

Consultation juridique

Le contrôle par le juge administratif en France des mesures restrictives des libertés en raison de la pandémie de Covid-19

Emmanuel AUBIN,
Professeur de droit public à l'Université de Tours



Présentation : Emmanuel AUBIN, docteur en droit, agrégé des facultés de droit est professeur de droit public (PRCE : professeur de classe exceptionnelle) à la faculté de droit de l'Université de Tours après avoir été professeur et vice-président de l'Université de Poitiers. Il est spécialisé en droit de l'éthique et de la déontologie, en droit du contentieux administratif et de la fonction publique.

Emmanuel AUBIN est co-responsable depuis mars 2021 de l'axe « **Démocratie, Liberté et Politiques sociales** » de l'IRJI (Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire) de l'Université de Tours et co-directeur du master Droit de la santé. Il a publié une quarantaine d'ouvrage de droit administratif et plus de 200 articles de doctrine dans les revues juridiques françaises et internationales.

Il est également consultant auprès de cabinets d'avocats dans les contentieux des personnes publiques (droit la fonction publique et contentieux de la responsabilité administrative) et pour la mise en place des politiques de compliance (prévention de gestion des risques juridiques) dans le secteur public. Il a été nommé Membre du collège de déontologie du ministère de la Culture depuis juin 2021 par un arrêté du ministre de la Culture. Il est également co-directeur de NihonEuropa, réseau de recherche constitué d'une trentaine d'universités françaises et japonaises qui organisent régulièrement des colloques et workshop pour comparer le droit public en France et au Japon. En 2020, il a créé à la faculté de droit de Tours un séminaire pour les étudiants en master : « L'adaptation du fonctionnement des administrations en période de Covid-19 ».

Introduction : la recherche d'un équilibre entre les prérogatives de l'administration et les droits des personnes en période de Covid-19

Au regard de l'histoire, on ne peut s'étonner que « *l'homme occidental, éternel angoissé* »¹ se tourne vers l'État lorsque sa sécurité est menacée ou que surgit une calamité telle que la peste au Moyen-Âge, la grippe espagnole qui a contaminé 500 millions de personnes dans le monde entre 1918 et 1921 ou la pandémie de Covid-19 à partir de mars 2020. Les sociétés agissent et réagissent différemment lorsqu'elles sont confrontées à de graves crises notamment sanitaires parce que l'enracinement de la liberté² dans les esprits dépend d'un pays à l'autre. La Covid-19 illustre l'existence d'une menace à la fois « *globale et transnationale* »³ qui a amené les États à apporter des réponses dont l'intensité juridique est variable en fonction de la culture juridique mais également du degré d'acceptation par la population des mesures restrictives des libertés en raison d'une situation sanitaire de crise. Quel que soit le pays, le Covid-19 a eu pour effet d'installer un nouveau rapport aux libertés et à leurs restrictions en plaçant les citoyens et les acteurs économiques en situation d'inconfort démocratique et social. En France, pays de droit écrit, une législation spécifique a vu le jour et a amené les pouvoirs publics et autorités administratives à prendre de nombreuses mesures portant atteinte aux libertés mais sous le contrôle étroit et exigeant du juge administratif.

Il ressort de l'étude des centaines de décisions rendues en France par le juge administratif depuis le 20 mars 2020 sur les restrictions de libertés justifiées par la pandémie de Covid-19 que le contrôle juridictionnel exercé par le juge a été de plus en plus exigeant à l'égard des décisions gouvernementales et des autres autorités administratives. La recherche de l'équilibre entre la nécessité de préserver la santé publique et celui de contrôler la légalité des restrictions des libertés a amené le juge à approfondir progressivement le principe de cohérence en matière de contrôle des mesures de police administrative. Il a exigé que la rédaction des restrictions de police soient claires et lisibles. Le juge français a également approfondi le contrôle de proportionnalité en tenant compte de l'évolution du contexte sanitaire pour imposer aux autorités publiques le respect d'une part, de la nécessité des décisions et d'autre part, de leur caractère adapté et proportionné à la situation sanitaire le jour de leur édicition. On constate une certaine convergence de méthode de raisonnement du juge avec le contentieux administratif en Allemagne où il a pu être constaté que dans le cadre du contrôle des textes portant des mesures en vue de lutter contre l'épidémie, « *le juge a été particulièrement vigilant du respect du principe de proportionnalité de la mesure (nécessité, but poursuivi, proportionnalité stricto sensu)* »⁴. En Espagne, le juge administratif a également été attentif au respect du principe de proportionnalité.

¹ Jean DELUMEAU, *La peur en occident*, Fayard, 1978, Pluriel. Paul VIRILIO, *L'administration de la peur*, Textuel, 2010.

² Simone WEIL, *L'enracinement*, Gallimard, 1949.

³ Pour reprendre l'expression d'Ulrich BECK, *La société du risque*, Champs, Flammarion, 2011.

⁴ Philippe COSSALTER, « L'État de droit et la crise sanitaire en Allemagne », Société de Législation comparée, 17 juin 2021., p.13 (https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/questionnaire_scl_coronavirus_allemande_20210615-2.pdf).

Au Japon, en revanche, le Parlement n'a pas voté de loi spéciale en modifiant seulement dans un premier temps le 13 mars 2020 une loi sur les maladies contagieuses afin d'y intégrer la Covid-19, nouveau coronavirus. Finalement, une loi a créé l'état d'urgence sanitaire et ce dernier a été déclaré le 7 avril 2020 par le Premier ministre sans s'accompagner d'un confinement. Les réponses normatives ont certes été différentes en France et au Japon mais les enjeux juridiques sont similaires au regard des conséquences des restrictions sur l'exercice de libertés essentielles pour les individus mais également les entreprises et au sein de cette catégorie des restaurateurs qui ont été durement touchés par la diminution, voire la cessation de leur activité pendant la période de Covid-19.

En France, le droit administratif recherche systématiquement un équilibre, un compromis entre la protection des prérogatives de l'administration⁵ et la volonté de mieux protéger les droits et libertés des citoyens, administrés et entreprises des conséquences de l'exercice des prérogatives étatiques. L'évolution du droit public français et au sein de celui-ci du droit administratif s'est traduite par un rééquilibrage des droits respectifs des personnes publiques et des personnes privées. En ce sens, la doctrine universitaire ainsi que les juges administratifs ont évoqué une « subjectivisation croissante » du droit public qui accorde plus d'importance que par le passé à la protection des droits et des libertés des individus contre les mesures gouvernementales. On évoque de plus en plus les droits subjectifs des administrés que ces derniers peuvent revendiquer devant le juge administratif. La crise liée au coronavirus a confirmé cette tendance alors même que les mesures administratives ont été prises dans l'urgence.

La période de crise et de catastrophe ouverte par l'apparition et la propagation à partir de mars 2020 du coronavirus s'est traduite par l'adoption en France d'un grand nombre de normes juridiques et de règles spéciales de crise ayant pour objet de permettre à l'administration d'agir en urgence sans pour autant sacrifier les libertés. Cet objectif de préservation des libertés est essentiel en France, pays dans lequel la liberté est fortement ancrée et fait peser sur l'État d'importantes contraintes juridiques qui l'obligent à prendre des mesures précises, justifiées et proportionnées à la gravité du risque dont il veut limiter les conséquences. Comme le relève Madame Martine de BOISDEFRE, conseillère d'État et présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État, « *bien que dérogatoire au droit commun, l'état d'urgence est ancré dans l'État de droit* »⁶. Autrement dit, même si pendant le Covid-19, le rapport entre les libertés et les restrictions a été inversé, le juge administratif a toujours exercé un contrôle rigoureux sur les normes dérogatoires.

Ces règles et décisions prises pendant la période de Covid-19 ont fait l'objet d'une contestation devant le juge administratif dans des conditions qui ont conforté la place du Conseil d'État dans le droit public et la protection des libertés en France (I). L'analyse de la jurisprudence administrative de mars 2020 à septembre 2021 montre que le juge a appliqué aux restrictions des libertés un contrôle juridictionnel classique (remontant aux années 1930) et exigeant qui repose sur la nécessité de la mesure et sa proportionnalité au risque sanitaire devant être objectivement constaté lors de l'adoption de la mesure (II). Dans un dernier temps, on essaiera

⁵ Une thèse de référence en droit public français a été publiée sur cette question : Achille MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974.

⁶ Martine de BOISDEFRE, « Du bon usage des états d'urgence », *AJDA* (Actualité Juridique Droit Administratif) 27 sept. 2021., p.1827.

de montrer que la jurisprudence administrative française en période Covid depuis mars 2020 permet de formuler des conclusions utiles pour la comparaison avec la situation au Japon pendant la période de Covid-19 (III).

I/ La place renforcée du Conseil d'État dans le droit public et la protection des libertés en France en période Covid-19.

Le Conseil d'État occupe une place centrale dans le droit public en France car il exerce une double fonction consultative et contentieuse. Dans sa fonction consultative, le Conseil d'État est amené à rendre des avis sur les projets de loi afin de détecter d'éventuelles inconstitutionnalités ou incompatibilités avec des normes de droit international et de droit européen. Il est également amené à rendre des avis sur les projets de décrets les plus importants⁷ et produit enfin des rapports importants attirant l'attention des pouvoirs publics sur la gestion de grandes questions juridiques et sociétales. Dans sa fonction contentieuse, le Conseil d'État a exercé et continue d'exercer une influence essentielle sur le droit administratif, c'est-à-dire, le fonctionnement de l'État et des collectivités publiques. Comme l'a écrit l'un de ses membres prestigieux, co-auteur du célèbre recueil GAJA⁸ (Les grands arrêts de la jurisprudence administrative), le juge administratif « a secrété le droit administratif comme une glande sécrète une hormone et l'État lui-même accepte de se considérer comme lié par le droit »⁹. Le juge administratif est à la fois et le protecteur des prérogatives de l'État et du respect de l'État de droit et des libertés des citoyens et administrés. Juge suprême de l'action publique en France, le Conseil d'État s'est adapté à la période de Covid-19 pour pouvoir faire face au nombre très important de requêtes (A) en urgence par la voie du référé-liberté et au fond dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (B).

A - L'adaptation du contentieux administratif français à la pandémie de Covid-19

Le Conseil d'État est compétent en premier et en dernier ressort pour connaître des recours formés contre les décrets. En revanche, lorsque les décisions sont prises par des autorités locales, c'est le Tribunal administratif compétent qui est saisi et ensuite le Conseil d'État. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. S'il est saisi contre une ordonnance d'un TA, le Conseil d'État a 8 jours pour statuer. Le Conseil d'État a mis en place une *task force* pour traiter des requêtes contre les mesures prises en période d'état d'urgence sanitaire. **Pendant la période covid, il a été confirmé que le référé administratif était « la vedette du contentieux administratif », ce constat étant vérifié par les chiffres.** Entre le 17 mars 2020 et le 31 décembre 2020, le Conseil d'État a enregistré 864 requêtes en référé se rattachant à la situation sanitaire, l'augmentation a atteint 570 % comme le relève le rapport annuel du Conseil d'État rendu public fin septembre 2021. Au total, en 2020, 840 décisions en référés sur 1 208 étaient relatifs à des mesures prises en lien avec le Covid.. La principale caractéristique tient au fait que la plupart des requêtes ont été formées par des associations, des groupements (d'avocats, associations de jeunes médecins, associations sur le droit d'asile, association Coronavictimes,

⁷ Le Conseil d'État est ancré dans l'histoire car il était déjà le conseil juridique du Roi au 12^{ème} siècle en France, le premier acte mentionnant étant daté de 1153 sous Louis VII.

⁸ M.LONG, P.WEIL, G.BRAIBANT, P.DELOLVÉ et B.GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^{ème} éd, sept.2021.

⁹ Prosper WEIL, *Le droit administratif*, PUF, coll « Que sais-je ? », 21^{ème} éd, 2006., p.1.

protection des droits des étrangers, etc...). Parfois, les requêtes voulaient empêcher une immixtion de l'Etat dans l'exercice de libertés fondamentales (utilisation des drones, fermeture des lieux de culte, interdiction des manifestations), d'autres fois, les requêtes demandaient à l'État de renforcer son intervention pour mieux lutter contre la propagation du virus¹⁰. Au total, au 30 septembre 2021, le Conseil d'Etat avait été saisi de plus de mille requêtes relatives aux restrictions de libertés liés à la covid-19.

Chaque année, la section des rapports et des études rend un rapport annuel et publie une importante réflexion sur une grande question de droit. Le dernier rapport a été rendu public le 29 Septembre 2021 et la réflexion porte sur le sujet suivant : « *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes* ». De façon significative, le Conseil d'État estime qu'il faudrait réserver l'état d'urgence à des crises majeures et surtout que **ces situations ne doivent pas s'inscrire dans une trop longue durée en raison des atteintes qu'elles portent à l'exercice des libertés.**

L'ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État, Bernard STIRN, a publié un important ouvrage : *Les libertés en question*. Dans cet ouvrage, il met en évidence le rôle essentiel du juge administratif dans le contrôle des actes administratifs ayant pour conséquence de réduire voire suspendre l'exercice des libertés.

Jusqu'où peut-on assouplir en période de crise les exigences de la légalité administrative ? Le droit public en général et le droit administratif en particulier ont été bousculés par la pandémie de Covid-19. Il est important de mesurer l'impact de cette crise sanitaire sur la légalité administrative ; la grande question consistant à savoir jusqu'où le juge peut adapter son contrôle aux enjeux spécifiques du droit dérogatoire adopté pour faire face à la pandémie de Covid-19. Il est important de distinguer le contentieux en urgence traité la plupart du temps par un juge unique du contentieux au fond.

B. Les deux voies de recours ouvertes en France contre les mesures restrictives de libertés.

L'état d'urgence sanitaire et la gestion de la Covid ont renforcé les pouvoirs de police administrative ; ce qui a entraîné mécaniquement un rôle accru du juge administratif. Le droit administratif est en effet un droit qui vise à préserver quotidiennement l'État de droit en essayant **de ménager un équilibre entre la protection des droits et libertés des particuliers et celle des prérogatives de l'Administration et de ce fait, le renforcement du pouvoir de police élargit en même temps la compétence du juge administratif. Dans cet exercice d'équilibriste, le juge administratif tient compte de la force des choses, c'est-à-dire**, du contexte dans lequel l'Administration a pris les mesures administratives dont la conformité à la légalité est contestée devant lui. Si le requérant veut obtenir une suspension rapide de l'exécution d'une décision administrative ou d'une recommandation par l'administration créant un préjudice pour lui, il saisit le juge des référés liberté parallèlement à la formation d'un recours pour excès de pouvoir demandant l'annulation de cet acte administratif.

1°. La place centrale du référé-liberté dans le contentieux administratif de la Covid-19

¹⁰ CEJR, 22 mars 2020, *Synd. jeunes médecins*, n° 439674.

a)-Une procédure récente et efficace pendant la crise du coronavirus

Le référé-liberté a été créé il y a 20 ans en France par la loi du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives, son régime juridique figure à l'article L.521-2 du code de justice administrative.

Le Conseil d'État précise sa mission de juger dans le cadre du référé-liberté :

« il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, résultant de l'action ou de la carence de cette personne publique, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai et qu'il est possible de prendre utilement de telles mesures »¹¹.

Le référé-liberté est une procédure qui permet de saisir en urgence le juge administratif, lorsqu'on estime que l'administration (État, collectivités territoriales, établissements publics) porte atteinte à une liberté fondamentale (liberté d'expression, droit au respect de la vie privée et familiale, droit d'asile, etc.) en adoptant un acte, une recommandation ou un document portant atteinte à une liberté. Comme le relève le professeur LE BOT, ce référé « *n'est pas subordonné à l'existence d'une décision administrative et peut ainsi être mis en œuvre contre de simples situations, qu'il s'agisse de comportements positifs (actions) ou négatifs (abstentions)* »¹². Par exemple, le simple fait pour une autorité préfectorale ou un maire de demander sans prendre de décision précise à des restaurateurs de limiter leur activité économique pourrait en France faire l'objet d'un référé-liberté.

Le juge des référés peut suspendre une décision ou recommandation de l'administration ou lui ordonner de prendre des mesures particulières **par exemple pour préserver l'exercice d'une liberté fondamentale**. Pour cela, le juge des référés libertés doit établir, d'une part, qu'il y a urgence à statuer et d'autre part, que l'administration – par ses actions ou son inaction – a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge porte son appréciation sur ce point précis compte tenu des mesures déjà prises par l'administration mais également des moyens dont elle dispose. **Cette méthode du juge administratif a été systématiquement appliquée dans les centaines de référés dont le Conseil d'Etat a été saisi en lien avec la crise du coronavirus.**

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de l'activisme contentieux pendant la période Covid-19 qui confirme que le juge exerce un contrôle au plus près de l'action administrative.

En premier lieu, les Français ont compris que **même si la période était exceptionnelle, le juge administratif était présent**. En deuxième lieu, les recours ont porté dans un premier temps sur des domaines divers et variés, principalement la santé, les résidences pour personnes âgées, le confinement, les prisons et les avocats, les libertés fondamentales et les décisions des maires. Dans un second temps, les requêtes contestaient les mesures liées au déconfinement et relatives

¹¹ CEJR, 18 mai 2020, *Association la Quadrature du Net, Ligue des droits de l'homme*, n° 440442.

¹² Olivier LE BOT, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *RFDadm* (Revue française de droit administratif) 2021., p. 657.

par exemple au championnat de France de football¹³, à la liberté de manifester¹⁴, la date du second tour des élections municipales, l'assouplissement du protocole sanitaire pour les cafés-restaurants, le couvre-feu¹⁵ ou encore la gestion électronique des données de santé¹⁶ et l'usage de drones par la préfecture de police de Paris¹⁷.

En troisième lieu, on constate que les motifs sont divers et variés pour contester les décisions du gouvernement. Certains sont sérieux et tout à fait légitimes, d'autres étaient plus fantaisistes comme une requête qui demandait de nationaliser toutes les entreprises fabriquant des masques. D'autres demandaient au juge de l'urgence de se substituer aux autorités sanitaires en ordonnant d'administrer de l'hydroxychloroquine à tous les malades.

b). Un juge dans l'urgence sanitaire

Le juge des référés rend ses décisions en principe sous 48 heures ; cette célérité de la justice permettant de garantir au mieux le respect des droits et libertés car le facteur temps est essentiel dans toute procédure contentieuse¹⁸.

Le juge de l'urgence ne dispose pas du temps nécessaire pour prendre une mesure structurelle ; il ne peut être que dans le conjoncturel car c'est un « *juge dans l'urgence* » pour reprendre l'expression de deux membres du Conseil d'Etat dans une chronique publiée dans la plus importante revue juridique en France¹⁹. Le juge du référé-liberté ne peut qu'ordonner « *des mesures de nature à mettre fin immédiatement ou à très bref délai à l'atteinte constatée* »²⁰.

La première décision rendue par le Conseil d'État l'a amené, le 22 mars 2020²¹, à rejeter une requête déposée par le Syndicat des jeunes médecins qui demandait au juge des référés d'enjoindre au gouvernement de mettre en place un confinement total.

Le lendemain de ce premier arrêt, le Parlement adoptait la loi n° 2020-290 qui a instauré l'état d'urgence sanitaire à compter du 12 mars 2020, cette rétroactivité ayant permis de légaliser les mesures prises à partir de cette date. Comme l'écrivait Achille MESTRE, l'urgence d'une

¹³ Le covid-19 a en effet eu pour conséquence d'interrompre les compétitions sportives professionnelles. Une étude a fait le point dès 2020 sur ce phénomène inédit en dehors d'une situation de guerre : Jean-François BORCARD, « Les conséquences économiques de la crise de la Covid-19 sur le sport professionnel français, » in Hélène PAULIAT et Séverine NADAUD (dir), *La crise de la Covid-19. Comment maintenir l'action publique ?*, Lexisnexis, avril 2020, p.387 et s.

¹⁴ CEJR, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et CGT* (suspension du décret du 31 mai 2020); *AJDA* 2020., p.1198 ; CEJR, 6 juill.2020, *CGT, Association SOS Racisme*, n° 441257, 441263 (suspension du décret du 14 juin 2020).

¹⁵ CEJR, 23 oc.2020, *Cassia et a*, n° 445430.

¹⁶ L.CLUZEL-METAYER, « La datasurveillance de la Covid-19 », *RDSS* (Revue de droit sanitaire et social), 2020., p.918 et s.

¹⁷ CEJR, 18 mai 2020, *Association La Quadrature du Net et Ligue des Droits de l'Homme*, n° 440442 et 440445.

¹⁸ J-C.MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au Garde des Sceaux, Mission MAGENDIE I), 15 juin 2004., p.11.

¹⁹ Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI, « Référé : l'irrésistible ascension », *AJDA* 2014, p.1484.

²⁰ CEJR, 27 nov.2013, *Epoux Charles*, n° 373300.

²¹ CEJR, 22 mars 2020, *Synd. jeunes médecins*, n° 439674.

situation « *provoque une sorte de renversement des valeurs juridiques* »²². Le juge vérifie traditionnellement s'il y a urgence ou non y compris en période d'état d'urgence sanitaire ouverte, en France, par la loi du 23 mars 2020.

c). L'office du juge administratif statuant en urgence dans le cadre du référé-liberté a été modifié par la crise de la Covid-19²³.

Il est important d'avoir à l'esprit que le contentieux en France portait essentiellement sur la nécessité et la proportionnalité dans le temps et dans l'espace des mesures portant atteinte aux libertés. Il a fallu que le juge des référés décide, ou non, de la nécessité de prendre une mesure de sauvegarde d'une liberté dans les 48 heures en prenant en considération les conséquences sur le risque avéré et plus ou moins intense de diffusion du virus. **Lors du premier pic de contamination, le juge s'est montré plutôt bienveillant à l'égard de mesures administratives dont la légalité était pourtant contestable.** Par exemple, la question s'est posée de savoir s'il fallait suspendre la décision de prolonger le délai de détention provisoire des détenus. L'enjeu était important : fallait-il porter atteinte aux droits des détenus ou éviter la libération massive de détenus sans contrôle du juge en raison de l'arrêt de la machine judiciaire à cause du Covid-19 ? Le juge a mis en balance les intérêts contraires des individus et de la société pour faire primer les seconds sur les premiers²⁴. Il convient d'insister sur le fait que cette décision reposait toutefois sur l'importance très préoccupante début avril 2020 des contaminations par le virus SARS CoV-2.

Au regard des décisions rendues en 2020, on peut affirmer que le juge administratif des référés a plutôt été conciliant à l'égard du gouvernement et des autorités publiques en mars 2020. Le juge a laissé une certaine marge de manœuvre aux administrations, au printemps 2020, afin de permettre à ces dernières de maintenir l'action publique dans un contexte sanitaire catastrophique en France²⁵.

Confronté à des requêtes relatives à des carences supposées de l'État, le juge des référés adopte une approche téléologique et pragmatique en cherchant à répondre à la question suivante : **l'État a-t-il les moyens de faire mieux ?** Si oui, a-t-il commis une illégalité manifeste ? Dans les requêtes sur la fourniture insuffisante de masques et matériels médicaux, le juge a plutôt été indulgent en adoptant une formule type : « *Compte tenu des moyens dont elle dispose, au regard de sa marge de manœuvre et des mesures qu'elle a adoptées, l'Administration n'a pas commis d'illégalité manifeste* »²⁶. Comme l'a relevé le professeur Alix

²² . A.MESTRE, note sous CE, ass, 22 nov.1946, *Mathian*, Rec.278 ; Dalloz Sirey S.1947.3.1941

²³ Une étude de référence écrite par l'une des meilleurs spécialistes du contentieux administratif en France a été publiée sur ce point : Camille BROUELLE, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA* 2020, p.1355.

²⁴ CEJR, 3 av.2020, *Union des jeunes avocats de Paris*, n° 439877 et *Synd des avocats de France*, n° 439894.

²⁵ Un ouvrage a été publié pour mettre en évidence les défis auxquels les administrations étaient confrontées en raison de l'apparition et de la propagation du Covid-19 : Hélène PAULIAT et Séverine NADAUD (dir), *La crise de la Covid-19. Comment maintenir l'action publique ?*, Lexisnexis, avril 2020, 491 p.

²⁶ CEJR, 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats FO Santé privée, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière et autres*, n° 440002.

Perrin²⁷, « on peut regretter que le juge des référés n'ordonne à l'administration de faire, en fonction des moyens dont elle dispose, que ce qu'elle peut et non ce qu'elle doit. On peut aussi s'interroger sur la pertinence d'une tel raisonnement lorsque les atteintes aux libertés fondamentales bien que toujours limitées dans le temps (le temps du confinement) se répètent (à chaque nouveau confinement) ». Mais, il faut sans doute avoir à l'esprit, comme le rappelle le professeur Perrin, que si le juge des référés a été conciliant dans un premier temps, le « **juge des référés n'est qu'un juge de l'évidence qui n'a pas vocation à mener un examen approfondi de la légalité et à se substituer au juge du fond** ».

La question essentielle est la suivante : lorsqu'il apprécie l'attitude de l'administration dans la gestion des conséquences du covid, *le juge de l'urgence a-t-il fait preuve d'indulgence à l'égard de l'État ?* **Force est de constater que le contrôle du juge a été de plus en plus exigeant à partir de la fin du printemps 2020.**

Plusieurs décisions importantes ont suspendu des mesures restrictives de libertés.

-*Les droits de la défense et le droit à un procès équitable* : Le juge estime que le recours à la visio-conférence devant une cour d'assise et une cour criminelle, sans l'accord de l'accusé, autorisé par l'ordonnance du 18 novembre 2020 (qui a une valeur réglementaire), pendant le réquisitoire de l'avocat général et les plaidoiries des avocats, porte une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable²⁸ ;

-*La liberté de culte* : l'interdiction de réunion dans les lieux de culte après le premier déconfinement a été jugée générale et absolue, elle a donc fait l'objet d'une suspension et le juge enjoint à l'exécutif de prendre dans les huit jours 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 culte²⁹. D'autre part, le juge des référés a ordonné au Gouvernement de modifier, sous trois jours, la limite de 30 personnes pour les rassemblements dans les établissements de culte, imposée par le Gouvernement. Le juge demande à l'État d'adapter cette mesure à la superficie des établissements ou à leur capacité d'accueil³⁰. Cette injonction permet de faire en sorte que la mesure restrictive soit strictement proportionnée au risque sanitaire ;

-*L'enregistrement des demandes d'asile* : décision qui enjoint à l'État de reprendre l'enregistrement des demandes d'asiles formées pendant la période d'état d'urgence sanitaire sur une plateforme numérique dédiée permettant de fixer les rendez-vous devant les guichets uniques pour demandeur d'asile (GUDA). Il demande également à l'État d'ouvrir plus de GUDA pour garantir l'effectivité du droit d'asile³¹ ;

-*La liberté de réunion et de manifester* : La liberté d'expression et de communication revêt une importance primordiale en France. Pour le juge « *son exercice, notamment par la liberté de manifester ou de se réunir, est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect*

²⁷ Alix PERRIN, *Droit du contentieux administratif*, Dalloz, Mémentos, 2021., p. 179.

²⁸ CEJR, 27 nov.2020, n° 446712.

²⁹ CEJR, 18 mai 2020, n° 440366.

³⁰ CEJR, 29 nov.2020, n° 446930.

³¹ CEJR, 20 av.2020, *Min.Int. OFII*, n° 440250.

d'autres droits et libertés »³². Sans surprise, la décision rendue le 13 juin 2020 juge que l'interdiction de tout évènement de plus de 5 000 personnes sur tout le territoire national après le déconfinement revêt « *un caractère général et absolu à l'égard des manifestations sur la voie publique, ne peut, à ce jour, être regardée comme une mesure nécessaire et adaptée, et, ce faisant, proportionnée à l'objectif de préservation de la santé publique qu'elle poursuit* »³³. La soumission de manifestations sur la voie publique à une autorisation a également été suspendue car le décret ne précisait pas le délai de réponse du préfet à la demande et n'indiquait pas le recours utile devant le juge administratif³⁴.

-Droit au regroupement familial des étrangers : Le juge des référés suspend l'exécution de la décision du Gouvernement de ne plus délivrer de visas de regroupement familial pour ces personnes et d'imposer l'obtention d'un laissez-passer³⁵ :

-Liberté d'aller et venir : la recommandation du ministre - sur l'avis de la Haute autorité de santé - de maintenir l'interdiction de sortie des personnes âgées résidant en maisons de retraite publiques, malgré leur vaccination, crée une interdiction générale et absolue jugée disproportionnée, une telle mesure n'étant donc ni nécessaire ni adaptée³⁶. Comme évoqué plus haut, **il convient de préciser qu'en France une simple recommandation est contestable en raison des effets qu'elle peut avoir sur la situation d'un administré en le privant par exemple d'une liberté fondamentale.**

2°) -La voie du recours pour excès de pouvoir : le procès au fond et devant une juridiction collégiale des mesures restrictives de libertés en période Covid-19

Le recours pour excès de pouvoir est la voie de recours permettant de demander l'annulation par le juge d'un acte administratif en raison de son illégalité. Le principe de l'échange des arguments contradictoires est essentiel et plus marqué dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans les référés, car il permet d'assurer le respect de l'égalité des parties en impliquant la communication de l'ensemble des pièces du dossier. Principe directeur du procès administratif, la contradiction est à la fois « *le droit de savoir* » et le « *droit de faire savoir* » de la part de l'administration pour reprendre l'expression utilisée dans un ouvrage de référence écrit par un professeur de droit et un membre du Conseil d'État³⁷.

Le temps est une variable importante du droit administratif, l'enjeu d'un procès administratif dépendant souvent du contexte dans lequel l'acte administratif contesté devant le juge a été adopté. Le facteur temps est au cœur des décisions rendues dans le cadre de l'excès de pouvoir. **Le contexte** dans lequel une décision administrative est prise (période normale, période de

³² CEJR, 6 juill.2020, 441257, point 10.

³³ CEJR, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et CGT* ; n° 440846.

³⁴ CEJR, 6 juill.2020, *CGT et autres*, n° 441257, 441263, 441384.

³⁵ CEJR, 21 janv.2021, n° 447878.

³⁶ CEJR, 3 mars 2021, n° 449759.

³⁷ Bertrand SEILLER et Mathias GUYOMAR, *Droit du contentieux administratif*, Dalloz, 2021, 6^{ème} éd, p.411, n° 747 ; Christian VIGOUROUX, « La contradiction : principe et pratique devant le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010., p.571 et s.

guerre, catastrophe naturelle ou sanitaire, état d'urgence) a également des conséquences sur le contrôle de la légalité de l'acte.

On retrouve au début de chaque décision rendue par le juge des référés un considérant exposant le raisonnement juridique adopté :

« Dans l'actuelle période d'état d'urgence sanitaire, il appartient aux différentes autorités compétentes de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ».

La liberté de manifester pendant le Covid-19 a été restreinte de façon illégale selon le juge administratif parce que la situation sanitaire avait évolué depuis le début de la première vague de contamination. Dans un premier temps, le Conseil d'État avait suspendu successivement deux décrets instituant, pendant la phase du déconfinement, un régime dérogatoire portant une atteinte illégale à la liberté de manifester³⁸ comme cité précédemment, et ne rendant pas possible un recours utile devant le juge³⁹. Puis, dans un second temps, le Conseil d'État a fait preuve de cohérence en jugeant au fond, sur l'affaire qui avait déjà fait l'objet de la décision en référé du 13 juin 2020, cette fois, que l'interdiction pendant l'état d'urgence sanitaire de tout évènement réunissant plus de 5 000 personnes portait à la liberté de manifester « **une atteinte qui n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée** »⁴⁰. De même, le juge de l'excès de pouvoir a annulé la disposition d'un décret - pris sur la recommandation du haut conseil de la santé publique - qui ordonnait la mise en bière immédiate des défunts atteints du covid-19. Cette mesure qui a entraîné l'impossibilité pour les proches de personnes décédées de voir le défunt a, en raison de son caractère général et absolu, porté une atteinte manifestement disproportionnée au droit à une vie privée et familiale normale⁴¹. Le Conseil d'Etat précise, au point 21, que :

« Si le gouvernement n'était pas tenu de suivre l'avis du haut conseil de la santé publique, il n'a apporté, dans le cadre de la présente instance, aucun élément de nature à justifier de la nécessité d'imposer de façon générale et absolue, à la date où elles ont été édictées, les restrictions prévues par les dispositions attaquées ».

Autrement dit, le gouvernement n'est pas déchargé de sa responsabilité par l'existence d'un simple avis consultatif qu'il n'était pas obligé de suivre et il est tenu d'apporter tous les éléments de nature à justifier de la nécessité des mesures restrictives des libertés au moment même où ces mesures ont été édictées.

Le seul fait de l'existence de l'urgence ne justifiait donc pas l'abandon même provisoire des rites funéraires dont Thucydide avait mis en évidence, dans son *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, l'importance primordiale pour le bon fonctionnement d'une société.

³⁸ CEJR, 13 juin 2020, Ligue des droits de l'homme et CGT ; n° 440846.

³⁹ CEJR, 6 juill.2020, *CGT et a. Association SOS Racisme*, n° 441257, 441263, 441384

⁴⁰ CE, 15 janv.2021, *CGT et a*, n° 441265 ; AJDA 2021.819, note JOBART (Décision qui confirme la position adoptée en urgence le 13 juin 2020).

⁴¹ CE, 22 déc. 2020, n° 439804.

S'il existe un domaine où même un facteur temps ne peut justifier la restriction des droits, ce sont les droits de la défense qui sont un principe essentiel ; raison pour laquelle il a été jugé qu'« Eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale » la généralisation de la visioconférence pour les audiences « *portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne peut justifier le contexte de lutte contre l'épidémie de covid-19* »⁴². Autrement dit, les droits de la défense en matière pénale sont trop importants pour les justiciables pour être réduits à leur plus simple expression en raison de contraintes sanitaires liés à une pandémie.

II/ Les conditions de légalité des mesures administratives restreignant les libertés en période Covid

Si l'analyse des décisions rendues par le juge administratif qu'il est de plus en plus exigeant à l'égard de l'administration, nous pouvons alors nous demander quels sont les conditions de légalité exigées par le juge. Notre analyse met également en évidence la nécessité pour les autorités publiques d'établir avec précision, sur la base de chiffres fiables et avérés, la situation sanitaire lorsqu'elles ont adopté des mesures restrictives de libertés (A). L'étude des mesures de police restreignant les libertés montre que le juge administratif est soucieux de vérifier la cohérence des restrictions de libertés décidées par le Premier ministre et les autorités publiques de rang inférieur comme les préfets et les maires (B).

A.-Le juge administratif face à la gouvernance par les nombres en période de covid-19

Le célèbre juriste français Alain SUPIOT a publié une importante réflexion sur la place des nombres dans la gouvernance⁴³ et l'adoption des décisions et prises de position par les autorités publiques. La gestion de la pandémie en France ou au Japon a mis en relief l'existence d'une « *gouvernance par les nombres* » ; c'est-à-dire, le fait pour les autorités publiques de s'appuyer sur le taux de reproduction du Sars CoV-2, le nombre de personnes contaminées et le nombre de victimes pour justifier des restrictions de libertés. On peut citer cette décision jugeant que « *La circonstance, mise en avant par le ministre de l'intérieur pour justifier les dispositions contestées, qu'un rassemblement religieux réunissant plus d'un millier de participants venus de toute la France entre le 17 et le 24 février 2020 près de Mulhouse, c'est-à-dire un mois environ avant le début de la période dite de "confinement", ait provoqué un nombre important de contaminations qui ont, elles-mêmes, contribué à la diffusion massive du virus, dans la région Grand-Est et au-delà, illustre l'importance du risque précité, non seulement pour les fidèles mais également pour l'ensemble de la population* »⁴⁴.

Le juge a tenu compte lors de chaque audience de ces différents chiffres pour contrôler la nécessité et l'intensité de la réponse juridique apportée par les autorités publiques. **Le recours à la science et aux experts dans le raisonnement du juge administratif français est l'une des singularités les plus remarquables du contentieux en période de Covid-19.** Le Conseil d'État a régulièrement utilisé la formule « *en l'état actuel des connaissances scientifiques* » pour la faire entrer dans la balance de son raisonnement juridique exigeant que les autorités

⁴² CE, 5 mars 2021, *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, n° 440037.

⁴³ Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

⁴⁴ CEJR, 18 mai 2020, n° 440366, point 28.

publiques démontrent avec précision l'intensité du risque sanitaire au moment où elles adoptent l'acte ou la recommandation restreignant des libertés. Le recours à cette formule montre que le juge a souvent fondé sa décision sur l'avis du comité d'experts médicaux dont la doctrine a pu changer en fonction de la connaissance de plus en plus précise des modes de contamination et de la contagiosité du virus. Par exemple, le 29 novembre 2020, le Conseil d'État relève dans une décision que « *S'il ressort du point épidémiologique réalisé le 26 novembre 2020 par Santé publique France qu'au cours de la semaine précédente, le nombre de nouveaux cas confirmés de contamination par le virus à l'origine de la covid-19 était en baisse de 38 %, le nombre de passages aux urgences pour cette maladie avait diminué de 37 %, confirmant la baisse déjà intervenue la semaine précédente, tandis que les nouvelles hospitalisations avaient diminué de 22 % et les admissions en réanimation de 25 %, il n'est pas contesté que le nombre toujours élevé des patients hospitalisés et en réanimation, respectivement 28 648 et 3883 à la date du 27 novembre 2020, continue à mettre en tension l'ensemble du système de santé* »⁴⁵.

Comme le démontre le professeur CARTIER, il y a parfois eu « **un usage politique des nombres en temps de crise sanitaire** »⁴⁶ liée à la Covid-19, les autorités publiques ayant eu tendance à s'appuyer sur des expertises qui auraient dû être maniées avec plus de précautions. Si l'on ne peut nier une part d'imprévisibilité inhérente à l'évolution d'une pandémie telle que la Covid-19, l'exigence de l'éthique publique suppose que les autorités manient avec un minimum de rigueur les chiffres et les données quantitatives avancées pour justifier des restrictions de libertés. En France, à l'occasion de chaque affaire jugée, le représentant du gouvernement devait prouver lors de l'audience la fiabilité des chiffres sur lesquels le gouvernement se fondait pour prendre des mesures. Ces chiffres devaient être actualisés et reposer sur des indicateurs objectifs pour convaincre le juge de la nécessité et de la proportionnalité des mesures restrictives de libertés. En pratique, c'est l'Agence Santé Publique France qui est un établissement public administratif doté de 15 antennes régionales qui avait en charge la gestion des données relatives à la Covid-19 et rendait chaque jour à 14 heures un bilan des contaminations et admissions de nouveaux patients dans les hôpitaux. Le chef de l'État avait précisé la démarche du pouvoir exécutif en indiquant dès le 12 mars 2020 qu'un « principe nous guide pour nos actions, c'est la confiance dans la science ». Ainsi, l'approche scientifique a été promordiale dès le début de la gestion de la crise. **Outre le recours aux nombres, le gouvernement s'est appuyé sur l'expertise d'un comité scientifique installé pour le conseiller et émettre des avis sur la stratégie et les mesures à prendre en fonction de l'évolution de la pandémie.** Par exemple, le juge indique dans son raisonnement : « *En l'état de la situation épidémiologique nationale, telle qu'évaluée notamment par Santé publique France, tant à la date à laquelle ces dispositions ont été prises qu'au demeurant encore à ce jour* »⁴⁷.

L'administration s'appuyait également sur les recommandations du Haut Conseil de la Santé publique. Les décisions des autorités publiques tiennent en effet compte de ces chiffres pour justifier des restrictions qui ont des conséquences importantes pour les individus ou les entreprises, tout en apportant la preuve de la fiabilité de ces chiffres en cas de contentieux. Les

⁴⁵ CEJR, 29 nov.2020, n° 446930.

⁴⁶ Emmanuel CARTIER, « Pour une éthique publique de l'usage des nombres dans la gestion de la crise sanitaire », in V.BARBÉ, J-F.KERLÉO et J.PADOVANI (dir), *L'éthique à l'épreuve de la crise*, éditions de l'Épistémè, 2021., p.78.

⁴⁷ CEJR, 6 juill.2020, n° 441257, point 20.

décisions rendues par le juge relativement aux mesures prises par les autorités administratives mentionnent ainsi à la fois les avis du Haut conseil de la santé publique et du comité de scientifiques conseillant le pouvoir exécutif ainsi que les données statistiques reflétant la vision plus précise possible du réel. **Cette approche a permis d'intégrer un minimum de certitudes scientifiques dans le raisonnement juridique. Sans cette certitude scientifique, les autorités publiques ne peuvent démontrer ni la nécessité, ni l'adéquation ni la proportionnalité de leurs mesures privatives de libertés.**

Toutefois, le juge administratif considère que la certitude scientifique n'est pas suffisante. Au-delà de cette approche quantitative, le juge administratif a également imposé des exigences qualitatives dans la rédaction des mesures de police restrictives des libertés en période de Covid-19. Dans cette approche quantitative, le juge administratif s'est intéressé non seulement à la cohérence des mesures prises entre le pouvoir central et les autorités publiques locale, mais aussi à la simplicité et à la lisibilité de ces mesures.

B - La nécessaire cohérence des mesures restrictives de libertés entre le pouvoir central et les autorités publiques inférieures

1°). L'inscription du contentieux Covid-19 dans une jurisprudence classique sur la répartition des compétences entre le Gouvernement et les autorités publiques locales

Dans un arrêt rendu au fond, le Conseil d'Etat a rappelé la compétence du Premier ministre pour interdire tout déplacement en dehors du domicile

« 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 d'épidémie, comme celle de covid-19 que traversait la France à la date des décisions attaquées. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent »⁴⁸.

Cette compétence du chef du gouvernement remonte à un grand arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1919⁴⁹ dans lequel il a affirmé, pour la première fois, qu'il appartient au chef de l'exécutif :

« en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent être appliquées dans l'ensemble du territoire ».

L'arrêt Labonne de 1919 précisait que les autorités de polices locales :

« conservent, chacune en ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'exécutif, toutes les prescriptions réglementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité ».

L'application de la jurisprudence Labonne de 1919 au contentieux de mesures de police en période de covid-19 montre la constance de la jurisprudence administrative.

Les maires (responsables des communes) sont l'autorité de police spéciale au niveau local. Ils n'ont pas le droit d'adoucir les mesures de police décidées par le gouvernement. Ils ne peuvent

⁴⁸ CE, 22 déc.2020, n° 439800.

⁴⁹ CE, 8 août 1919, Labonne. GAJA, 23^{ème} éd, 2021, n° 33., p.218 et s.

donc que préciser les atteintes aux libertés à condition, toutefois, que ces mesures plus précises :

- soient nécessaires au regard de circonstance locales ;
- soient proportionnées à la gravité du trouble.

Pendant la première période de Covid-19 - au printemps 2020 – plusieurs maires ont pris des mesures de police qui ont été jugées illégales car elles portaient une atteinte qui n'était ni nécessaire ni proportionnée à des libertés⁵⁰.

Au regard du droit français, les mesures prises par la gouverneure de Tokyo peuvent être assimilées à celles de la police locale générale prises sur la base du texte de la loi accordant le pouvoir de police nationale générale au gouvernement, la déclaration de l'état d'urgence par ce dernier étant la base du pouvoir de police locale générale de la gouverneure.

De ce point de vue, **les principes jurisprudentiels dégagés en 1919 sont toujours applicables en 2021 et ils peuvent apporter un éclairage important pour l'affaire *Global Dining*.**

En effet, parallèlement à la dimension constitutionnelle de ce procès au Japon lié à un vice d'inconstitutionnalité externe, la question centrale, sur le fond, est celle de l'atteinte proportionnée ou non à la liberté du commerce et de l'industrie (—Il convient de rappeler **qu'il n'existe effectivement pas de hiérarchie entre les libertés**, ce qui signifie **qu'en droit public, aucune liberté n'est formellement plus importante qu'une autre au regard de sa normativité**. La liberté du commerce et de l'industrie a donc la même valeur que la liberté, par exemple, d'aller et venir. Il n'existe pas, dans le raisonnement juridique du juge, de hiérarchie entre les libertés de l'esprit et les libertés économiques.) . Si nous apprécions la présente affaire à la lumière du droit français et en particulier à la distribution des pouvoirs des différentes autorités publiques, nous pourrions dire que la nécessité et la proportionnalité de la mesure prise par la gouverneure de Tokyo elle-même doivent être examinées en plus de la question des conditions de légalité des mesures du pouvoir central.

Or, l'intervention d'une mesure administrative, d'une décision unilatérale prise par une autorité publique infra-gouvernementale (tel est le cas par exemple des mesures prises par la Gouverneure de Tokyo) ne peut être légale que :

- **si elle repose sur une nécessité** – au regard de la situation pandémique le jour de l'édiction de cette mesure -
- si elle est proportionnée à la gravité** de la situation **dûment et objectivement** constatée.

⁵⁰ CEJR, 20 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057.

Etant donné que les autorités locales ne peuvent préciser que les mesures du pouvoir central, la prise des mesures disproportionnée signifierait qu'elles prennent des mesures qui ne seraient pas cohérentes avec celles du gouvernement. Ainsi, le contrôle de la proportionnalité sur les mesures locales fonctionne également comme celui de cohérence de mesures avec l'autorité centrale. Si tel est le cas, l'exercice du pouvoir de police locale dépassera la limite imposée par la jurisprudence constante.

S'il fallait apprécier la légalité de la mesure prise par la gouverneure de Tokyo par rapport au contentieux Covid en France, la grille de lecture serait la suivante : **si la situation sanitaire a été sur-estimée par une autorité de police administrative (préfet ou maire) qui aurait, sur cette base, édicté une mesure dont les conséquences étaient d'une part, disproportionnées et d'autre part, contraires au principe d'égalité en faisant peser une charge anormale sur un restaurateur en particulier (comme c'est le cas pour Global Dining), la mesure serait alors jugée illégale et censurée** par le juge administratif pour les raisons suivantes :

-inexactitude matérielle des faits : ces derniers existaient bien au moment de l'édition de l'acte (la pandémie était présente à Tokyo) mais ils ont fait l'objet d'une appréciation inexacte par la Gouverneure de Tokyo

-édiction d'une mesure de police non nécessaire, disproportionnée et contraire au principe d'égalité : le juge considèrerait que la mesure était manifestement injustifiée par la situation sanitaire.

- les dispositions attaquées ne poursuivaient pas clairement un objectif de santé publique et seraient *entachées de détournement de pouvoir* dans la mesure où elles ont été ciblées sur un propriétaire de restaurant qui avait exprimé sa liberté d'expression sur les réseaux sociaux en indiquant que la base légale n'était pas suffisante pour justifier qu'il applique une décision ayant pour conséquence la cessation et donc la fermeture de ses établissements de restauration. Le fait qu'une aucune contamination à la covid-19 n'ait été décelée dans les établissements de restauration concernés est un argument confortant la légitimité du souhait de poursuivre cette activité en respectant scrupuleusement et sans risque de contamination pour le consommateur, l'activité de restauration.

Les mesures jugées illégales par cet examen seraient également considérées dépassant les limites du pouvoir local qui doit s'exercer de façon cohérente avec le pouvoir central.

2°) - La création par le juge administratif d'un nouveau critère juridique : la clarté et la lisibilité des mesures de police en période de Covid

En France, il existe une articulation, une complémentarité entre les différentes autorités de police qui est contrôlée par le juge administratif. L'intervention de l'autorité locale n'est toutefois pas sans limite car il s'agit de veiller au respect de la cohérence du dispositif mis en place à l'échelle nationale. En France, pour apprécier la cohérence des mesures, le juge s'est montré très exigeant quant à la précision et la qualité de la norme juridique fondant légalement l'atteinte aux libertés.

La contestation des arrêtés prescrivant le port du masque dans l'espace public a ainsi amené le juge administratif à créer un nouveau critère : la lisibilité de la mesure de police. Plusieurs ordonnances ont été rendues en ce sens ; elles montrent que le juge des référés tient certes compte de la complexité de la mesure de police en période d'état d'urgence sanitaire **mais se montre exigeant quant à la cohérence et la lisibilité de ces mesures**⁵¹. Les administrés doivent pouvoir comprendre les raisons pour lesquelles certaines mesures privatives de libertés sont prises et sous quelles conditions leurs libertés sont restreintes. Autrement dit, l'administration doit être en mesure d'édicter des décisions claires et d'expliquer de façon simple et compréhensible les raisons des restrictions imposées.

Le juge des référés du Conseil d'État confirme sa position arrêtée début septembre 2020⁵² en soulignant que désormais le **critère de lisibilité de la mesure de police (prise aussi bien par une autorité gouvernementale⁵³ qu'une autorité locale) fait partie des éléments à prendre en considération pour assurer une cohérence avec la réponse apportée au niveau local. Il juge, ainsi, que :**

« 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.

»

Cette décision est importante car elle montre que les autorités administratives prenant des mesures de police comme les interdictions d'ouvrir un restaurant ou plus gravement la fermeture temporaire d'un restaurant doivent être simples et lisibles car elles portent atteinte gravement à une liberté. Si la gouverneure de Tokyo ne peut pas apporter une réponse simple et claire sur les raisons pour lesquelles elle a édicté l'ordre de fermeture après 20h des restaurants de la société Global Dining, sa décision devrait être déclarée illégale au regard du droit français par le simple fait de l'impossibilité d'une telle explication. Le juge administratif français a donc renforcé l'exigence de qualité des normes, décisions et prises de position restreignant les libertés en raison d'un risque sanitaire lié à la pandémie de Covid-19.

Ainsi, l'existence du pouvoir de police locale n'est pas une condition suffisante afin de justifier une mesure restrictive de liberté, encore faut-il que le texte de la mesure soit lui-même simple et lisible.

⁵¹ CEJR, 6 sept.2020, n° 443750 et 443751 ; CEJR, 14 Sept.2020, n° 443904 : pas de pouvoir de dérogation d'un arrêté préfectoral pour des situations particulière telles que ...le grignotage ; CEJR, 23 oct.2020, n° 445430 préc.

⁵² CEJR, 6 septembre 2020, n° 443750 et n° 443751

⁵³ CEJR, 23 oct.2020, n° 445430, point 15 de l'arrêt (contrôle de la lisibilité et de la simplicité de la mesure prévue par l'article 51 du décret du 16 octobre 2020).

III/ Conclusion : Quelles leçons du contentieux administratif pour le Japon ?

Avec le recul, on observe clairement que le **contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif a été plus exigeant au fur et à mesure que l'intensité de l'épidémie diminuait.**

Le contrôle juridictionnel du juge administratif a joué et continue de jouer un rôle décisif dans la recherche d'un équilibre entre la nécessité pour l'administration de prendre des mesures protectrices et le respect des libertés.

Le 26 septembre 2021, le Conseil d'Etat a consacré, dans son rapport annuel, une réflexion de plus de 200 pages sur « *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes* ». Il adopte dans ce rapport une approche critique des mesures adoptées pendant la crise sanitaire en mettant en évidence l'atteinte aux libertés et au-delà à la démocratie soumise à des contraintes inhabituelles sur une durée excessivement longue. Pour le Conseil d'État qui indique dans cette importante étude des pistes à explorer, il conviendrait, à l'avenir, de doter la France d'outils juridiques moins dérogoires au droit commun car les normes et décisions en période covid « **dévalorisent le fonctionnement ordinaire des institutions et altèrent, à terme, la cohésion sociale** »⁵⁴. Le rapport préconise la mise en œuvre une action publique de crise proportionnée dans le temps et dans l'espace. Lorsqu'il a suspendu ou annulé une mesure restreignant une liberté, le juge administratif a systématiquement utilisé la formule suivante :

« la mesure qui présente un caractère général et absolu ne peut manifestement pas être regardée comme **une mesure nécessaire et adaptée et, ainsi, proportionnée à l'objectif de prévention de la diffusion du virus** »

Dans son étude de septembre 2021 sur les états d'urgence, le Conseil d'Etat insiste sur la nécessité, pour le droit dérogoire en temps de crise sanitaire, de limiter l'édiction de normes et décisions à ce qui est strictement indispensable afin de ne pas faire souffrir inutilement l'exercice des libertés. L'état d'urgence sanitaire dont l'existence n'est pas remise en cause ne doit donc pas tout justifier mais seulement des mesures très ciblées.

Au regard de ce qui précède, on peut affirmer pour une comparaison utile qu'en France, le juge administratif exerce, sur les mesures de Covid-19, un contrôle juridictionnel portant sur les points suivants :

-La base légale de la décision administrative prise par l'autorité publique pour restreinte une liberté (liberté du commerce et de l'industrie par exemple) est-elle clairement mentionnée, claire et lisible ?

-La base légale autorisait-elle l'autorité publique locale (préfet, maire) à prendre une telle décision ?

-La décision ou la mesure locale durcissant les préconisations du chef du gouvernement applique-t-elle le droit de façon conforme à l'intérêt général ?

⁵⁴ Martine de BOISDEFFRE, « Du bon usage des états d'urgence », étude précitée, *AJDA* 27 sept.2021., p.1827.

-La décision était-elle justifiée et nécessaire au regard de la situation sanitaire le jour où elle a été prise ?

-La mesure de police administrative était-elle proportionnée dans le temps et dans l'espace ?

Les décisions rendues par le juge administratif français débutent, invariablement, par l'analyse de la situation sanitaire le jour de l'édiction de la mesure. Depuis un grand arrêt rendu en 1933⁵⁵ qui est au cœur de la jurisprudence sur le contrôle des mesures de police administrative portant atteinte aux libertés, le juge administratif français exerce un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle l'amène à annuler systématiquement des mesures de police édictant des interdictions ou restrictions qui ont une portée générale et absolue ou qui font peser sur quelques personnes ou entreprises (comme c'est le cas de Global Dining à Tokyo) une charge anormale et non justifiée créant un préjudice spécial ouvrant droit à une indemnisation.

-Enfin, la mesure administrative d'injonction a-t-elle été prise après un débat contradictoire ayant permis aux entreprises concernées de faire valoir leurs observations ?

Ce n'est que si une réponse positive est apportée à chacune de ces questions au regard notamment « *des déclarations faites à l'audience par l'administration* » - précision apportée dans les décisions rendues par le Conseil d'État - qu'une mesure de police prise sur le fondement d'un risque sanitaire lié à la Covid-19 et restreignant une liberté serait jugée légale. Le monde dans lequel nous vivons que ce soit en France ou au Japon devient de plus en plus imprévisible et dangereux face aux risques sanitaires, à des crises environnementales ou encore des cyberattaques, ce monde qui évolue vers une société du risque porte en lui une soumission des libertés à des restrictions qui sans contrôle juridictionnel exigeant placeront les démocraties sous une contrainte inédite en période de paix comme le redoute la grande professeure de droit Mireille DELMAS-MARTY⁵⁶. Dans un tel contexte, la fonction du juge le place au cœur des évolutions de la société qui doivent l'inviter, pour reprendre les mots du poète Edouard GLISSANT, « *à grandir dans l'imprévisible* ».

Fait à Tours le 21 octobre 2021



⁵⁵ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *GAJA*, 23^{ème} éd, 2021, n° 42., p.280 et s.

⁵⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Libertés et Sécurité dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.