

CONSEIL D'ETAT

statuant

au contentieux

N° 443750

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTRE DES SOLIDARITES ET DE LA
SANTÉ c/ M. D... et autre

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 6 septembre 2020

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

M. A... D... et M. C... B... ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg :

- à titre principal, de suspendre, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'exécution de l'arrêté du 28 août 2020 de la préfète du Bas-Rhin imposant le port du masque pour les piétons de onze ans et plus dans les communes de plus de 10 000 habitants de l'Eurométropole de Strasbourg et les autres communes de plus de 10 000 habitants du département du Bas-Rhin ;

- à titre subsidiaire, d'ordonner les mesures d'urgence propres à sauvegarder les libertés fondamentales en jeu.

Par une ordonnance n° 2005349 du 2 septembre 2020, 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 les lieux des communes visées par son arrêté du 28 août 2020 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, au plus tard le lundi 7 septembre 2020 à 12 heures, en prévoyant que, à défaut, l'exécution de l'arrêté du 28 août 2020 serait automatiquement suspendue à compter de cette échéance.

Par une requête, enregistrée le 5 septembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre des solidarités et de la santé demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de rejeter la demande présentée par M. D... et M. B... devant le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg.

Il soutient que :

- la légalité de l'arrêté critiqué, pris dans le cadre de la police spéciale de l'urgence sanitaire, n'est pas subordonnée à la démonstration de l'existence de circonstances particulières propres au département ;

- la situation sanitaire du département justifie, en tout état de cause, la définition de larges obligations de port du masque ;

- l'arrêté critiqué ne présente ni un caractère général, ni un caractère absolu ;

- il apporte aux libertés invoquées des restrictions qui ne sont pas disproportionnées au regard des considérations sanitaires qui les motivent ;

- l'injonction prononcée par le juge des référés de première instance remet en cause l'effectivité des normes de police édictées pour lutter contre l'épidémie, qui doivent être lisibles et reposent nécessairement sur une appréciation in abstracto des risques d'interaction.

Par un mémoire en défense, enregistré le 6 septembre 2020, M. D... et M. B... concluent au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ils soutiennent que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, le ministre des solidarités et de la santé et, d'autre part, M. D... et M. B... ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 6 septembre 2020, à 11 heures :

- Me Froger, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de M. D... et M. B... ;

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

à l'issue de cette audience, le juge des référés a différé la clôture de l'instruction jusqu'à 15 heures.

Le ministre des solidarités et de la santé a produit de nouvelles observations, tendant aux mêmes fins que de sa requête, enregistrées avant la clôture de l'instruction.

M. D... et M. B... ont produit de nouvelles observations, tendant aux mêmes fins que leur précédent mémoire, enregistrées avant la clôture de l'instruction.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 ;
- le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ». La liberté d'aller et de venir et le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui, constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de cet article.

2. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020. La propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre des solidarités et de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion. Le législateur, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020, puis, par l'article 1^{er} de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, a prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus. Au vu de l'évolution de la situation sanitaire, les mesures générales adoptées par décret ont assoupli progressivement les sujétions imposées afin de faire face à l'épidémie.

3. En vertu du I de l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, du 11 juillet 2020 au 30 octobre 2020 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19, réglementer la circulation des personnes. En vertu du deuxième alinéa du II du même article, lorsque ces mesures doivent s'appliquer dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département, le Premier ministre peut habilitier le représentant de l'Etat dans le département à les décider lui-même, après avis, rendu public, du directeur général de l'agence régionale de santé. Ces mesures, selon le III de cet article, « *sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* ». Le IV du même article précise qu'elles peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative. Enfin, il résulte du VII du même article que la violation de ces mesures peut faire l'objet d'une amende d'un montant forfaitaire de 135 euros, et, en cas de récidive dans les quinze jours, d'une amende de cinquième classe ou, en cas de violation à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général. Aux termes du II de l'article 1^{er} du décret du 10 juillet 2020 prescrivant

les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé : « *Dans les cas où le port du masque n'est pas prescrit par le présent décret, le préfet de département est habilité à le rendre obligatoire, sauf dans les locaux d'habitation, lorsque les circonstances locales l'exigent* ». Il résulte de l'annexe 1 de ce décret que le masque doit alors répondre aux caractéristiques techniques fixées par l'article 30-0 E de l'annexe IV au code général des impôts.

4. Par un arrêté du 28 août 2020, pris sur le fondement du II de l'article 1^{er} du décret du 10 juillet 2020, la préfète de la région Grand Est, préfète du Bas-Rhin, a imposé le port du masque, à compter du 29 août 2020 à 8 heures et jusqu'au 30 septembre 2020 inclus, à tout piéton âgé d'au moins onze ans sur la voie publique et dans l'ensemble des lieux ouverts au public, dans les treize communes du département comptant plus de 10 000 habitants, à savoir Bischheim, Bischwiller, Erstein, Haguenau, Hoenheim, Illkirch-Graffenstaden, Lingolsheim, Obernai, Ostwald, Saverne, Schiltigheim, Sélestat et Strasbourg. En sont exceptées, d'une part, les personnes en situation de handicap qui sont munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation et mettent en œuvre les mesures sanitaires de nature à prévenir la propagation du virus et, d'autre part, celles pratiquant une activité artistique, physique ou sportive.

5. Le ministre des solidarités et de la santé relève appel de l'ordonnance du 2 septembre 2020 par laquelle 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 les lieux des communes mentionnées par son arrêté du 28 août 2020 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, au plus tard le lundi 7 septembre 2020 à 12 heures, en prévoyant que, à défaut, l'exécution de l'arrêté du 28 août 2020 serait automatiquement suspendue à compter de cette échéance.

6. Il résulte de l'instruction que la circulation du virus sur le territoire métropolitain s'accélère de nouveau depuis le mois de juillet. En particulier, le nombre de nouveaux cas de covid-19 dans le département du Bas-Rhin, qui était de l'ordre de 3 pour 100 000 habitants à la mi-juillet, a recommencé depuis lors à augmenter, pour s'établir à 43 pour 100 000 habitants sur la période du 25 au 31 août 2020, proche du nombre de 50 regardé comme un seuil d'alerte, et même à 56 pour 100 000 dans l'Eurométropole de Strasbourg, alors que le nombre de personnes faisant l'objet d'un dépistage a seulement doublé sur la même période. Par un décret du 5 septembre 2020, le Premier ministre a d'ailleurs ajouté le Bas-Rhin à la liste des zones de circulation active du virus dans lesquelles la loi du 9 juillet 2020 permet de prendre des mesures plus contraignantes. Si le nombre de personnes hospitalisées pour covid-19 reste à ce jour peu élevé – de 88 pour le Bas-Rhin, dont 6 en réanimation au 2 septembre – ce nombre peut de nouveau augmenter rapidement. Cette situation impose aux pouvoirs publics de prendre les mesures adaptées pour contenir la propagation d'une épidémie qui, à ce jour, a causé plus de 30 000 décès en France en dépit de mesures rigoureuses d'interdiction de la plupart des déplacements durant deux mois, en évitant d'avoir à adopter de nouveau des mesures ayant un coût économique et social élevé.

7. Il résulte également de l'instruction, en l'état actuel des connaissances, que, d'une part, le virus peut se transmettre par gouttelettes respiratoires, par contacts et par voie aéroportée et que, d'autre part, les personnes peuvent être contagieuses sans le savoir, notamment pendant la phase pré-symptomatique, de l'ordre de cinq jours en moyenne, de l'infection. Or il résulte des avis et recommandations tant de l'Organisation mondiale de la santé que du Haut Conseil de la santé publique ou du conseil scientifique covid-19, appuyés sur les études épidémiologiques récentes et la revue de la littérature scientifique existante, que le port d'un masque, qui ne présente pas de risque particulier pour les personnes qui le portent, est efficace pour réduire le risque de contamination par le SARS-CoV-2. Si le risque de contamination est, de façon générale, moins élevé en plein air, la possibilité qu'un aérosol contenant des virus soit inhalé avec une charge infectante suffisante ou qu'une transmission par gouttelettes ait lieu existe en cas de forte concentration de population. Ainsi, le Haut Conseil de la santé publique recommande, dans un avis du 20 août 2020, en l'état actuel des connaissances et des ressources disponibles, de porter systématiquement un masque en plein air lors de la présence d'une forte densité de personnes ou lorsque le respect de la distance physique ne peut être garantie, par exemple en cas de rassemblement, regroupement, file d'attente, ou dans les lieux de forte circulation.

8. Dans ce contexte, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a jugé qu'eu égard aux risques de santé encourus par les populations des treize communes concernées par l'arrêté préfectoral critiqué, qui comptent chacune plus de 10 000 habitants, à l'impératif d'endiguer la propagation de la covid-19, au contexte actuel marqué par la fin des vacances scolaires et universitaires, et alors qu'il est largement admis par la communauté scientifique que le masque constitue un moyen efficace pour contenir cette pandémie, la préfète du Bas-Rhin pouvait légalement en imposer le port sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public de ces communes. Il a cependant relevé que l'arrêté du 28 août 2020 s'appliquait toute la journée et sur l'ensemble du territoire des treize communes concernées, sans qu'il résulte de l'instruction qu'il existerait en permanence et sur la totalité du territoire de ces communes une forte concentration de population ou des circonstances particulières susceptibles de contribuer à la propagation de la covid-19, et en a déduit, dans cette mesure, une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et de venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle.

9. A l'appui de son appel, le ministre des solidarités et de la santé soutient que l'arrêté critiqué ne peut être regardé comme disproportionné aux risques sanitaires encourus, dans les circonstances de temps et de lieu de l'espèce. Il fait en particulier valoir les difficultés d'application de précédents arrêtés imposant le port du masque dans des zones très précisément définies, délimitées rue par rue, qui sont apparues peu compréhensibles et ont été mal respectées du fait de leur manque d'intelligibilité.

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.

13. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de M. D... et de M. B... présentées à ce titre.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : Il est 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.

Article 2 : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête du ministre des solidarités et de la santé est rejeté.

Article 4 : Les conclusions de M. D... et de M. B... présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée au ministre des solidarités et de la santé, à M. A... D... et à M. C... B....