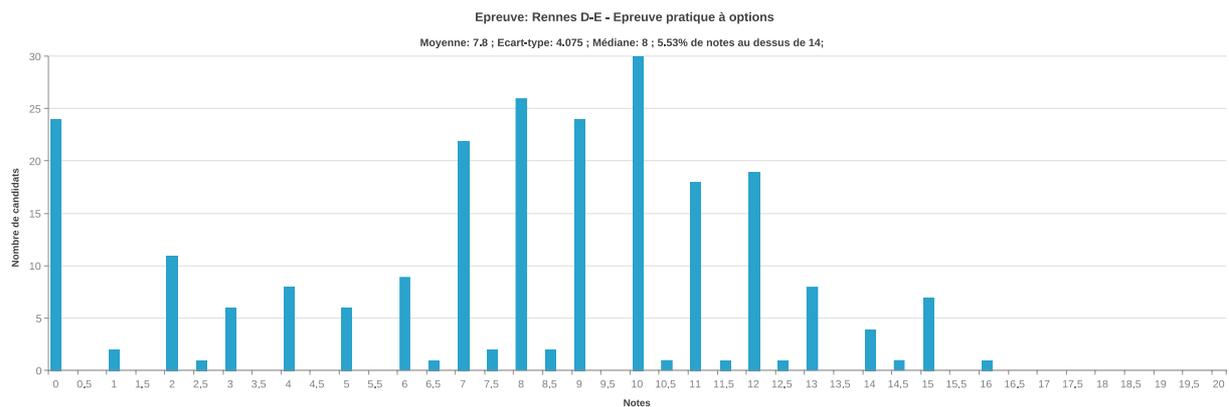


Rapport de jury

Épreuve écrite de droit public

I – Statistiques



II – Rapport

1. Remarques générales sur l'épreuve

L'épreuve de droit public a donné lieu à un commentaire d'une ordonnance de référé rendue par le Conseil d'État et relative à question de l'encadrement général édicté par le Ministre de la santé sur les modalités d'obligation du port du masque par les préfets Ce sujet a permis à la fois de mesurer les bonnes copies qui ont su restituer clairement la question de la mesure de police administrative comme celle du pouvoir de direction du ministre sur les préfets et de discriminer les excellentes copies qui ont su analyser la portée de cette jurisprudence qui a pour fonction de cadrer les recours locaux dirigés contre chacun des arrêtés préfectoraux litigieux.

Parmi les éléments méthodologiques attendus, nous insisterons cette année encore sur l'importance de produire un plan structuré et rigoureux comprenant des titres qualifiés et complets (le qualificatif étant le révélateur d'une idée, qui peut bien sûr se formuler d'une autre manière, et le caractère complet devant permettre d'identifier clairement le contenu de la partie ou du paragraphe), en précisant que nous avons admis plusieurs types de plans (l'important étant qu'il soit justifié par le candidat) et que les plans avec l'ambition d'une grande originalité ne sont pas les plus efficaces. Le plan retenu doit être la réponse argumentée au problème de droit identifié par le candidat.

Concernant le problème de droit, rappelons qu'il s'agit de la question posée au juge, et qu'on dit du problème de droit qu'il doit permettre à lui seul d'identifier une seule décision parmi toutes ; par conséquent une formulation trop générale comme celle d'une copie citée ici « *les mesures de police administratives sont elles respectueuses des libertés et droit fondamentaux ?* » est à proscrire, tout comme une problématique trop restrictive telle que celle d'une copie citée ici « *les circonstances exceptionnelles, en raison de la crise sanitaire, sont-elles de nature à justifier l'obligation du port du masque ainsi que la restriction de certaines libertés fondamentales ?* » (dans ce second cas, la question

de la nature de l'acte litigieux n'est pas évoquée). À titre d'exemple, voici une problématique pertinente relevée dans une copie : « *en se bornant à donner des instructions aux préfets de prendre des mesures prévues, le Premier ministre a-t-il porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales citées par le requérant ?* ». A l'inverse, un problème de droit inapproprié serait le suivant, relevé dans une copie : « *la décision du Premier ministre de donner instruction aux représentant de l'État territorialement compétents de mettre en œuvre l'obligation du port du masque en extérieur est elle légale ?* », il ne convient pas car il suggère l'exercice d'un contrôle de légalité classique, ce qui n'est pas le cas en référé. Rappelons qu'un problème de droit n'est pas une problématique : les candidats peuvent en proposer une mais c'est le problème de droit qui est le principal élément attendu. Cette année, de nombreuses copies n'ont pas du tout pris le soin d'identifier un problème de droit, ce qui est très regrettable.

Concernant l'accroche, elle est importante en tant qu'elle est l'entrée dans la copie, et que sa qualité révèle très souvent celle de tout le devoir. Ainsi, on peut citer quelques bonnes accroches qui donnent à penser : « *Dans un arrêt Marc, rendu par le Conseil d'État en 1908, le Commissaire du Gouvernement Teissier affirmait que les mesures de police administrative représentaient un "dosage méticuleux des sacrifices"* » ou « *Montesquieu avait prévu qu'il existe des moments dans lesquels nous devons mettre un voile sur les libertés "comme l'on cache les statues des dieux". L'état d'urgence sanitaire est un de ces moments.* », comme de moins bonnes : « *L'arrêt que nous allons étudier est un arrêt du Conseil d'État rendu en formation collégiale le 11 janvier 2022* ».

Concernant les titres, ceux-ci doivent être juridiques, rigoureux, précis et qualifiés. Pour de bons exemples, on renverra à la présente correction, voici de mauvais exemples tirés des copies de cette session : « *2. Le raisonnement rigoureux du juge des référés au regard du rejet de la demande du requérant* » ; « *2B Une analyse malgré tout limitée et critiquable du juge des référés* » ; « *1A Le contexte de l'état d'urgence sanitaire peut justifier l'extension des pouvoirs de police administrative* » ; « *2 En l'espèce, le rejet cohérent du référé par le juge* » ; « *1A La compétence du juge administratif* » ; « *1 La relation verticale de l'administration avec l'administré* » ; « *2. L'état d'urgence sanitaire, un enjeu politique et juridique épineux* » ; « *1B. Le Conseil d'État, clef de voûte de la protection des libertés fondamentales* » ; « *2. Le Conseil d'État, chien de garde du principe de légalité* ».

Sur la rigueur de l'expression, le jury recommande aux candidats de prêter la plus grande attention à l'emploi du vocabulaire juridique, les imprécisions donnant lieu à des erreurs de fond. On voudrait donner quelques illustrations d'abus de langage qui traduisent une incompréhension juridique. Par exemple, les formules suivantes trouvées dans les copies sont erronées pour le cas présent :

- « *L'arrêt du tribunal des conflits du 8 février 1873 fonde la décision Blanco et avec lui le régime exorbitant du droit commun du droit administratif notamment en matière de police administrative* » : la jurisprudence « Blanco » ne concerne pas la police ;
- « *La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 permettait de nouveaux transferts de compétences en matière de décentralisation du pouvoir* » : le présent sujet concernait la déconcentration et non la décentralisation ;
- « *La présente décision est un arrêt de principe* » : non ;
- « *La présente circulaire du Premier ministre* » : il s'agissait ici d'un décret ; etc.

Sur la forme, nous insisterons également sur la double nécessité dans chaque paragraphe à la fois de citer le texte commenté (en recourant à des références par exemple à un numéro de considérant, cet effort a été davantage réalisé cette année) et de restituer dans chaque paragraphe des connaissances attendues pour la compréhension du commentaire. Cet effort méthodologique permet de se prémunir contre la tentation de la paraphrase qui a été relevée dans plusieurs copies.

Le jury met encore en garde les futurs candidats contre la tentative de « remplissage » qui est parfois esquissée dans certaines copies. Les développements hors sujet n'apportent strictement aucun point.

Correction indicative

Cette proposition de correction est purement indicative, elle comprend tous les éléments attendus pour une copie modèle ; si aucun candidat n'a été naturellement en mesure de fournir un tel travail, cette

correction à vocation à servir de guide pour éclairer les candidats sur les attentes du jury et de mesurer tout ce qui pouvait être mobilisé (en particulier le 1A comprend alternativement les différents éléments susceptibles d'avoir été utilisés, ils n'étaient pas attendus exhaustivement).

Les mesures qui ont été prises par les autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ont été contrôlées par le juge administratif avec plus ou moins d'indulgence tout au long de la crise du covid-19. Recevant de très nombreux référés libertés, le juge a ainsi pu annuler certaines d'entre elles (telles que l'interdiction des locations saisonnières à Nice, l'obligation de recourir à des visioconférences dans les procédures pénales, la suspension des visas de regroupement familial ou encore la limitation des lieux de culte à une jauge de trente personnes, etc.), mais il a plus généralement refusé de suspendre les mesures de police (tels que la fermeture des lieux de culture, des remontées mécaniques, des bars et restaurants, des salles de sport, des librairies, l'instauration de divers couvre-feux, etc.).

Parmi ces mesures, le port du masque a donné lieu à un abondant contentieux, qui trouve dans la décision commentée une nouvelle lecture, s'expliquant par le contexte de sortie de crise et qui marque de façon certaine la fin de l'indulgence du juge face aux mesures restrictives des libertés.

Dans les faits, la loi du 31 mai 2021 prévoit la sortie de la crise sanitaire et autorise le Premier ministre à prendre les mesures adéquates. Par suite et pour son application, le décret du Premier ministre du 1er juin 2021 prescrit les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de la crise sanitaire. Notamment, il habilite les préfets à rendre le port du masque obligatoire lorsque les circonstances locales l'exigent.

La procédure suivie par le requérant est ici très sommaire : le requérant, M. D. devait former un référé-suspension devant le Conseil d'État, demandant la suspension du décret du 1er juin 2021.

Au soutien de sa demande, M. D. argue que les conditions de recevabilité du référé liberté sont remplies en tant que l'obligation du port du masque en extérieur porte une atteinte disproportionnée aux libertés fondamentales. Il estime que les instructions du Premier ministre contenues dans le décret contesté sont insuffisantes pour encadrer l'habilitation donnée aux préfets de rendre le port du masque obligatoire. Il fait valoir l'absence de consensus scientifique sur le caractère utile ou inutile du port du masque.

Le problème de droit qui se présente au Conseil d'État est donc de déterminer quelle appréciation le juge des référés peut porter sur une mesure générale du Premier ministre prescrivant aux préfets de rendre obligatoire le port du masque lors de la sortie de la crise sanitaire.

Ayant requalifié la demande du requérant en demande de suspension du décret adopté par le Premier ministre, le juge des référés livre un vade-mecum du contrôle des mesures susceptibles d'être adoptées. En ce sens, le contrôle du décret donne aux tribunaux administratifs un mode d'emploi du contrôle de légalité des arrêtés préfectoraux à venir.

Le contexte de sortie de crise sanitaire révèle une position plus sévère qu'antérieurement, les mesures prescrivant le port du masque en extérieur devant être désormais strictement nécessaires et proportionnées à la protection de l'ordre public sanitaire. Ce faisant, le Conseil d'État revient à une appréciation classique des mesures de police administrative, relativisant d'autres décisions qui avaient été plus favorables aux contraintes administratives de la période covid.

Dans les conditions de cette interprétation et de cette invitation à la proportionnalité, le décret litigieux n'est pas suspendu.

On notera utilement que le juge des référés était ici réuni en formation collégiale, cette formation de jugement s'expliquant par l'importance de l'ordonnance pour les contentieux qui seront réglés ultérieurement sur son fondement.

Requalifiant la demande du requérant, le juge de l'urgence commence par vérifier la recevabilité du référé-liberté dirigé contre une mesure générale de cadrage du Premier ministre (1) avant de livrer un mode d'emploi du contrôle des mesures de police administrative sanitaire, se conformant à sa jurisprudence classique en la matière (2).

1. L'admission d'un référé-liberté dirigé contre une mesure de cadrage

A. La requalification utile de la demande portée devant le juge des référés

Sur la requalification des demandes du requérant : M. D. demandait au juge des référés de constater le consensus scientifique sur l'inutilité du port du masque ; de constater que le Premier ministre a donné des consignes au préfets d'adopter des arrêtés prescrivant le port du masque ; d'enjoindre au gouvernement d'adopter un décret encadrant strictement l'obligation de port du masque (visa de procédure).

Le juge requalifie ces demandes et les analyses comme une demande de suspension de l'exécution du décret du 1^{er} juin 2022 (cons. 4).

On peut se demander si, en dehors de cette requalification, le recours aurait été recevable, et s'interroger sur la contestation de mesures annoncées en conférence de presse : notamment au regard de l'évolution de la recevabilité des actes dits de droit souple (CE, 2016, *Fairvesta* ; jurisprudences relatives aux « FAQ », etc.).

Sur la demande d'enjoindre au gouvernement de prendre un décret d'application encadrant le port du masque de manière proportionnée (visa de procédure), le juge des référés requalifie la demande en demande de suspension du décret du 1^{er} juin 2021. Le pouvoir d'injonction, issu de la loi du 8 février 1995, appartient bien au juge du référé liberté au sens de la loi du 30 juin 2000. Néanmoins, l'injonction n'est mobilisée que lorsqu'elle s'avère utile. En l'espèce, une telle injonction ne serait pas utile, c'est pourquoi le juge requalifie la demande en demande de suspension du décret adopté.

Concernant les « mesures nécessaires » évoquées par le juge, aux termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire ; par suite, il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais » et selon l'article L. 521-2, « le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » ; au vu de ces dispositions, on peut se demander, en premier lieu, si la présentation de conclusions à fin d'injonction s'avère nécessaire dans la mesure où cette formulation peut laisser entendre que le juge prendra la situation à son compte et ordonnera d'office les mesures destinées à faire cesser l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et s'interroger, en second lieu, sur la nature et la portée de ces mesures nécessaires.

Sur la demande de suspension, elle est reconnue au juge du référé liberté (CE Sect 2001 *Tliba*). On pourrait imaginer alors une concurrence avec le référé suspension L. 521-1 CJA, mais leur concours permet précisément au juge de mobiliser des pouvoirs plus étendus qu'en seul référé suspension, il dispense le requérant d'assortir son référé d'un recours pour excès de pouvoir au fond, et contraint le juge à statuer en 48 heures. De plus, il peut survenir que le juge des référés ordonne des mesures qui ne seraient pas provisoires et deviendraient définitives, tel est bien le cas en l'espèce.

À titre complémentaire, on peut confirmer la compétence du Conseil d'État en référé liberté pour la contestation d'une mesure d'application nationale telle qu'un décret du Premier ministre et rappeler la compétence réglementaire du Premier ministre (CE, 1919, *Labonne* et CE, 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*) comme la distinction entre la police administrative générale et spéciale et l'aggravation locale des mesures de police.

B. La vérification attendue des conditions de recevabilité du référé

Concernant la recevabilité du référé liberté dirigé contre un décret de cadrage du Premier ministre, le Conseil d'État a été amené à vérifier son intérêt à agir, l'urgence et l'atteinte à une liberté fondamentale. Ces trois points sont attendus.

Sur l'intérêt à agir, le requérant doit subir personnellement et directement une atteinte à l'une de ses libertés fondamentale (CE, 2002, *Meyet*). L'enjeu ici est de déterminer si un décret à caractère général cause une telle atteinte individuelle. Cela n'a rien d'évident et doit être discuté. Pourtant, le Conseil d'État s'en tient au rappel des conditions générales de l'art. L. 521-2 CJA et ne discute pas cette recevabilité (cons. 1). On peut en déduire que le Conseil d'État a saisi une occasion contentieuse d'encadrer la nouvelle politique du port du masque, plutôt que de saisir une occasion d'écarter ce

contentieux. Autrement dit, le juge administratif ne se prononce pas sur une mesure de police existante mais sur une instruction adressée aux préfets de prendre des mesures. Il y a donc bien une volonté d'encadrer le pouvoir des préfets.

Sur l'urgence, elle est constituée à partir du moment où il y a une atteinte à une liberté fondamentale. Il est alors possible de discuter de ce degré d'atteinte, puisque le port du masque n'est pas la mesure la plus attentatoire aux droits et libertés mais il constitue un sérieux désagrément. Il faut relever que le juge ne se prononce pas sur l'urgence dans les faits (cons. 9) puisqu'il rejette le recours sur un autre fondement. Dans des ordonnances ultérieures [qui n'ont pas à être mentionnées dans les copies], le tribunal administratif de Paris a jugé que le port du masque est une « contrainte physique et respiratoire » qui induit « des entraves en matière de communication et de vie sociale » (TA Paris, ord., 13 janv. 2022, n° 2200043), qui seraient, elles, de nature à confirmer le caractère urgent du recours.

Sur l'atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA, il est possible de l'illustrer en citant la liberté d'aller et venir (CE, 2001, *Deperthes* ou CE, 2016, *Ligue des droits de l'homme*), la libre administration des collectivités territoriales (CE, 2001, *Cne de Venelles*), la liberté d'expression (CE, 2001, *Casanovas*), le droit de propriété (CE, 2001, *Sté Lidl* ou CE 2013, *Cne de Chironghui*), la liberté d'accès à la voie publique (CE, 2001, *Cne d'Hyères-les-Palmiers*), la liberté de réunion (CE, 2002, *Front national*), le droit de grève (CE 2003, *Mme Aguilon*), la liberté de culte (CE 2004, *Benaïssa* ou CE 2005, *Cne de Massat*), etc.

En l'espèce, le requérant fait valoir l'atteinte à quatre libertés que sont « la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion et le droit à la protection de la santé. Le juge retient la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et la liberté de réunion » qui « constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de cet article » (cons. 1). Il ne se prononce donc pas sur le droit à la protection de la santé, qui n'est pas une liberté fondamentale au sens du CJA. L'épisode juridique du Covid 19 n'a donc pas contribué à faire progresser le droit de ce point de vue.

2. Le contrôle classique d'une mesure générale de police administrative

A. L'évaluation scientifique de la nécessité de la mesure

Le contrôle des mesures de police administrative, en tant qu'elles portent inévitablement atteinte à une liberté, doit impérativement permettre au juge de veiller à leur caractère nécessaire, c'est-à-dire qu'il doit vérifier la réalité du trouble allégué à l'ordre public. Sa jurisprudence est constante sur ce point depuis CE, 1909, *Abbé Olivier*. S'agissant ici d'un ordre public spécial (la santé) fondant une police administrative spéciale, il lui appartient de regarder si la mesure est adaptée au but poursuivi, autrement dit qu'elle lui répond de façon pertinente, et qu'elle est nécessaire, autrement dit qu'elle est indispensable à la protection de l'ordre public.

En l'espèce, le juge des référés affirme qu'« une obligation de port du masque à l'extérieur lorsque la situation épidémiologique localement constatée le justifie [...] n'apparaît pas manifestement dénuée de nécessité » (cons. 5)

Le principe de nécessité s'apprécie donc, de l'avis du Conseil d'État, en fonction des données scientifiques et sanitaires objectives disponibles. On rappellera que ces éléments ont beaucoup variés pendant la période considérée, cette ordonnance étant rendue dans le contexte de l'apparition d'un nouveau variant (Omicron) ainsi que le souligne le requérant. Il va donc ainsi plus loin dans sa motivation, en expliquant que « si le risque de contamination est, de façon générale, moins élevé en plein air, il ne résulte pas de l'instruction que, au regard des données et recommandations scientifiques disponibles à la date de la présente décision, puisse être exclue la possibilité qu'un aérosol contenant le virus soit inhalé avec une charge infectante suffisante ou qu'une transmission par gouttelettes puisse avoir lieu en cas de forte concentration de population dans un lieu de plein air, le port du masque pouvant alors contribuer à réduire le risque de contamination » (cons. 5).

La mesure d'instruction litigieuse est donc jugée nécessaire par le juge des référés

B. L'évaluation casuistique de la proportionnalité de la mesure

Le contrôle des mesures de police administrative s'effectue toujours en application du « triple test » consacré par la jurisprudence CE, 1933, *Benjamin*, réitérée par CE, 2011, *Asso. pour la protection de l'image* : les mesures doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées. Il s'agit d'une sorte de bilan réalisé par le juge entre la gravité du risque et la gravité de l'atteinte, qui doivent se correspondre.

En l'espèce, le juge relève que les mesures « doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu [...] si elles sont limitées aux lieux et aux heures de forte circulation de population ne permettant pas d'assurer la distanciation physique et aux lieux où les personnes peuvent se regrouper, tels que les marchés, les rassemblement sur la voie publique ou les centres-villes commerçants, les périodes horaires devant être appropriées aux risques identifiés » (cons. 6). Il apporte donc deux restrictions, géographiques et temporelles, à l'obligation de port du masque en extérieur. D'abord, il précise que l'obligation doit être limitée géographiquement aux seuls lieux particulièrement fréquentés, revenant ainsi sur ses propres décisions précédentes qui avaient pu valider le port du masque dans l'ensemble des zones urbaines (notamment CE 6 septembre 2020, *Feireisen et Chartier*, n° 443750 et *Asso. Les Essentialistes*, n° 443751 pour les territoires des communes de Lyon et Villeurbanne [ces références précises ne sont pas attendues mais la référence à l'inflexion de la jurisprudence est appréciée]).

Ensuite, il précise que le port obligatoire du masque en extérieur sera limité aux seules périodes de forte affluence et non plus en continu comme il l'avait précédemment jugé (mêmes ordonnances). En effet, imposer le port du masque la nuit par exemple n'est plus considéré comme étant proportionné.

Néanmoins, une utile précision est faite, conformément à sa jurisprudence : le Conseil d'État rappelle que le préfet « est en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour que la règle soit compréhensible et son application cohérente » (cons. 6). Cette remarque est une invitation à concilier cette nouvelle proportionnalité sanitaire avec une bonne pratique administrative et réglementaire. En effet, les administrés ne peuvent se voir opposer qu'une règle claire et intelligible.