

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE-LIBERTE (coronavirus / couvre-feu)

POUR :

1. Le Cercle droit et liberté

Association loi de 1901

Représentée par son président, M. Thibault Mercier

13 rue des Perchamps – 75016 Paris

*Représentant unique des parties au sens de l'article L. 751-3 du
Code de justice administrative*

[...]

Mes Philippe Prigent et Xavier Filet, avocats au Barreau de Paris

CONTRE :

**L'article 51 I du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant
les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de
covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire**

FAITS

Contexte. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie 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 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 jusqu'au 10 juillet 2020. Par un décret du 14 octobre 2020, le Premier ministre a prononcé l'état d'urgence sanitaire.

Toutes les études et données montrent que les contaminations interviennent dans les transports en commun et dans les établissements recevant du public (locaux professionnels, restaurants, salles de spectacles, etc.).

Les contaminations n'interviennent quasiment jamais à domicile entre personnes qui ne cohabitent pas ensemble (données Santé publique France) :

Tableau 2. Clusters par type de collectivités (hors Ehpad et milieu familial restreint), entre le 09 mai et 05 octobre 2020, (N=3 207) (Source : MONIC)

Type de collectivités	Ensemble des clusters		Clusters en cours d'investigation	
	N=3 207	%	N=1 070	%
Entreprises privées et publiques (hors ES)	802	25,0	214	20,0
Milieu scolaire et universitaire	680	21,2	378	35,3
Établissements de santé	362	11,3	119	11,1
Évènement public ou privé : rassemblements temporaires de personnes	331	10,3	85	7,9
Milieu familial élargi (concerne plusieurs foyers familiaux)	205	6,4	9	0,8
EMS de personnes handicapées	132	4,1	59	5,5
Établissements sociaux d'hébergement et d'insertion	119	3,7	29	2,7
Crèches	65	2,0	16	1,5
Communautés vulnérables (gens du voyage, migrants en situation précaire, etc.)	61	1,9	19	1,8
Transport (avion, bateau, train)	34	1,1	16	1,5
Établissement pénitentiaires	29	0,9	5	0,5
Unité géographique de petite taille (suggérant exposition commune)	26	0,8	0	-
Structure de l'aide sociale à l'enfance	25	0,8	6	0,6
Structures de soins résidentiels des personnes sans domicile fixe	1	0,0	1	0,1
Autre	335	10,4	114	10,7

FFP2. Le Gouvernement ne fait toujours pas distribuer massivement des masques FFP2 (ou KN95), bien plus protecteurs.¹

Fiche mémo

Appuyez sur F11 pour quitter le mode plein écran.
Les différents types de masques

Le masque anti-projections (de type « chirurgical »)

- Destiné à éviter lors de l'expiration de celui qui le porte, la projection de sécrétions des voies aériennes supérieures ou de salive pouvant contenir des agents infectieux transmissibles :
 - par voie de gouttelettes (transmission par des gouttelettes de salive ou de sécrétions des voies aériennes supérieures) ;
 - ou par voie aérienne (transmission aéroportée par de fines particules de moins de 5 microns).

• Porté par le patient contagieux, dès les premiers symptômes, pour prévenir la contamination de son entourage et de son environnement.

• À jeter dès qu'il est mouillé ou souillé, dans une poubelle si possible équipée d'un couvercle et munie d'un sac pratique ; l'élimination se fait par la filière des ordures ménagères. Un double emballage est recommandé pour préserver le contenu du premier sac en cas de déchirure du sac extérieur, lors de la collecte.

• Puis se laver les mains à l'eau et au savon ou se les désinfecter avec une solution hydro-alcoolique.

• Les masques anti-projections sont livrés aux pharmacies d'officine à partir du stock d'Etat via les grossistes répartiteurs. Ils sont délivrés gratuitement aux patients, sur prescription médicale.

Le malade grippé ou se sentant grippé doit porter un masque anti-projections dès les premiers symptômes grippaux et dès qu'il est en contact avec un soignant ou en présence de toute personne l'approchant à moins de un mètre.

Le masque de protection respiratoire individuelle (de type FFP2)

- C'est un masque filtrant (de type FFP2), destiné à protéger le porteur contre les risques d'inhalation d'agents infectieux transmissibles par voie aérienne. Il le protège a fortiori aussi contre le risque de transmission par gouttelettes.

• Il est composé d'une pièce faciale (demi-masque ou masque complet) et d'un dispositif de filtration.

• Sa durée de protection varie entre trois et huit heures, mais il est difficilement supporté au-delà de quelques heures (voir recommandations du fabricant).

• Une fois mis en place, le masque ne doit plus être touché. Une fois enlevé, il ne doit pas être réutilisé. Il doit être changé immédiatement en dehors de la présence du patient, chaque fois qu'il est souillé, mouillé, ou mal positionné sur le visage.

• Le port de masques de type FFP2 est préconisé pour les personnels de soins lors des phases de transmission interhumaine et pandémique et pour les personnes à risque majeur d'exposition (proximité de moins d'un mètre d'une personne malade), tels que les professionnels de santé au contact des malades.

Masques de protection respiratoire et risques biologiques : foire aux questions

Des réponses aux questions fréquemment posées sur les masques de protection respiratoires et les risques biologiques.

1 - Quelle est la différence entre un masque chirurgical et un masque FFP ?

Un masque chirurgical est un dispositif médical (norme EN 14583). Il est destiné à éviter la projection vers l'entourage des gouttelettes émises par celui qui porte le masque. Il protège également celui qui le porte contre les projections de gouttelettes émises par une personne en vis-à-vis. En revanche, il ne protège pas contre l'inhalation de très petites particules en suspension dans l'air. On distingue trois types de masques :

- Type I : efficacité de filtration bactérienne > 95 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm
- Type II : efficacité de filtration bactérienne > 96 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm
- Type IIR : efficacité de filtration bactérienne > 98 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm et résistant aux débordements.

Un masque FFP est un appareil de protection respiratoire (norme NF EN 149). Il est destiné à protéger celui qui le porte contre l'inhalation à la fois de gouttelettes et de particules en suspension dans l'air. Le port de ce type de masque est plus contraignant (inconfort thermique, résistance respiratoire) que celui d'un masque chirurgical. Il existe trois catégories de masques FFP, selon leur efficacité (estimée en fonction de l'efficacité du filtre et de la fuite au visage). Ainsi, on distingue :

- Les masques FFP1 filtrant au moins 80 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur : 22 %)
- Les masques FFP2 filtrant au moins 94 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur : 8 %)
- Les masques FFP3 filtrant au moins 99 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur : 2 %).

BRUCHE 07/2019 | CD 145



Appareils de protection respiratoire et risques biologiques
Cette fiche indique les critères de choix et les conditions d'utilisation des appareils de protection respiratoire (APR).

2 - Quelle est l'efficacité des masques en tissu ?

Les masques en tissu peuvent être constitués de matériaux de différentes natures. Ces masques n'ont pas été soumis à l'ensemble des tests d'efficacité prescrits par les normes en vigueur. Le peu d'études scientifiques sur les performances de filtration des masques en tissu montrent une efficacité de filtration inférieure à celle des masques chirurgicaux. Une étude chez le personnel hospitalier a également montré que le risque d'infection respiratoire était plus important dans le groupe portant un masque en tissu que dans le groupe portant un masque chirurgical.

Face à la pénurie des masques, les entreprises et les laboratoires se sont mobilisés pour sélectionner



VOIR AUSSI

COVID-19 et prévention en entreprise

Biotechnologies

LES ESSENTIELS SUR...



Le port des masques pour les soignants
Tous les supports de sensibilisation INRS pour le personnel soignant sur le port des masques de protection respiratoire et masques chirurgicaux.

Hygiène des mains
pour l'hygiène hydro-alcoolique

L'essentiel sur l'hygiène des mains autour des soins
Une bonne hygiène des mains est essentielle pour lutter contre les infections : soigner, soigner, soigner. Toi soignant, soigner, soigner. Toi patient, soigner, soigner. Toi soignant, soigner, soigner. Toi patient, soigner, soigner. Toi soignant, soigner, soigner. Toi patient, soigner, soigner.

APPRÈS

Mesures barrières au travail

¹ https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Fiche_Masques.pdf , <http://www.inrs.fr/risques/biologiques/faq-masque-protection-respiratoire.html> , <https://www.sfm.eu/communication/masques-chirurgicaux-et-masques-ffp/> et <https://www.afnor.org/actualites/masques-de-protection-normalisateurs-initiatives-face-au-coronavirus/#:~:text=NF%20EN%2014683%20pour%20les%20masques%20chirurgicaux&text=Elabor%C3%A9%20selon%20la%20norme%20NF, en%20vis%2D%C3%A0%2Dvis.>

Communication SFMC Masques chirurgicaux et masques FFP

Quelques précisions concernant les masques respiratoires, caractéristiques générales des masques chirurgicaux, des masques FFP : capacité de filtration, utilisation, durée de protection.

Masques chirurgicaux

La transmission d'agents infectieux lors d'actes chirurgicaux peut se produire de différentes façons. Les sources de transmission sont, par exemple, le nez et la bouche des membres de l'équipe chirurgicale.

Les masques à usage médical sont en première intention destinés à protéger le patient contre la transmission d'agents infectieux, et, dans certaines circonstances à protéger la personne qui les porte contre les projections de liquides susceptibles d'être contaminés et contre certaines particules actives.

C'est un masque destiné à arrêter les particules projetées par le porteur. Il peut contribuer à protéger contre les projections du malade.

- Directive Européenne 93/42/CEE relative aux Dispositifs Médicaux
- Norme EN 14683 : Août 2014 : cette norme évalue l'efficacité du matériau filtrant dans le sens de l'expiration.

On distingue 4 types de masques chirurgicaux : les masques de type I, de type II, qui peuvent être rendu résistant aux projections et aux liquides IR et IIR :

- Type I = FFB (Efficacité de filtration bactérienne) > 95 %
- Type II = FFB > 98 %
- Type IR et IIR - Résistant aux projections et aux liquides



Masque chirurgical 3 plis

Masque Type IR

Le classement en 3 familles de masques est réparti comme suit :

	Type I	Type II	Type IIR
Efficacité de filtrage bactérienne (EFB) en %	≥ 95	≥ 98	≥ 98
Pression différentielle (Pa/cm ²)	< 29,8	< 29,9	< 49
Pression de la résistance aux projections	Non exigé	Non exigé	≥ 16,0
Propriété Microbienne (µfc/g)	≤ 30	≤ 30	≤ 30

Durée de protection 3 à 8 heures, durée de port permanent généralement conseillée : 4 heures. Un masque humide qui gêne la respiration doit être changé.

Masques de protection respiratoire FFP

Le masque de protection FFP (*Filtering Facepiece Particles*, pièce faciale filtrante contre les particules), aussi appelé appareil de protection respiratoire jetable filtrant contre les particules. Ce masque est une protection contre les particules aussi contre diverses maladies transmissibles dans l'air.

C'est le masque utilisé par les professionnels de santé ou de laboratoire qui filtre également les virus.

De type demi-masque, c'est-à-dire couvrant le menton, le nez et la bouche. On évalue l'efficacité en fonction du taux de filtration mais aussi en fonction du taux de fuite vers l'intérieur, le masque devant être correctement ajusté sur le visage.

La norme NF EN14683:2014 définit trois classes d'efficacité de filtration pour ces masques à savoir FFP1, FFP2 et FFP3. 3 classes de performance :

- FFP1 : Pénétration filtre maximale 20%, Fuite totale maximale 22%;
- FFP2 : Pénétration filtre maximale 6%, Fuite totale maximale 8 %;
- FFP3 : Pénétration filtre maximale 1%, Fuite totale maximale 2%.

Durée de protection 3 à 8 heures, durée de port permanent généralement conseillée : 4 heures.



23 Mars 2020

Masques de protection : les normalisateurs multiplient les initiatives face au coronavirus



Après la mise en accès libre des normes européennes recommandées pour fabriquer les masques de protection respiratoire, AFNOR prend l'initiative pour faciliter la production rapide de « masques barrières » permettant aux personnes saines de se protéger du coronavirus, en plus des indispensables gestes barrières.

Face à la crise sans précédent créée par l'épidémie de coronavirus, le CEN, le Comité européen de

leurs chaînes de production pour fournir rapidement des équipements aux professionnels de santé et aux patients.

NF EN 14683 pour les masques chirurgicaux

Un masque chirurgical est un dispositif médical. Elaboré selon la norme [NF EN 14683](#), il est destiné à éviter la projection vers l'entourage des gouttelettes émises par celui qui porte le masque. Il protège également celui qui le porte contre les projections de gouttelettes émises par une personne en vis-à-vis. En revanche, selon les circonstances, il ne protège pas contre l'inhalation de très petites particules en suspension dans l'air et potentiellement porteuses de virus. On distingue trois types de masques chirurgicaux :

- Type I : efficacité de filtration bactérienne > 95 %.
- Type II : efficacité de filtration bactérienne > 98 %.
- Type III : efficacité de filtration bactérienne > 98 % et résistant aux éclaboussures.

NF EN 149 pour les masques FFP

Un masque FFP (pour « Filtering Facepiece Particles ») est un masque de protection respiratoire individuel. Conçu selon la norme [NF EN 149](#), il est destiné à protéger celui qui le porte à la fois contre l'inhalation de gouttelettes et contre les particules en suspension dans l'air. Le port de ce type de masque est plus contraignant (inconfort thermique, résistance respiratoire) que celui d'un masque chirurgical mais protège de l'inhalation d'agents infectieux. En forme de coque, 2 plis, 3 plis, bords de canard, avec ou sans soupape expiratoire et muni ou non d'un joint facial, il existe trois catégories, selon leur efficacité :

- Les masques FFP1 filtrant au moins 80 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 22 %).
- Les masques FFP2 filtrant au moins 94 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 8 %).
- Les masques FFP3 filtrant au moins 99 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 2 %).

Équiper rapidement les personnels des entreprises et le grand public

AFNOR a également engagé une initiative pour accélérer l'équipement des salariés des entreprises particulièrement exposés au risque de contamination. En s'appuyant sur une communauté d'experts et d'utilisateurs¹, un document de référence sera publié dans les prochains jours pour proposer des exigences essentielles de fabrication de nouveaux masques de protection.

Répondant à des exigences moindres que les masques chirurgicaux et de type FFP2, les « masques barrières » pourront être fabriqués pour équiper les personnes saines, en complément de la panoplie des gestes barrières indispensables pour freiner la prolifération du coronavirus. Les masques barrières contribueront ainsi au maintien ou à la reprise d'activités pour les entreprises, en protégeant la santé des salariés.

Un document pour la production en série et la confection artisanale de « masques barrières ».

Le document AFNOR sera mis à disposition des entreprises candidates à la fabrication en série, mais aussi de tout acteur disposant des matériaux et de l'équipement appropriés pour une confection artisanale. Seront aussi proposés dans le document des conseils pour mettre en place, en l'absence de cas, un point d'entretien un

Nos dossiers thématiques

Achats

Agroalimentaire

DD/RSB

Energie

Environnement

Numérique

Qualité

Secteur public

Silver économie

SST

Newsletter AFNOR

Commentaire votre destin.

Inscrivez-vous

Depuis janvier le Gouvernement a certainement eu l'occasion de réaliser des stocks de masques les plus efficaces afin d'éviter une nouvelle pénurie. Le 30 mars 2020 (ordonnance n° 439798), le Conseil d'Etat avait d'ailleurs rejeté le référé-liberté tendant à la production de masques FFP2 en France afin que le plus grand nombre de personnes en soit équipée notamment face à une seconde vague car il n'y avait aucune raison de penser qu'il pourrait y avoir une pénurie au second semestre.

La production massive de masques FFP2 (ou KN 95) notamment en Chine permet de s'approvisionner aisément (captures d'écran du matin du 20 octobre) :

The screenshot shows the Alibaba.com search results for 'kn95 mask'. The search bar contains 'kn95 mask' and the results are filtered to show 127,051 items. The top row of results includes:

- CE Jetele Non-Tissé FFP2 Particules...**: 0,44 \$US-0,47 \$US / Pièce, 4800 Pièces (Commande minimum)
- Approuvé Masque Respirateur Masque Anti-Poussière KN95**: 1,00 \$US-2,00 \$US / Pièce, 100 Pièces (Commande minimum)
- Livraison rapide Pliable coloré Visage...**: 0,60 \$US-1,10 \$US / Pièce, 100 Pièces (Commande minimum)
- Usine stock 5-couche de défense KN95...**: 0,30 \$US-0,45 \$US / Pièce, 200 Pièces (Commande minimum)
- 24 heures en ligne En Stock UCE Liste...**: 0,15 \$US / Pièce, 500 Pièces (Commande minimum)

The screenshot shows the Amazon.fr shopping cart. The cart contains 30 items with a total price of 989,70 €. The main item in the cart is:

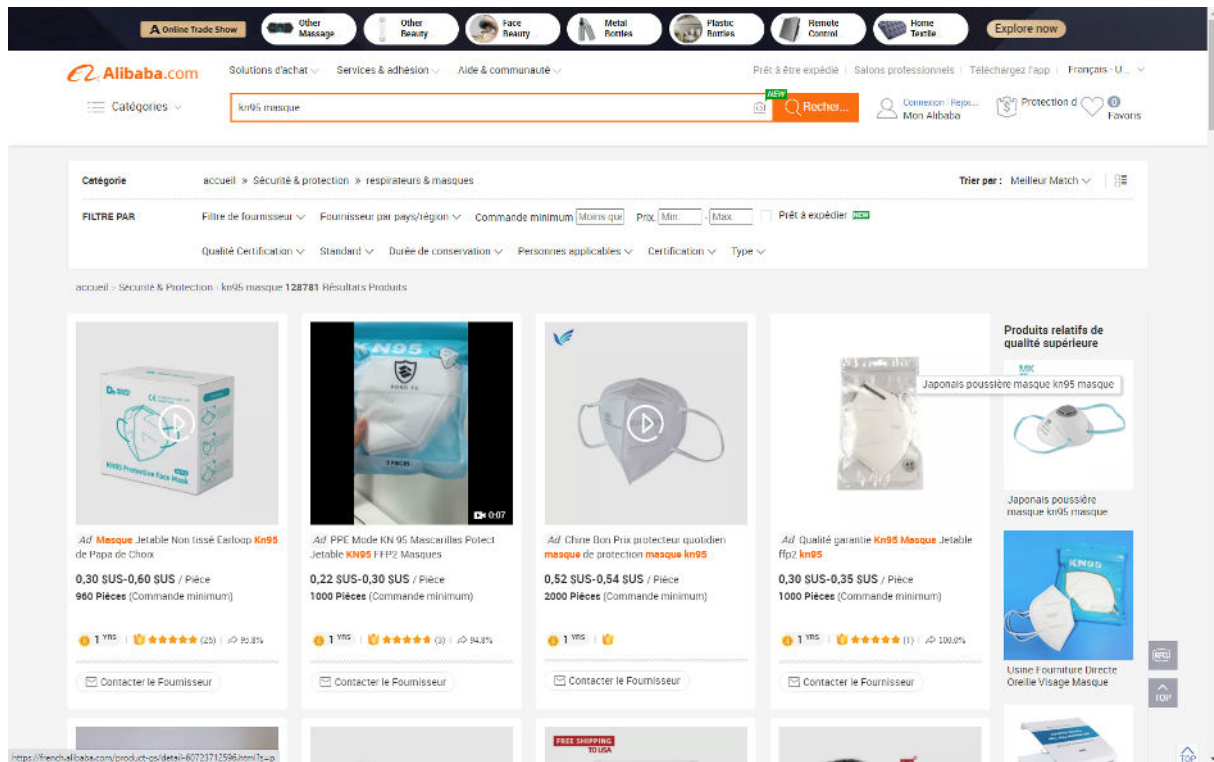
- Medisana RM 100 FFP2/KN 95 Masque de protection respiratoire Masque anti-poussière Masque respiratoire Masque facial à 3 couches 10 pièces emballées individuellement dans un sac en PE**: 32,99 € (3,30 € / unité)

Other items in the cart include:

- HP 302XL cartouche**: 51,97 €
- HP 1 x Cartouche**: 6,77 €
- BIC Criterion Porte-**: 6,77 €
- Tintoret**: 77,00 €

Sur la seule version française du célèbre vendeur en ligne chinois Alibaba.com au matin du 20 octobre, on compte 128 781 résultats en réponse à la

demande « kn95 masque », dont de nombreuses références permettant d'acheter plusieurs milliers de masques à la fois :



L'Etat refuse la distribution massive de masques FFP2.

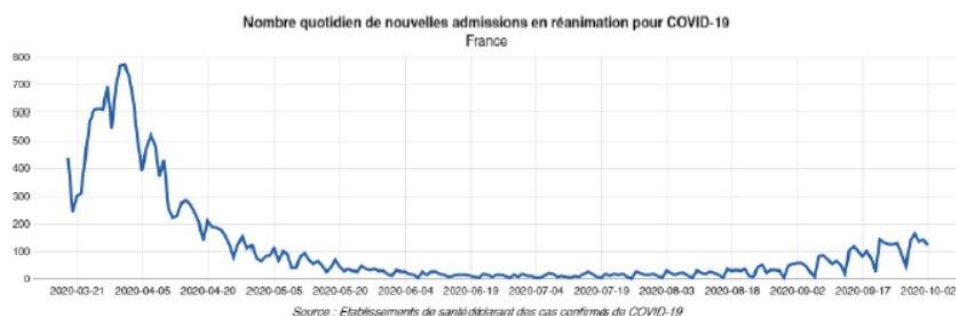
On ne s'étendra pas sur le refus de l'Etat d'accroître considérablement le nombre de lits de réanimation.

Vulnérables. Le 9 octobre, le Gouvernement a plaidé devant le juge des référés du Conseil d'Etat que la situation sanitaire était si bien contrôlée à la date à laquelle le juge statuait que des personnes particulièrement vulnérables à la pandémie en raison de comorbidités n'étaient pas exposées à un risque justifiant qu'elles puissent bénéficier d'un arrêt de travail (ou du télétravail de droit).²

² <https://twitter.com/OBerruyer/status/1314281657529139201>

Puis, et comme le soulignent effectivement les requérants, cet avis a **perdu de sa pertinence** en raison de **l'évolution de la situation épidémiologique**. Le risque de développer une forme grave apparaît d'autant plus élevé que **le virus circule activement, ce qui était le cas fin mars**, lorsque des indemnités journalières ont commencé à être versées à ces salariés pour qu'ils restent en isolement et ne soient pas contraints d'aller travailler en dehors de leur domicile, si le télétravail n'était pas possible.

Le graphique ci-dessous, présentant le nombre quotidien de nouvelles admissions en réanimation, atteste que **la situation sanitaire a significativement évolué depuis mars**, comme le risque de développer une forme grave de la covid-19, évolutions qui justifient à elles seules que la liste des personnes *vulnérables*, soit révisée sans qu'une telle révision caractérise une erreur, manifeste ou non, d'appréciation.



Si le virus ne circulait plus activement le 9 octobre au point où il fallait « *envoyer un signal de retour au travail* » même pour les plus vulnérables (selon le représentant du Ministre de la Santé à l'audience), comment pourrait-il circuler à nouveau activement le 16 octobre ?

Le Gouvernement a également soutenu que le risque de contamination entre des personnes partageant le même domicile était très faible, de sorte qu'il n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en supprimant le chômage partiel pour ceux qui partagent le domicile d'une personne vulnérable.

Par une ordonnance n° 444916 du 15 octobre 2020, le Conseil d'Etat a suspendu le décret du 29 août 2020 qui avait drastiquement réduit la définition des personnes vulnérables mais a rejeté la demande de suspension de ce décret en ce qu'il avait mis fin aux arrêts de travail pour les cohabitants avec un vulnérable. Selon la juridiction suprême, il n'y avait aucune raison sérieuse de douter de la pertinence du renvoi au bureau même des conjoints d'une personne particulièrement vulnérable à la pandémie si elle est contaminée.

Assignment à résidence. Le 16 octobre 2020, le Premier ministre a adopté le décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, lui-même décrété le 14 octobre.

Ni ce décret ni aucun autre acte n'imposent un contrôle des frontières garantissant que les personnes rentrant sur le territoire national ne sont pas infectées.

La grande majorité des établissements recevant du public n'est pas fermée, notamment les salles de spectacles, les cinémas, les restaurants, *etc.*

Les manifestations sont toujours autorisées, comme on l'a vu dimanche 18 octobre place de la République. L'article 3 II du décret autorise d'ailleurs la tenue de manifestations sauf opposition du préfet. L'article 3 V du décret autorise potentiellement les événements réunissant plus de 5 000 personnes.

Les rassemblements de plus de 12 ou 50 personnes dans les lieux privés après 21 heures ne sont pas interdits.

L'article 51 I du décret dispose en revanche :

« Dans les départements mentionnés à l'annexe 2, le préfet de département interdit, dans les zones qu'il définit, aux seules fins de lutter contre la propagation du virus, les déplacements de personnes hors de leur lieu de résidence entre 21 heures et 6 heures du matin à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, en évitant tout regroupement de personnes :

1° Déplacements entre le domicile et le lieu d'exercice de l'activité professionnelle ou le lieu d'enseignement et de formation ;

2° Déplacements pour des consultations et soins ne pouvant être assurés à distance et ne pouvant être différés ou pour l'achat de produits de santé ;

3° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance aux personnes vulnérables ou précaires ou pour la garde d'enfants ;

4° Déplacements des personnes en situation de handicap et de leur accompagnant ;

5° Déplacements pour répondre à une convocation judiciaire ou administrative ;

6° Déplacements pour participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative ;

7° Déplacements liés à des transferts ou transits vers ou depuis des gares ou aéroports dans le cadre de déplacements de longue distance ;

8° Déplacements brefs, dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile pour les besoins des animaux de compagnie.

Les personnes souhaitant bénéficier de l'une des exceptions mentionnées au présent I se munissent, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions ».

L'annexe 2 du décret dispose : *« Départements mentionnés à l'article 51 : Bouches-du-Rhône ; Haute-Garonne ; Hérault ; Isère ; Loire ; Nord ; Rhône ; Seine-Maritime ;*

Paris ; Seine-et-Marne ; Yvelines ; Essonne ; Hauts-de-Seine ; Seine-Saint-Denis ; Val-de-Marne ; Val-d'Oise ».

Cette assignation à résidence est l'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales attaquée par les requérants.

DISCUSSION

L'article L 521-2 du Code de justice administrative dispose : « 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 ».

A. La recevabilité des requérants

Tous les requérants personnes physiques habitent dans des zones concernées (voir pièces d'identité et justificatifs de domicile, pièces n° 2 et 3).

Le Cercle Droit et Liberté a pour objet : « toutes activités d'intérêt général relatif aux questions de défense des droits et libertés publiques et individuelles, de civisme et de politique, d'agir dans toute procédure judiciaire ou administrative pour la défense des droits et des libertés publiques et individuelles » (voir statuts, pièce n° 4).

B. L'urgence

L'urgence est manifeste car l'article 51 I du décret est une assignation à résidence de 21 heures à 6 heures du matin sous peine d'amende voire d'emprisonnement en cas d'infractions multiples sont déjà en vigueur.

C. Liberté fondamentale en cause

La liberté d'aller et venir et le droit à une vie personnelle normale grâce aux rencontres avec ses amis sont évidemment des libertés fondamentales.

D. Caractère opérant des moyens

L'article 51 I critiqué dispose : « Dans les départements mentionnés à l'annexe 2, le préfet de département interdit, dans les zones qu'il définit, aux seules fins de lutter contre la propagation du virus, les déplacements de personnes hors de leur lieu de résidence entre 21 heures et 6 heures du matin à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, en évitant tout regroupement de personnes :

Certes on pourrait considérer que cette disposition ne fait pas grief en elle-même puisqu'elle renvoie la définition aux préfets de département des zones où l'assignation à résidence s'appliquera, de sorte qu'il appartiendrait aux juges des référés des tribunaux administratifs se statuer sur leur légalité, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat (pour les référés-libertés) ou de pourvoi en cassation (pour les référés-suspensions).

Deux éléments décisifs militent toutefois contre une telle interprétation.

D'une part, il ressort des déclarations publiques du Président de la République comme des Ministres que le pouvoir réglementaire avait décidé l'assignation à résidence de toute l'Ile de France et des grandes villes citées. La décision administrative matérielle de confiner de nuit les habitants d'Ile-de-France avait donc été prise lors de l'adoption de ce décret. Aucune mesure supplémentaire n'a été prise par les préfets, en particulier en Ile-de-France.

D'autre part, le caractère exorbitant des mesures en cause et l'intérêt d'une bonne administration de la justice commandent que le Conseil d'Etat statue sans attendre les décisions à venir des présidents des tribunaux administratifs et qu'il puisse examiner intégralement les faits au lieu de s'en tenir au contrôle limité d'un juge de cassation contre des ordonnances rendues en matière de référé-suspension.

Certes les requérants ne manqueront pas de saisir les présidents des tribunaux administratifs si le Conseil d'Etat ne statue pas sur l'article 51 I du décret attaqué mais la gravité de la situation plaide pour une décision en premier et dernier ressort dès que possible.

E. L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

I. L'assignation à résidence de 21h à 6h du matin résulte d'une erreur manifeste d'appréciation car le pouvoir réglementaire a choisi la mesure la plus liberticide (hors confinement) et la moins efficace parmi les mesures possibles

II. L'assignation à résidence de 21h à 6h du matin méconnaît manifestement l'égalité devant la loi car elle impose la contrainte la plus sévère possible aux personnes physiques (hors confinement) alors que des activités bien plus favorables à la propagation du virus sont autorisées

D'une part, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation commise par le pouvoir réglementaire conduit nécessairement le juge administratif à examiner si une autre mesure plus efficace ou moins liberticide aurait pu être adoptée. L'erreur suppose en effet un choix entre plusieurs mesures possibles, de sorte que la juridiction doit examiner si l'autorité administrative n'a pas commis une erreur manifeste dans le choix des mesures adoptées et donc rechercher s'il ne fallait pas de préférence adopter une autre mesure possible.

Lorsqu'elle choisit entre les mesures possibles, l'autorité administrative doit autant que possible privilégier les mesures les moins liberticides et les plus efficaces pour atteindre le but d'intérêt général qu'elle poursuit. Entre deux mesures, l'autorité administrative doit choisir la moins liberticide et la plus efficace. A défaut, elle commet une erreur manifeste d'appréciation.

D'autre part, lorsque plusieurs personnes sont soumises à un ensemble de contraintes pour atteindre un objectif d'intérêt général, l'autorité administrative ne doit pas imposer à certaines des contraintes bien plus lourdes qu'à d'autres à efficacité égale pour atteindre l'objectif d'intérêt général.

L'égalité devant la loi interdit d'imposer des contraintes bien plus lourdes à certains qu'à d'autres si les effets sont identiques. Le pouvoir réglementaire ne saurait en effet avantager une partie de la population par une atteinte disproportionnée aux libertés des autres.

En matière sanitaire, l'assignation à résidence est de loin la mesure la plus liberticide après le confinement. Une assignation à résidence n'est d'ailleurs rien d'autre qu'un confinement limité dans le temps, par exemple 9 heures du 24.

L'assignation à résidence est particulièrement attentatoire aux libertés individuelles car elle frappe la partie de la journée où les actifs sont libres de leurs mouvements puisqu'une bonne partie du temps ils doivent se trouver sur le lieu de travail ou dans les transports entre leur domicile et leur lieu de travail.

L'assignation à résidence de 21 heures à 6 heures du matin vise à interdire aux gens de fréquenter leurs amis et à leur interdire de se déplacer aux heures où ils ne travaillent pas. Lors de son allocution du 14 octobre 2020, le président de la République a d'ailleurs revendiqué la volonté d'empêcher les Français de voir leurs amis et leurs proches. Comme elle est la plus liberticide après le confinement, cette mesure n'est légale que si le Gouvernement a déjà mis en œuvre toutes les autres mesures possibles ou si elle est particulièrement efficace pour réduire l'engorgement des hôpitaux publics par rapport aux autres mesures possibles.

Ici, l'assignation à résidence peut limiter les contaminations de deux manières : empêcher les contaminations sur la voie publique entre 21 heures et 6 heures du matin et empêcher les contaminations dans les lieux privés entre 21 heures et 6 heures du matin.

Si l'objectif était d'empêcher les Français d'aller au restaurant ou au spectacle entre 21 heures et 6 heures du matin, il suffisait de fermer les restaurants et les salles de spectacles à ces heures-là, il n'était pas nécessaire d'imposer un couvre-feu. La façon la plus simple d'interdire l'accès à un établissement recevant du public est encore de fermer l'établissement plutôt que d'enfermer chez eux tous ceux qui pourraient s'y rendre.

L'efficacité de la mesure dépend donc du nombre de contaminations (i) dans les lieux privés entre personnes qui ne vivent pas ensemble ou (ii) sur la voie publique entre 21 heures et 6 heures du matin dans les zones concernées.

Les contaminations nocturnes sur la voie publique sont inexistantes car aucun cas n'est attesté malgré les multiples études en France ou à l'étranger et de toute façon le port du masque est obligatoire même la nuit dans les zones concernées. D'ailleurs le Gouvernement soutenait encore le 9 octobre à l'audience de référé du Conseil d'Etat au sujet de l'activité partielle des personnes vulnérables³ :

L'ensemble des personnes *vulnérables* sont, depuis l'été 2020, en mesure de s'équiper en masques de protection chirurgicaux disponibles en stocks suffisants et délivrés gratuitement en pharmacies d'officine aux personnes *vulnérables* sur prescription médicale conformément aux dispositions de l'article 3 de l'arrêté 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. Il ne peut être contesté que la mise à disposition de ces masques a eu pour objet et pour effet de garantir la protection des personnes *vulnérables* à la COVID en toutes circonstances, aussi bien en milieu professionnel qu'en milieu communautaire. Le port du masque s'est ajouté aux autres mesures *barrières* dont le respect relève de la responsabilité propre de la personne (hygiène des mains) ou de celle de son employeur (obligation de sécurité au sens des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail : par exemple, désinfection du poste de travail si partagé, respect de la distanciation physique).

³ <https://twitter.com/OBerruyer/status/1314281666970558464>

Puisque même les personnes vulnérables sont protégées en toutes circonstances par les masques même dans les transports en commun bondés la journée, les habitants des zones sous couvre-feu ne risquent aucune contamination la nuit dans des rues largement désertes.

En tout état de cause, l'article 51 I du décret est donc manifestement illégal en ce qu'il interdit les déplacements la nuit en portant le masque puisqu'il suffirait d'interdire les rassemblements entre 21 heures et 6 heures du matin dans les lieux privés pour atteindre le même résultat.

Puisque les contaminations nocturnes dans les zones concernées sont en réalité inexistantes, l'efficacité du décret dépend uniquement du nombre de contaminations entre personnes qui ne vivent pas ensemble qui pourront être évitées entre 21 heures et 6 heures du matin.

1. Or selon le Gouvernement ce risque de contamination est inexistant.

Lorsque d'autres requérants ont attaqué le décret du 29 août 2020 relatif aux personnes vulnérables, ils ont fait valoir que renvoyer sur le lieu de travail les salariés cohabitant avec une personne vulnérable car cancéreuse, diabétique, âgée, *etc.* résultait d'une erreur manifeste d'appréciation car le risque de contamination à l'intérieur d'un foyer était très élevé. A l'audience, l'avocat du principal requérant a par exemple fait valoir que le conjoint d'une femme atteinte d'un cancer vivant dans un appartement de taille limitée à Paris risquait fort de la contaminer car il ne respecterait sans doute pas les gestes barrières ou pourrait toucher des surfaces que sa compagne serait amenée à toucher.

Le Gouvernement a opposé – avec succès – que le risque de contamination entre personnes vivant ensemble en permanence n'était pas particulièrement élevé notamment parce que les Français respectaient les gestes barrières même dans la vie intime, même lorsqu'ils partagent le même lit.

Or si le risque de contamination entre personnes qui vivent ensemble comme mari et femme pendant les plusieurs semaines où une personne est contagieuse est infime, il doit être inexistant lors d'un dîner de trois heures entre personnes qui ne vivent pas ensemble et ne sont pas physiquement intimes. De toute évidence, les Français appliquent davantage les gestes barrières et la distanciation sociale avec leurs amis qu'avec leur conjoint.

Comme exposé par le Gouvernement le 9 octobre 2020 pour défendre le décret du 29 août relatif aux personnes vulnérables, il est tout à fait possible de ne

pas être contaminé lorsqu'on vit ensemble même entre conjoints. Mathématiquement le risque de contamination lors d'un dîner entre amis est donc infime. Voici le calcul :

- on est contagieux en moyenne une dizaine de jours (et la durée de contagiosité ne change pas le raisonnement)

- on passe aisément plus de 13 heures par jour en moyenne avec son conjoint (weekends compris, *a fortiori* lors d'une pandémie) ; on passe donc au moins $15 \times 10 = 150$ heures avec son conjoint lorsqu'on est malade

- dans une période de dix jours en couvre-feu, on voit ses amis et connaissances au plus un soir sur deux pendant environ 3 heures, soit une durée totale d'exposition = $3 * 10/2 = 15$

- même avec une vie sociale très fournie on passe ainsi dix fois plus de temps (150/15) avec son conjoint qu'avec ses amis, de sorte que le risque de contamination prévenu par l'assignation à résidence est dix fois plus faible

- on peut raisonnablement supposer qu'on respecte davantage les gestes barrières avec ses amis lors d'un dîner à six qu'avec son fiancé jusque dans la chambre, de sorte que le risque de contamination entre amis et connaissances lors d'un dîner est bien plus faible que le risque de contamination entre conjoints ; on peut raisonnablement supposer que les gestes barrières sont dix fois plus respectés avec les amis qu'avec le conjoint (au minimum), de sorte que la probabilité de contamination est encore divisée par dix au moins

- il résulte de ce qui précède que la probabilité de contamination lors d'un dîner avec des amis est $10 \times 10 = 100$ fois inférieure à la contamination entre conjoints

- or selon les ministres du travail et de la santé, le risque de contamination entre conjoints est très inférieur à 100%, ce qui les autorisait à renvoyer au bureau les conjoints de personnes vulnérables car la contamination n'avait rien d'automatique

- le risque de contamination entre amis et connaissances lors de dîners interdits par le couvre-feu est donc tout au plus cent fois inférieur à un risque lui-même limité, c'est-à-dire qu'il est quasi-inexistant.

2. Ensuite l'interdiction des dîners à domicile entre amis ou connaissances n'a pratiquement aucun effet sanitaire.

Selon le Gouvernement, le risque de contamination lors d'un dîner avec des amis dans un appartement de taille limitée en raison du prix de l'immobilier

dans les métropoles est élevé or aucune étude n'a établi ni même supposé que ce mode de contamination serait significatif.

Il suffit d'examiner de façon réaliste la vie des habitants de ces villes pour savoir qu'ils ne dînent pas tous les soirs ou même un soir sur deux chez leurs amis ou connaissances : (i) beaucoup d'entre eux ont des enfants, (ii) les personnes vulnérables notamment âgées ont une vie sociale moins active, (iii) de nombreux actifs travaillent tard le soir ou sont fatiguées à 21 heures car ils doivent travailler tôt le matin et (iv) la vie sociale est fortement réduite du fait de la pandémie.

Le nombre de contaminations évitées sera quasi-inexistant.

L'efficacité de la mesure est d'autant plus limitée que les personnes qui souhaitent vraiment se rencontrer sans respecter les gestes barrières se verront de toute façon et donc se contamineront si l'une d'elles est infectée (par exemple les couples où chacun vit à son domicile).

3. De nombreuses autres mesures moins liberticides et au moins aussi efficaces sont possibles.

a. Ni ce décret ni aucun autre acte n'imposent un contrôle des frontières garantissant que les personnes rentrant sur le territoire national ne sont pas infectées. Or avant d'interdire aux Français de voir leurs amis le pouvoir réglementaire devrait déjà garantir que les étrangers qui arrivent ne contamineront pas les habitants.

b. La grande majorité des établissements recevant du public n'est pas fermée, notamment les salles de spectacles, les cinémas, les salles de danse, les restaurants, *etc.* Or il n'y a aucune raison d'enfermer près de 20 millions de personnes neuf heures par jour et leur interdire de voir leurs amis afin de laisser ouvertes les salles de spectacles et les activités de loisir payantes, où les contaminations sont bien plus nombreuses. « *L'équilibre financier* » des salles de spectacle et des professeurs de danse ne saurait justifier une détention neuf heures par jour de la population.

Si les contacts physiques lors d'un dîner entre connaissances doivent être interdits en raison de la proximité, il faut *a fortiori* interdire les cours de danse de salon, les projections cinématographiques dans des salles climatisées (donc avec circulation d'air contaminé) ou encore les spectacles pour les mêmes raisons.

Les requérants ne soutiennent pas qu'il faudrait absolument fermer les établissements de loisir recevant du public. Ils font seulement valoir que l'assignation à résidence n'est légale que si ces établissements ont déjà été fermés et que cette interdiction est insuffisante.

c. Les manifestations sont toujours autorisées, comme on l'a vu dimanche 18 octobre place de la République. L'article 3 II du décret autorise d'ailleurs la tenue de manifestations sauf opposition du préfet. L'article 3 V du décret autorise potentiellement les événements réunissant plus de 5 000 personnes.

Les rassemblements de plus de 10 ou 50 personnes dans les lieux privés après 21 heures ne sont pas interdits.

Si l'objectif est d'interdire les fêtes dans des appartements privés, il était plus efficace et moins liberticide d'interdire les rassemblements dans les lieux privés de plus de dix personnes (hors famille) entre 21 heures et six heures du matin. En l'état le couvre-feu n'interdira évidemment pas les fêtes ; il garantira seulement qu'elles se poursuivront jusqu'à six heures du matin – c'est-à-dire le contraire de l'effet soi-disant recherché.

Les requérants ne soutiennent pas qu'il faudrait absolument adopter ces mesures. Ils font seulement valoir que l'assignation à résidence n'est légale que si ces mesures ont déjà été adoptées et sont insuffisantes.

d. Le télétravail n'est toujours pas généralisé, en particulier dans la fonction publique, or avant d'enfermer les citoyens neuf heures par jour le pouvoir réglementaire devrait désengorger les transports en commun et les lieux de travail.

Tant que le télétravail n'est pas de droit (sauf impossibilité d'exercice à distance), un salarié qui travaille à distance peut être licencié pour abandon de poste. Peu de salariés courent un tel risque, surtout en période de crise économique.

Or l'Etat ne saurait interdire de se déplacer dans la rue ou de voir ses amis afin de permettre aux employeurs à contraindre les salariés à venir au bureau.

4. Le pouvoir réglementaire refuse de nombreuses autres mesures plus efficaces et moins liberticides, commettant ainsi une erreur manifeste d'appréciation et violant le principe d'égalité devant la loi.

Vulnérables. Puisque l'objectif de l'exécutif est d'éviter l'engorgement des hôpitaux et notamment des services de réanimation, il faut avant tout réduire l'exposition au virus des personnes les plus susceptibles de développer une forme grave de la maladie ou des personnes qui contamineront quasi-certainement une personne particulièrement vulnérable.

De deux choses l'une :

- soit la contamination à domicile est inexistante, auquel cas l'assignation à résidence est manifestement irréflective
- soit la contamination à domicile entre amis et connaissances hors relation intime est un risque significatif, auquel cas le risque de contamination entre conjoints est immense, de sorte que le pouvoir réglementaire a commis une erreur manifeste d'appréciation en retirant aux conjoints des personnes dix ou vingt fois plus exposées le droit de ne plus travailler au bureau.

Comme le Gouvernement ne saurait déceintement soutenir le 20 octobre le contraire de ce qu'il soutenait au Conseil d'Etat le 9 octobre, l'assignation à résidence est manifestement illégale.

Si toutefois le risque de contamination à domicile est important, le Gouvernement a commis une erreur manifeste d'appréciation en choisissant d'assigner à résidence près de 20 millions de personnes plutôt que de maintenir le chômage partiel pour ceux qui partagent le domicile d'un vulnérable.

FFP2. Selon le Ministère de la santé lui-même au 20 octobre (https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Fiche_Masques.pdf), l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (<http://www.inrs.fr/risques/biologiques/faq-masque-protection-respiratoire.html>) et la Société française de médecine de catastrophe (<https://www.sfmc.eu/communication/masques-chirurgicaux-et-masques-ffp/>), les masques FFP2 protègent bien mieux de la contamination que les masques chirurgicaux ou en tissu.

Selon l'AFNOR (selon son site internet consulté au matin du 20 octobre) :

« NF EN 14683 pour les masques chirurgicaux

Un masque chirurgical est un dispositif médical. Elaboré selon la norme NF EN 14683, il est destiné à éviter la projection vers l'entourage des gouttelettes émises par celui qui porte le masque. Il protège également celui qui le porte contre les projections de gouttelettes émises par une personne en vis-à-vis. En revanche, selon les circonstances, il ne protège pas contre l'inhalation de très petites particules en suspension dans l'air et potentiellement porteuses de virus. On distingue trois types de masques chirurgicaux :

Type I : efficacité de filtration bactérienne > 95 %.

Type II : efficacité de filtration bactérienne > 98 %.

Type IIR : efficacité de filtration bactérienne > 98 % et résistant aux éclaboussures.

NF EN 149 pour les masques FFP

Un masque FFP (pour « Filtering Facepiece Particles ») est un masque de protection respiratoire individuel. Conçu selon la norme NF EN 149, il est destiné à protéger celui qui le porte à la fois contre l'inhalation de gouttelettes et contre les particules en suspension dans l'air. Le port de ce type de masque est plus contraignant (inconfort thermique, résistance respiratoire) que celui d'un masque chirurgical mais protège de l'inhalation d'agents infectieux. En forme de coque, 2 plis, 3 plis, becs de canard, avec ou sans soupape expiratoire et muni ou non d'un joint facial, il existe trois catégories, selon leur efficacité :

Les masques FFP1 filtrant au moins 80 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 22 %).

Les masques FFP2 filtrant au moins 94 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 8 %).

Les masques FFP3 filtrant au moins 99 % des aérosols (fuite totale vers l'intérieur < 2). [...]

Répondant à des exigences moindres que les masques chirurgicaux et de type FFP2, les « masques barrières » pourront être fabriqués pour équiper les personnes saines, en complément de la panoplie des gestes barrières indispensables pour freiner la prolifération du coronavirus. Les masques barrières contribueront ainsi au maintien ou à la reprise d'activités pour les entreprises, en protégeant la santé des salariés ».

La première mesure à adopter est donc de distribuer massivement des masques FFP2, s'il le faut gratuitement aux agents publics et aux personnes vulnérables ou en imposant aux employeurs de les distribuer au titre de leur obligation de sécurité inhérente au contrat de travail. Il est manifestement moins liberticide de fournir des FFP2 qui remplacent les masques en tissu ou chirurgicaux que d'enfermer près de 20 millions de ses citoyens neuf heures par jour.

« L'équilibre des finances publiques » ne saurait justifier d'assigner à résidence près de 30% des Français parce que l'Etat refuse de les approvisionner en masques FFP2 et préfère les laisser utiliser des masques à l'efficacité limitée.

Le prix moyen du FFP2 est d'ailleurs modique (environ 0,2 € pièce) et la puissance d'achat de l'Etat lui permettrait sans doute d'obtenir un prix de gros plus avantageux qu'une personne privée via un site de vente en ligne.

En bref, le pouvoir réglementaire a choisi la seconde mesure la plus liberticide et la mesure la moins efficace pour lutter contre la pandémie.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, il est demandé au Conseil d'Etat de :

- Suspendre l'article 51 I du décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ;
- Mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 € au titre de l'article L 761-1 du Code de justice administrative.