° 21/04958).

⇒ La théorie des circonstances exceptionnelles a été mobilisée par les juridictions administratives et par le Conseil constitutionnel pour répondre à des questions de légalité (Conseil d'Etat), de sincérité (tribunal administratif) ou de constitutionnalité (Conseil constitutionnel) soulevées par la crise.

- ordonnance du Conseil d'Etat n° 439674 du 22 mars 2020 dite « SYNDICAT JEUNES MEDECINS » ;

« Sur le cadre juridique du litige :

2. D'une part, le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, comme celle de covid-19 que connaît actuellement la France. (...) »

- jugement du tribunal administratif de Lille n° 2002588 du 23 septembre 2020 à propos des élections municipales d'Anzin-Saint-Aubin (département du Pas-de-Calais) ;

« 5. Les protestataires soutiennent que la situation de crise sanitaire a nécessairement altéré la sincérité du scrutin en privant de nombreux électeurs de leur droit de vote, réduisant ainsi l'écart

<sup>11</sup> « La divergence d'interprétation opposant les associations requérantes à la CRE au sujet de la portée des dispositions des articles 10 et 13 du modèle d'accord-cadre a ainsi pour conséquence non pas une impossibilité générale et définitive de mise en œuvre effective de la clause de suspension d'exécution des contrats pour cause de force majeure, mais seulement le report de cette mise en œuvre jusqu'à ce que, pour chacun des fournisseurs concernés, le juge compétent, dont les associations requérantes indiquent qu'il a d'ores et déjà été saisi d'actions en référé par certains des fournisseurs intéressés, apprécie, au cas par cas, si les conditions posées par l'article 10 du modèle d'accord-cadre sont réunies ».

<sup>12</sup> « la fermeture au public des commerces non essentiels en exécution des arrêtés qui se sont succédés depuis le 14 mars 2020 a à l'évidence constitué pour la bailleresse un cas de force majeure, en raison de son caractère imprévisible et irrésistible, celle-ci n'ayant aucun moyen de ne pas s'y soumettre. Ainsi, en application des dispositions précitées, l'obligation pour la SCI De La Fontaine de garantir à la SAS Kim la jouissance paisible des lieux loués s'est trouvée suspendue en raison de ce cas de force majeure pendant toute la période litigieuse, de sorte que l'exception d'inexécution invoquée par l'intimée ne peut constituer une contestation sérieuse de son obligation de payer les loyers dus durant cette période, étant rappelé au surplus qu'elle était en possession de la chose louée ».

Supprimé: pourraient être mobilisées

de voix entre les listes. Toutefois, d'une part, contrairement à ce que soutiennent les requérants, tant le Président de la République lors de son allocution le 12 mars 2020 que le Premier ministre la veille du vote et, plus généralement, les messages gouvernementaux diffusés avant le jour du scrutin ont encouragé l'ensemble des électeurs à exercer leur droit de vote et notamment les personnes plus âgées en faisant usage du droit de vote par procuration, facilité. A cet égard, les autorités publiques ont indiqué que des mesures sanitaires renforçant les conditions d'hygiène seraient adoptées pour permettre le déroulement du scrutin. Il résulte de l'instruction qu'au niveau local, au cours du mois de mars 2020, les électeurs ont été fréquemment informés par le biais des réseaux sociaux ainsi que par la presse municipale d'Anzin-Saint-Aubin des mesures sanitaires mises en place pour l'organisation du scrutin et l'aménagement des bureaux de vote notamment en publiant des photographies. En outre, il résulte de l'instruction que, dans la commune d'Anzin-Saint-Aubin, le premier tour des élections municipales, qui s'est déroulé le 15 mars 2020, a été organisé dans le respect des précautions sanitaires décrites ci-dessus (désinfection des surfaces, mise à disposition de gel hydro-alcoolique, distanciation des votants ...) afin de prévenir la propagation du virus tout en garantissant l'accès au suffrage des électeurs sans qu'aucune mention relative aux modalités d'exercice du vote n'ait été portée au procès-verbal des opérations électorales. Dans ces conditions, les mesures prises par les autorités publiques dans le cadre des circonstances exceptionnelles occasionnées par l'épidémie de covid-19 n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de priver les électeurs du libre exercice de leur droit de vote le 15 mars 2020 ».

« 9. Les protestataires soutiennent que le scrutin se serait déroulé dans des conditions irrégulières, de nature à altérer sa sincérité, dès lors qu'en raison de l'épidémie du covid-19, la composition des bureaux de vote a été modifiée à plusieurs reprises entre le 9 mars et le 14 mars 2020. Toutefois, s'il est constant que la composition des bureaux de vote a été modifiée à trois reprises après le jeudi 12 mars à 18 h, heure limite prescrite par les dispositions précitées de l'article R. 46 du code électoral, y compris le jour du scrutin avant son ouverture, il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est pas allégué, que les membres des bureaux de vote n'aient pas siégé ou que les remplacements opérés auraient eu pour but ou pour effet de favoriser des fraudes. Dans les circonstances de l'espèce, les modifications tardives de la composition des bureaux de vote ne sont pas de nature à avoir altéré la sincérité du scrutin. Par suite, le grief invoqué doit être écarté ».

- décision du Conseil constitutionnel n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 ;

« 3. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique [loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020] a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution ».

4. Le contrôle juridictionnel a-t-il été modifié pour tenir compte de la situation de crise ? Quels éléments ont été ajustés ? L'intensité du contrôle a-t-elle été affectée ? Un contrôle spécifique à la situation de crise sanitaire a-t-il été créé ? Le contrôle juridictionnel a-t-il varié en fonction de l'évolution de l'intensité de la crise (confinement et hors confinement) ?

⇒ Le contrôle du juge administratif a évolué pour tenir compte de la situation de crise, particulièrement en référé. L'intensité du contrôle n'a pas diminué ou augmenté à proprement parler. Le contrôle s'est plutôt enrichi de nouveaux éléments, ce qui a pu en relativiser certains autres. L'on peut considérer qu'un contrôle spécifique à la situation de crise sanitaire est apparu, tenant compte de l'évolution de la crise (notamment, l'évolution de l'épidémie, des moyens disponibles, des informations connues).

- Un exemple, parmi d'autres, peut être fourni en matière d'obligation de port du masque de protection dans l'espace public.

Par une ordonnance n° 440057 du 17 avril 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la requête de la commune de Sceaux (département des Hauts-de-Seine) tendant à l'annulation de l'ordonnance du 9 avril 2020 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a suspendu l'exécution de l'arrêté du 6 avril 2020 par lequel le maire de Sceaux a rendu le port du masque dans l'espace public obligatoire pour les personnes de plus de 10 ans.

Les motifs essentiels de l'ordonnance du Conseil d'Etat sont les suivants :

*« 9. Ainsi qu'il a été dit au point 6, l'état d'urgence sanitaire ayant été déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19, l'usage par le maire de son pouvoir de police générale pour édicter des mesures de lutte contre cette épidémie est subordonné à la double condition qu'elles soient exigées par des raisons impérieuses propres à la commune et qu'elles ne soient pas susceptibles de compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures prises par l'Etat dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale.*

*10. Il résulte de l'instruction que, pour justifier l'obligation faite aux personnes âgées de plus de dix ans de porter lors de leurs déplacements dans l'espace public un dispositif de protection buccal et nasal, la commune de Sceaux fait valoir que sa population est plus âgée que la moyenne, avec 25 % de personnes de plus de 60 ans contre 19 % dans le reste de l'Ile-de-France selon ses dernières écritures, que les espaces verts, qui représentent le tiers de la superficie communale, ont été fermés et que les commerces alimentaires qui demeurent ouverts sont concentrés dans une rue piétonne du centre-ville dont la largeur n'excède pas quatre mètres en certains endroits, entraînant une forte affluence à certaines heures de la journée et rendant ainsi difficile le strict respect des gestes de distanciation sociale. La commune, ainsi que l'association Coronavictimes, soutiennent que le port obligatoire d'un dispositif de protection buccal et nasal limite le risque que des personnes contaminées, et en particulier des personnes asymptomatiques, propagent le virus et contaminent à leur tour des personnes vulnérables, en particulier les personnes âgées, particulièrement nombreuses à Sceaux, et que, dès lors, la mesure contestée contribue à garantir la libre circulation de ces dernières.*

*11. Toutefois, d'une part, ni la démographie de la commune de Sceaux ni la concentration de ses commerces de première nécessité dans un espace réduit, ne sauraient être regardées comme caractérisant des raisons impérieuses liées à des circonstances locales propres à celle-ci et qui exigeraient que soit prononcée sur son territoire, en vue de lutter contre l'épidémie de covid-19, une interdiction de se déplacer sans port d'un masque de protection. D'autre part, l'édiction, par un maire, d'une telle interdiction, à une date où l'Etat est, en raison d'un contexte qui demeure très contraint, amené à fixer des règles nationales précises sur les conditions d'utilisation des masques chirurgicaux et FFP2 et à ne pas imposer, de manière générale, le port d'autres types de masques de protection, est susceptible de nuire à la*

cohérence des mesures prises, dans l'intérêt de la santé publique, par les autorités sanitaires compétentes. De plus, en laissant entendre qu'une protection couvrant la bouche et le nez peut constituer une protection efficace, quel que soit le procédé utilisé, l'arrêté est de nature à induire en erreur les personnes concernées et à introduire de la confusion dans les messages délivrés à la population par ces autorités. Les conditions n'étaient donc manifestement pas réunies en l'espèce pour que le maire de Sceaux puisse légalement édicter une telle interdiction sur le fondement de son pouvoir de police générale.

12. Alors même que la commune de Sceaux indique avoir mis en œuvre diverses mesures pour que tous ses habitants puissent, à terme rapproché, disposer d'un masque de protection, l'arrêté contesté, qui est d'ailleurs susceptible de concerner des personnes ne résidant pas dans la commune mais devant s'y déplacer, porte ainsi à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle une atteinte grave et manifestement illégale ».

En comparaison, par une ordonnance n° 443750 du 6 septembre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a « enjoint à la préfète du Bas-Rhin de prendre, au plus tard le mardi 8 septembre à midi, un nouvel arrêté ou de modifier son arrêté du 28 août 2020 pour limiter, dans les communes concernées, l'obligation de port du masque qu'il prévoit à des périmètres permettant d'englober de façon cohérente les lieux caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique. A défaut, l'exécution de l'arrêté du 28 août 2020 sera suspendue ».

Les motifs essentiels de l'ordonnance du Conseil d'Etat sont les suivants :

« 10. Le caractère proportionné d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération. Il en résulte que le préfet, lorsqu'il détermine les lieux dans lesquels il rend obligatoire le port du masque, est en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour englober de façon cohérente les points du territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique, de sorte que les personnes qui s'y rendent puissent avoir aisément connaissance de la règle applicable et ne soient pas incitées à enlever puis remettre leur masque à plusieurs reprises au cours d'une même sortie. Il peut, de même, définir les horaires d'application de cette règle de façon uniforme dans l'ensemble d'une même commune, voire d'un même département, en considération des risques encourus dans les différentes zones couvertes par la mesure qu'il adopte. Il doit, toutefois, tenir compte de la contrainte que représente, même si elle reste mesurée, le port d'un masque par les habitants des communes concernées, qui doivent également respecter cette obligation dans les transports en

commun et, le plus souvent, dans leur établissement scolaire ou universitaire ou sur leur lieu de travail.

*11. En l'espèce, si la préfète du Bas-Rhin ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale en n'excluant pas de l'obligation du port du masque certaines périodes horaires, qui ne pourraient être qu'une période nocturne d'un intérêt très limité, il résulte en revanche de l'instruction qu'il est manifeste que certaines zones au moins de plusieurs des communes considérées, notamment lorsqu'un centre-ville peut être plus aisément identifié, pourraient, eu égard à leurs caractéristiques, être exceptées de l'obligation de port du masque édictée, tout en respectant le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise. Dans ces conditions, le ministre des solidarités et de la santé est seulement fondé à soutenir que c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a enjoint à la préfète du Bas-Rhin d'édicter un nouvel arrêté excluant de l'obligation du port du masque tous les lieux des communes et les périodes horaires qui ne sont pas caractérisés par une forte densité de population ou par des circonstances locales susceptibles de favoriser la propagation de la covid-19, et non pas les seules parties de ces communes permettant une délimitation cohérente des zones englobant les points de leur territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique.*

*12. Par suite, il y a lieu de limiter les mesures ordonnées par l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg en enjoignant à la préfète du Bas-Rhin de prendre, au plus tard le mardi 8 septembre à midi, un nouvel arrêté ou de modifier son arrêté du 28 août 2020 pour limiter, dans les communes concernées, l'obligation de port du masque qu'il prévoit à des périmètres permettant d'englober de façon cohérente les lieux caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique ».*

Par une ordonnance n° 443751 du 6 septembre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint au préfet du Rhône de prendre, au plus tard le mardi 8 septembre à midi, de nouveaux arrêtés ou de modifier ses arrêtés du 31 août 2020 pour exclure de l'obligation de port du masque qu'ils prévoient les personnes pratiquant des activités physiques ou sportives. A défaut, l'exécution des arrêtés du 31 août 2020 sera suspendue* ».

Les motifs essentiels de l'ordonnance du Conseil d'Etat sont les suivants :

**« 10. [rédaction identique au point 10 précité de l'ordonnance n° 443750].**

*11. En l'espèce, il ne résulte pas de l'instruction, eu égard à la densité particulière des communes de Lyon et de Villeurbanne, de plus de 10 000 habitants par kilomètres carrés, et à leurs caractéristiques, qu'il serait manifeste que certaines zones au moins de leur territoire pourraient être exceptées de l'obligation de port du masque édictée, tout en respectant le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise, ni qu'il y aurait une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale en*

*n'excluant pas certaines périodes horaires, qui ne pourraient être qu'une période nocturne d'un intérêt très limité, de cette obligation. Dans ces conditions, le ministre des solidarités et de la santé est fondé à soutenir que c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a enjoint au préfet du Rhône de modifier ses arrêtés ou d'édicter de nouveaux arrêtés excluant de l'obligation du port du masque tous les lieux des communes de Lyon et de Villeurbanne qui ne sont pas caractérisés par une forte densité de personnes ou par des circonstances locales susceptibles de favoriser la diffusion du virus, ainsi que les périodes horaires durant lesquelles aucun risque particulier de propagation du virus n'existe. En revanche, eu égard à l'étendue du territoire concerné, l'association requérante est fondée à soutenir qu'une telle obligation ne peut manifestement pas être imposée aux personnes pratiquant des activités physiques ou sportives.*

*12. Par suite, il y a lieu de limiter les mesures ordonnées par l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon en enjoignant au préfet du Rhône de prendre, au plus tard le mardi 8 septembre à midi, de nouveaux arrêtés ou de modifier ses arrêtés du 31 août 2020 pour exclure de l'obligation de port du masque qu'ils prévoient les personnes pratiquant des activités physiques ou sportives ».*

Ainsi, plusieurs constats peuvent être effectués en comparant ces ordonnances portant sur la même question de l'obligation du port du masque :

- dans l'ordonnance du 17 avril, le juge, qui ne tient pas compte de « *la démographie de la commune de Sceaux* » ou de « *la concentration de ses commerces de première nécessité dans un espace réduit* », remet en cause le port du masque obligatoire sur tout le territoire communal ; il retient en revanche « *la densité particulière des communes de Lyon et de Villeurbanne, de plus de 10 000 habitants par kilomètres carrés* » pour justifier une telle obligation sur le territoire des deux communes dans son ordonnance n° 443751 du 6 septembre ; de même, dans les communes du Bas-Rhin, il retient « *des périmètres permettant d'englober de façon cohérente les lieux caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique* » dans son ordonnance n° 443750 ;
  - ➔ le critère de la « *démographie* » ou de la « *forte densité* » qui n'était pas pris en compte en avril pour apprécier la légalité de l'obligation du port du masque, l'est en septembre ;
- alors que l'ordonnance du 17 avril estime, dans un motif surabondant (introduit par « *de plus* »), que l'obligation de port du masque « *en laissant entendre qu'une protection couvrant la bouche et le nez peut constituer une protection efficace, quel que soit le procédé utilisé, (...) est de nature à induire en erreur les personnes concernées et à introduire de la confusion dans les messages délivrés à la population par ces autorités* », les ordonnances du 6 septembre ont abandonné ce motif ;

→ l'utilité du port du masque qui n'était pas admise par le Gouvernement en avril (ou seulement depuis peu de temps<sup>13</sup>), l'est en septembre, et le Conseil d'Etat en fait de même ;

⇒ Le contrôle a été plus favorable à la stratégie du Gouvernement et aux considérations sanitaires en période de confinement. Il a été plus favorable à la protection des droits des individus hors période de confinement [voir l'exemple ci-dessous en matière culturelle].

Toutefois, la protection des droits des individus a été plus stricte au cours du confinement de novembre (30/10 au 28/11) qu'au moment du confinement de mars/mai (17/03 au 11/05). De même que cette protection a été plus stricte en fin de confinement qu'en début de confinement [voir l'exemple ci-dessous en matière de déplacement et d'exercice physique].

Entre les deux confinements, de mai à octobre, la protection de la stratégie du Gouvernement et des considérations sanitaires a été croissante.

C'est en ce sens qu'à ce jour, 4 janvier 2021, le Conseil d'Etat distingue trois périodes sur son site Internet à la rubrique des « Dernières décisions (référés) en lien avec l'épidémie de Covid-19 » : « mars à mai » (I), « mai à octobre » (II), et « depuis le 30 octobre » (III). Au 7 juin 2021, cette distinction a disparu du site Internet du Conseil d'Etat, ce dernier ne distinguant plus que « Les 6 derniers mois », d'une part, l'« Année précédente », d'autre part<sup>14</sup>.

- Une première série d'exemples peut être fournie en matière de déplacement et d'exercice physique.

Par une ordonnance n° 440179 du 30 avril 2020, à quelques jours de la fin du premier confinement, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint au Premier ministre de rendre publique sous vingt-quatre heures, par un moyen de communication à large diffusion, la position du gouvernement, mentionnée au point 6 de la présente ordonnance et exprimée par le représentant de l'Etat au cours de l'audience publique, relative à l'usage de la bicyclette lors des déplacements autorisés par l'article 3 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020* »<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cf. FAYE Olivier, « Port du masque : le gouvernement amorce un virage à 180 degrés », *Le Monde*, 6 avril 2020, consultable sur : [https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/04/06/port-du-masque-l-executif-amorce-un-virage-a-180-degrees\\_6035698\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/04/06/port-du-masque-l-executif-amorce-un-virage-a-180-degrees_6035698_823448.html).

<sup>14</sup> <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>

<sup>15</sup> Point 6 de l'ordonnance : « 6. Il résulte de l'instruction, notamment de l'information apportée, au cours de l'audience publique, par le représentant du ministre de l'intérieur, quant à l'existence et au contenu d'un relevé de décision du 24 avril 2020 de la cellule interministérielle de crise placée auprès du Premier ministre, que l'interprétation des dispositions de l'article 3 du décret du 23 mars 2020 retenue par le gouvernement et devant être diffusée à l'ensemble des agents chargés de leur application est, en premier lieu que "ne sont réglementés que les motifs de déplacement et non les moyens de ces déplacements qui restent libres. La bicyclette est donc autorisée à ce titre comme tout autre moyen de déplacement, et quel que soit le motif du déplacement", en deuxième lieu que "les verbalisations résultant de la seule utilisation d'une bicyclette, à l'occasion d'un déplacement autorisé, sont injustifiées" et, en troisième lieu, que les restrictions de temps et de distance imposées par les dispositions du 5° de l'article 3 privent en principe d'intérêt l'usage de la bicyclette pour un déplacement exclusivement motivé par l'activité physique individuelle et que, dans un tel cas, le risque plus important de commission d'une infraction liée au dépassement de la distance autorisée doit conduire, tout en

Il n'est pas évident qu'une telle injonction aurait été prononcée au début du premier confinement.

En effet, par une ordonnance n° 439674 du 22 mars 2020, quelques jours après le début du premier confinement, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint au Premier ministre et au ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes :*

- *préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé ;*
- ***réexaminer le maintien de la dérogation pour "déplacements brefs, à proximité du domicile" compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement ;***
- *évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation ».*

- Une seconde série d'exemples peut être fournie en matière culturelle.

Par une ordonnance n° 440366 et autres du 18 mai 2020, quelques jours après la fin du premier confinement, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint au Premier ministre de modifier, dans un délai de huit jours à compter de la notification de la présente ordonnance, en application de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, les dispositions du III de l'article 10 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020, 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 les rassemblements et réunions dans les établissements de culte ».*

Par une ordonnance n° 445825 et autres du 7 novembre 2020, pendant le second confinement (30/10 au 28/11), le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la demande tendant à « *enjoindre au Premier ministre d'autoriser toute cérémonie religieuse, sous réserve de restrictions strictement limitées à la sauvegarde de l'ordre public, sans délai à compter de la notification de l'ordonnance, sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard ».*

En revanche, par une ordonnance n° 446930 et autres du 29 novembre 2020, immédiatement après la fin du second confinement, le juge des référés du Conseil d'Etat a « *enjoint au Premier ministre de modifier, dans un délai de trois jours à compter de la notification de la présente ordonnance, en application de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, les dispositions du I de l'article 47 du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020, en prenant les mesures strictement proportionnées d'encadrement des rassemblements et réunions dans les établissements de culte ».*

5. Le juge national a-t-il dû adapter son office pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? Dans quelle mesure ?

---

*en rappelant la possibilité juridique d'utiliser la bicyclette pour tout motif de déplacement, à "en dissuader l'usage au titre de l'activité physique" ».*

⇒ Il ressort des questions précédentes que le juge national a adapté son office pour répondre à la situation créée par la crise du covid-19. L'on rappellera donc ici que des adaptations ont concerné les points suivants de l'office du juge :

- le recours à la théorie des circonstances exceptionnelles ;
- la mise en place de PCA avec leurs mesures d'adaptation ;
- la composition des juridictions ;
- les délais de jugement.

6. Quels pouvoirs juridictionnels ont-ils été mobilisés ? Des injonctions ont-elles été prononcées ? Dans quelle proportion ?

⇒ La plupart des pouvoirs juridictionnels ont été mobilisés. Des injonctions ont été prononcées par le juge des référés du Conseil d'Etat dès lors qu'il faisait droit aux conclusions des demandes dont il était saisi. Mais aucune astreinte financière n'a été prononcée. Des échéances ont été fixées avec des délais variant d'une trentaine d'heures (ordonnances n° 443750 et 443751 précitées sur le port du masque dans le Bas-Rhin et le Rhône), 48h (ordonnance n° 439674 précitée dite « Demande de confinement total ») à une semaine environ (ordonnance n° 440366 précitée relative à l'exercice des cultes) en fonction notamment des intérêts concernés et de la situation sanitaire à la date de l'ordonnance.

7. Le juge national a-t-il été amené à adapter les effets de ses décisions à la situation de crise du Covid-19 ? Dans quelle mesure ? S'est-il particulièrement attaché à préciser les conséquences concrètes de ses décisions ?

⇒ L'ordonnance n° 439693 du 28 mars 2020 est une illustration des limites rencontrées par le juge des référés du Conseil d'Etat s'agissant des effets de ses décisions.

Les requérants demandaient au juge des référés du Conseil d'Etat « *d'enjoindre à l'Etat d'adopter toutes les décisions (achats, commandes, collaborations internationales) et mesures urgentes, notamment réglementaires, qui sont nécessaires afin d'assurer un approvisionnement suffisant en matériel, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, de l'ensemble des professionnels de santé les plus exposés, et notamment les infirmiers libéraux, afin de leur permettre une prise en charge satisfaisante de leurs patients, notamment ceux atteints du virus covid-19, de nature à garantir la protection de leur santé, y compris de prononcer une interdiction de vente des masques auprès de personnes qui ne sont pas exposées à un risque particulier* ».

Le juge des référés a estimé « **9.** *Il est vrai, d'une part, qu'une partie seulement des masques qui sont mis à disposition des médecins et infirmiers de ville sont, à ce jour, de type FFP2, alors que ceux-ci sont nécessaires pour assurer une protection satisfaisante et doivent être changés au moins toutes les huit heures, et d'autre part, que la dotation de masques chirurgicaux est encore, quantitativement insuffisante, pour que ceux-ci soient aussi portés, à défaut, par les patients pris en charge. Toutefois, cette situation devrait connaître une nette amélioration au fil des jours et semaines à venir compte tenu des mesures évoquées au point 7. Il n'y a, ainsi et en tout état de cause, pas matière à prononcer les mesures que les requérants sollicitent et qui ne pourraient être utilement prises pour augmenter le volume de masques*

disponible à bref délai, ces mesures étant, au demeurant, pour certaines déjà mises en œuvre ».

En conséquence, le juge des référés a, purement et simplement, rejeté la requête.

8. A-t-il communiqué sur le sens et la portée de ses décisions ? Plus ou moins qu'à l'accoutumée ?

⇒ D'une manière générale, les juges n'ont pas modifié leur habitude de communication du sens et de la portée de leurs décisions (mais l'on peut noter une communication un peu plus régulière). Entre le 15 mars et le 15 décembre 2020, le Conseil d'Etat a publié 12 communiqués de presse en accompagnement d'ordonnances de référé (1 tous les 23 jours en moyenne). Entre le 16 décembre 2020 et le 7 juin 2021, 9 autres communiqués de presse ont été publiés en accompagnement d'ordonnances de référé (1 tous les 19 à 20 jours en moyenne).

⇒ En outre, d'une part, un membre de la formation de jugement au Conseil d'Etat a effectué une déclaration à la presse entre la fin de l'audience et le rendu du délibéré. Juste après l'audience et avant que ne soit rendue l'ordonnance précitée du 22 mars 2020, le président de la Section du contentieux s'est exprimé publiquement devant des caméras de télévision dans la cour de l'horloge du Palais-Royal : « *une brève déclaration publique pour insister sur le caractère exceptionnel de la crise, le rôle de chaque Français dans la lutte contre l'épidémie, ainsi que les échanges qui avaient eu lieu et qui continuaient à avoir lieu, "au-delà du prétoire", entre les parties et le juge. Là encore, sauf erreur, cette déclaration prononcée dans la cour de l'horloge, après l'audience mais avant le délibéré, revêt un caractère inédit* »<sup>16</sup>.

⇒ D'autre part, le Conseil d'Etat a pu rendre et communiquer des décisions sur son site Internet, y compris les week-ends, et même à une occurrence le dimanche en fin de soirée. Ainsi, les deux ordonnances précitées sur le port du masque obligatoire dans l'agglomération lyonnaise et le département du Bas-Rhin ont été rendues le dimanche 6 septembre 2020 vers 23h30 (JRCE, 6 septembre 2020, *Ministre des Solidarités et de la santé contre M. D. et autre*, req. n° 443750 – JRCE, 6 septembre 2020, *Ministre des Solidarités et de la santé contre Association « Les Essentialistes - région Auvergne-Rhône-Alpes* », req. n° 443751).

##### 5°) La pérennisation

1. Quelles sont les incidences pérennes du contentieux lié à la situation de crise du Covid-19 sur la procédure contentieuse et l'office du juge ?

⇒ Il n'est pas possible de répondre à ce jour, la crise sanitaire n'étant pas terminée et des évaluations ultérieures étant nécessaires.

2. Quels sont les contentieux les plus marqués ?

⇒ Il n'est pas possible de répondre à ce jour, la crise sanitaire n'étant pas terminée et des évaluations ultérieures étant nécessaires.

<sup>16</sup> POULET Florian, « Le Conseil d'État dit non au confinement total, surtout pas du juge-administrateur ! », *Gaz. Pal.*, n° 16, 28 avril 2020, p. 21.

## 6°) Les renvois préjudiciels

1. Le juge national a-t-il adressé des questions préjudicielles aux cours européennes (CJUE, Cour EDH) ? Dans quel domaine ?
  - ⇒ Les juges français n'ont adressé aucune question préjudicielle aux cours européennes en lien avec la crise du Covid-19.
2. Le juge national a-t-il adressé, le cas échéant, des questions préjudicielles à la cour constitutionnelle ? Dans quel domaine ?
  - ⇒ Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont été renvoyées au Conseil constitutionnel en lien avec la crise du Covid-19, surtout par la Cour de cassation en matière pénale. Toutes ont conduit à des décisions de conformité en 2020.
  - ⇒ En revanche, en 2021, les QPC Covid-19 traitées par le Conseil constitutionnel jusqu'au 7 juin (date de mise à jour des réponses au présent questionnaire) ont conduit à des décisions de non-conformité totale.
  - ⇒ A noter la décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 issue de deux QPC posées l'une par la Cour de cassation (arrêt du 2 mars 2021), l'autre par le Conseil d'Etat (décision du 12 avril 2021).

### - Par le Conseil d'Etat :

- CE, 12 avril 2021, req. n° 447916 : « Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation de règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale : " Nonobstant toute disposition contraire, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties. / Le moyen de télécommunication utilisé doit permettre de certifier l'identité des personnes et garantir la qualité de la transmission ainsi que la confidentialité des échanges. Le magistrat s'assure à tout instant du bon déroulement des débats et il est dressé procès-verbal des opérations effectuées. / Le magistrat organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats. Les dispositions du sixième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale sont applicables. / Les dispositions du présent article ne sont applicables devant les juridictions criminelles qu'une fois terminée l'instruction à l'audience mentionnée à l'article 346 du code de procédure pénale. "

(...)

Le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux droits de la défense, en ce qu'elles permettent le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, y compris criminelles lorsque l'instruction à l'audience est terminée, et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties, soulève une question présentant un caractère sérieux. Par

suite, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée » ; décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 [Non-conformité totale] ;

- CE, 6 avril 2021, req. n° 449040 : « L'article 7 de l'ordonnance du 25 novembre 2020 introduit à ce même article un VIII, qui dispose que " Nonobstant toutes dispositions contraires, peuvent être communiqués, sur leur demande, aux services administratifs placés auprès de l'autorité à laquelle appartient le pouvoir de décision et dont les agents sont tenus au secret professionnel, les seuls renseignements médicaux ou pièces médicales dont la production est indispensable pour l'examen des droits définis par le présent article ".  
(...)

Le moyen tiré de ce qu'elles méconnaissent le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en l'absence de garanties suffisantes soulève une question présentant un caractère sérieux. Dans ces conditions, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée » ; décision n° 2021-917 QPC du 11/06/2021 [Mise en délibéré Conseil constitutionnel] ;

- CE, 28 septembre 2020, req. n° 441059, Tab. ; « Les requérants soutiennent qu'en prévoyant que le chapitre relatif à l'état d'urgence sanitaire et le dispositif relatif à la sortie de ce régime puissent s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, d'une part, et en y déclarant l'état d'urgence sanitaire, d'autre part, le législateur a méconnu le caractère irréversible du partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie prévu par les articles 76 et 77 de la Constitution et organisé par loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie » ; décision n° 2020-869 QPC du 04/12/2020 [Conformité] ;
- CE, 25 mai 2020, req. n° 440217 ; « Les dispositions des I, III et IV de l'article 19 de la loi du 23 mars 2020 sont applicables au litige qui tend à l'annulation des opérations électorales qui se sont tenues à La Brigue (Alpes-Maritimes) le 15 mars 2020. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe de sincérité du scrutin, soulève une question présentant un caractère sérieux. Ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée » ; décision n° 2020-849 QPC du 17/06/2020 [Conformité] ;

- Par la Cour de cassation :

- arrêt n° 389 du 2 mars 2021 (20-90.001) - Chambre criminelle ; « L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, en ce qu'il permet au juge des libertés et de la détention d'imposer le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle sans l'accord de la personne concernée, est-il conforme à la Constitution et notamment au principe constitutionnel des droits de la défense, au droit à un recours effectif,

au droit de tout détenu de voir sa situation traitée dans le respect des règles de compétences et de procédures fixées par le code de procédure pénale, au droit à la liberté et à la sûreté, et au droit à la comparution personnelle et physique, garantis l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? » ; **décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 [Non-conformité totale]** ;

- arrêt n° 2349 du 3 novembre 2020 (20-83.457) - Chambre criminelle ; « Les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, sont-elles contraires au droit à la sûreté, à l'interdiction des détentions arbitraires et à la liberté individuelle, garantis par les articles 66 de la Constitution et 2 de la Déclaration de 1789, en ce qu'elles prolongent de plein droit, sans intervention du juge, les effets des titres de détention provisoire ? » ; **décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021 [Non-conformité totale]** ;

Comparer avec :

1) **arrêt n° 971 du 26 mai 2020 (20-81.910) - Cour de Cassation - Chambre criminelle** ; « L'article 11 I 2° de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est-il conforme aux articles 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme, 66 de la Constitution en ce qu'il autoriserait le gouvernement à prolonger automatiquement, sans contrôle du juge ni examen concret et individuel de chaque cas toutes les détentions provisoires en cours à la date d'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire et celles ordonnées au cours de la période fixée par l'article 4 de la même loi ? » ; **décision n° 2020-851/852 QPC du 26/06/2020 [Conformité]** ;

2) **arrêt n° 977 du 26 mai 2020 (20-81.971) - Cour de Cassation - Chambre criminelle** ; « l'article 16 de l'ordonnance ne saurait-il être regardé comme compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et la prolongation qu'il prévoit n'est-elle régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention » ; « Même en tenant compte des circonstances de fait exceptionnelles résultant du contexte épidémique, lorsque la personne n'a pas encore été jugée en première instance, un tel délai, au sens de l'article 5 précité, ne peut être supérieur à un mois en matière délictuelle et à trois mois en matière criminelle. Après une condamnation en première instance, cette limite est portée à trois mois en matière tant correctionnelle que criminelle, les faits reprochés à l'intéressé ayant alors déjà été examinés au fond par une juridiction ».

3) **JRCE, 3 avril 2020, req. n° 439894** ; « En adoptant de telles mesures et en retenant des allongements de deux, trois ou six mois, dans les limites imparties par la loi d'habilitation, l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des

Supprimé: [en instance Conseil constitutionnel]

mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par le syndicat requérant ».

- arrêt n° 2358 du 3 novembre 2020 (20-83.189) - Chambre criminelle ; « L'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 qui prévoit la prolongation de plein droit de la détention provisoire sans intervention du juge judiciaire qui ne se prononce pas sur le bien-fondé de cette prolongation, est-il contraire à la liberté individuelle, au respect des droits de la défense et au principe selon lequel toute privation de liberté doit être placée sous le contrôle du juge judiciaire et pouvoir faire l'objet d'un recours effectif devant ce juge, consacrés par les articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 66 de la Constitution ? » ; **décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021 [Non-conformité totale]** ;
- arrêt n° 2351 du 13 octobre 2020 (20-84.360) - Chambre criminelle ; « L'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 méconnaît-il l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui garantit les droits de la défense, en ce qu'il prive, même passé un délai d'un an, la personne placée en détention provisoire de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur cette détention ? » ; **décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 [Non-conformité totale]** ;
- arrêt n° 1138 du 24 septembre 2020 (19-40.056) - Deuxième chambre civile ; « L'article 8, alinéa 1, de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 est-il conforme à la Constitution au regard du préambule de la Constitution. et particulièrement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de l'article 55 de la Constitution éclairé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? » ; **décision n° 2020-866 QPC du 19/11/2020 [Conformité]** ;
- Arrêt n° 973 du 26 mai 2020 (20-81.971) - Chambre criminelle ; « L'article 11.I.2.d de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 qui autorise le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure, notamment en adaptant "aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures (...) les règles relatives au déroulement et la durée des détentions provisoires (...) pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience pour une durée proportionnée à celle de droit commun (...) et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat" à supposer qu'il ait ainsi créé une prolongation de plein droit de toute détention par les durées "proportionnées" prévues, sans intervention du juge judiciaire et sans nécessité pour ce dernier de s'interroger au fond sur la nécessité de mettre en œuvre cette prolongation, est-il contraire aux articles 16 et 66

Supprimé: [en instance Conseil constitutionnel]

Supprimé: [en instance Conseil constitutionnel]

de la Constitution, et au principe selon lequel toute privation de liberté doit être, à tout instant, placée sous le contrôle du juge judiciaire, et pouvoir faire l'objet d'un recours effectif devant ce juge ? » ; **décision n° 2020-851/852 QPC du 26/06/2020 [Conformité]** ;

- arrêt n° 971 du 26 mai 2020 (20-81.910) - Chambre criminelle ; « L'article 11 I 2° de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est-il conforme aux articles 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme, 66 de la Constitution en ce qu'il autoriserait le gouvernement à prolonger automatiquement, sans contrôle du juge ni examen concret et individuel de chaque cas toutes les détentions provisoires en cours à la date d'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire et celles ordonnées au cours de la période fixée par l'article 4 de la même loi ? » ; **décision n° 2020-851/852 QPC du 26/06/2020 [Conformité]** ;
- arrêt n° 869 du 13 mai 2020 (20-90.006) - Chambre criminelle ; « En édictant les dispositions du quatrième alinéa de l'article L 3136-1 du code de la santé publique, telle que modifié par la loi n° 202-290 du 20 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, le législateur a-t-il, en premier lieu porté atteinte à un recours effectif, en deuxième lieu porté atteinte aux droits de la défense, en troisième lieu, méconnu le principe de légalité des délits et des peines, en quatrième lieu, méconnu le principe de nécessité et de proportionnalité des peines ? » ; **décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26/06/2020 [Conformité]** ;
- arrêt n° 868 du 13 mai 2020 (20-90.004) - Chambre criminelle ; « Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, créé par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe de légalité des délits et à l'exigence pour le législateur d'épuiser sa propre compétence, ainsi qu'au principe de la présomption d'innocence ? » ; **décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26/06/2020 [Conformité]** ;
- arrêt n° 867 du 13 mai 2020 (20-90.003) - Chambre criminelle ; « Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, créé par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe de légalité des délits et à l'exigence pour le législateur d'épuiser sa propre compétence, ainsi qu'au principe de la présomption d'innocence ? » ; **décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26/06/2020 [Conformité]**.