RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SÉNAT

Paris, le 26 juillet 2021

Les Sénateurs soussignés

à

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, nous avons l'honneur de vous déférer, la loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments respectueux.

Patrick KANNER
Président du groupe
Socialiste, Ecologiste
et Républicain

Eliane ASSASSI
Présidente du groupe Communiste
Républicain, Citoyen et Ecologiste

Guillaume GONTARD
Président du groupe
Écologiste, Solidarité et
Territoires

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les membres
du Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 PARIS

Paris, le 23 juillet 2021

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, telle qu'elle a été adoptée conformément à l'article 45, alinéa 3 de la Constitution, par le Sénat le 25 juillet 2021, puis par l'Assemblée nationale le même jour.

1. Au début de la crise sanitaire, il y plus de seize mois, nous avons paré au plus pressé, dans l'urgence. Nous pouvions déjà imaginer que la crise durerait, même si nous ne l'espérions pas. Nous avons ensuite appris à vivre avec le virus, en attendant qu'un vaccin puisse venir apporter une solution durable et nous ramener collectivement à une vie plus normale.

Le vaccin est arrivé mais force est de constater que le Gouvernement, lui, n'a rien appris.

Depuis plus de seize mois, il continue de gérer cette crise sans aucune anticipation et avec une unique solution : restreindre nos libertés et creuser les inégalités sociales.

C'est encore ce que fait la loi que nous vous déférons, adoptée une nouvelle fois dans des circonstances désastreuses pour notre démocratie parlementaire.

Nous avons été contraints d'adopter la loi en moins d'une semaine, en siégeant jusqu'à des heures au-delà non seulement du raisonnable, mais même de l'humainement faisable. Nous avons parfois dû entamer les discussions générales sans que les rapports des commissions n'aient été mis en ligne, donc distribués à l'ensemble des parlementaires.

Tout cela est indigne de la démocratie parlementaire que nous nous efforçons de faire vivre, face à un Gouvernement qui n'a de cesse de vouloir l'asservir.

De nouveau, plusieurs dispositions de cette loi contreviennent à des droits et libertés constitutionnellement garantis, mais l'agenda auquel le Gouvernement nous contraints nous interdit de les attaquer devant vous avec la rigueur que vous méritez et vous empêche de les examiner avec la sérénité nécessaire.

Cependant, il en faudrait davantage pour nous faire renoncer et c'est donc avec conviction que nous vous déférons cette loi et, en particulier, ses articles 1er, 2 et 14 et que nous vous demandons de les déclarer contraire à la Constitution, tant pour des raisons de procédure (I) que de fond (II).

I. SUR LA PROCÉDURE

2. Le treizième alinéa de l'article 1er de la loi que nous vous déférons, rétabli à la dernière minute par amendement gouvernemental lors des lectures après commission mixte paritaire dans chacune des assemblées, a été adopté selon une procédure contraire à la Constitution.

Ce treizième alinéa concerne l'application de ce que l'on appelle communément le *« passe sanitaire »* aux *« grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret »*.

S'il a été rétabli *in extremis* à la dernière étape de la procédure législative, il est néanmoins issu d'une disposition présente dès l'origine du projet de loi.

Cependant, la version initiale, adoptée en Conseil des ministres, n'a pas été soumise au Conseil d'État.

3. Selon l'article 39, al. 2 de la Constitution, *« les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées »*.

Selon une jurisprudence constante, vous considérez que *« si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation »* (*décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, Rec. p. 325, consid. 7*).

Vous déclarez alors contraire à la Constitution, car adoptée selon une procédure irrégulière, toute disposition d'une loi qui serait issue d'un texte, adopté en Conseil des ministres et soulevant une question qui n'a pas été soumise au Conseil d'État.

Tel est précisément le cas de ce treizième alinéa de l'article 1er, comme l'a d'ailleurs relevé le sénateur Philippe Bas, rapporteur du texte au Sénat (*Rapport Sénat n° 798 (2020-2021) du 23 juillet 2021, p. 21*).

En effet, l'avant-projet de loi renvoyé au Conseil d'État, à ce qui était alors le douzième alinéa de l'article 1er, se bornait à appliquer l'exigence du passe sanitaire aux « *grands établissements et centres commerciaux* », comme cela ressort d'ailleurs clairement de son avis (*avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, du 19 juillet 2021, n° 403629, § 12*) et comme on pourra aisément s'en rendre compte en consultant ledit avant-projet de loi.

Sur cette base, le Conseil d'État n'avait pas retenu cette disposition (*ibidem, § 17*).

Le Gouvernement n'avait alors pas d'autre choix que de maintenir la formulation initiale, le cas échéant en la modifiant simplement sur la forme, ou d'y renoncer.

4. Il ressort au contraire du projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 20 juillet 2021 (*Projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire n° 4386 (XVe Législature), 20 juillet 2021*), que la formulation adoptée en Conseil des Ministres est substantiellement différente.

L'exigence du passe sanitaire ne concerne plus, alors, les « *grands établissements et centres commerciaux* », mais « *les grands magasins et centres commerciaux,* ***au-delà d'un seuil défini par décret et permettant de garantir l'accès des personnes aux biens et produits de première nécessité sur le territoire concerné*** » (*article 1er, al. 13 du projet de loi*).

Comme le relève très justement le rapporteur du Sénat, « *l'ajout de ces deux critères, de seuil et d'examen de la " zone de chalandise " des magasins concernés, n'a donc pas été examiné par le Conseil d'État* » (*Rapport précité, p. 21*).

Or il s'agit de conditions substantielles de l'application de cette disposition qui, si elles avaient été soumises au Conseil d'État, auraient pu le conduire à rendre un avis différent.

En tout état de cause, ces conditions soulèvent des questions qui ne lui ont pas été soumises.

Bien que ce treizième alinéa, adopté sans modification par l'Assemblée nationale en première lecture, fût supprimé par le Sénat, il a été rétabli par amendement gouvernemental au stade des lectures postérieures à la commission mixte paritaire.

Si la rédaction finale diffère de la rédaction initiale adoptée en Conseil des ministres, les conditions prévues dans cette dernière se retrouve dans la loi que nous vous déférons, en particulier la condition d'un « *seuil défini par décret* » et la réserve de « *l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité* ».

Par conséquent, ce treizième alinéa de l'article 1er de la loi déférée correspond à celui qui figurait dans le projet de loi initial, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 20 juillet 2021, lequel soulevait des questions qui n'ont pas été soumises au Conseil d'État et qui figurent toujours dans le texte définitif.

Cet article 1er, alinéa 13 a ainsi été adopté selon une procédure contraire à l'article 39, al. 2 de la Constitution. Vous devrez donc l'y déclarer contraire.

II. SUR LE FOND

5. Au-delà de ce grief de procédure, la loi que nous vous déférons soulève de nombreux griefs au fond, quant au principe même de l'exigence du passe sanitaire de l'article 1er (A), quant aux « *obligations sanitaires* » imposées à un étranger soumis à une décision d'éloignement, résultant de l'article 2 (B) et quant à la suspension immédiate de l'activité des personnes soumises à l'obligation vaccinale, prévue par l'article 14 (C).

A) Sur l'exigence du passe sanitaire

6. L'article 1er de la loi que nous vous déférons impose « *la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19* » pour accéder à six catégories différentes de « *lieux, établissements, services ou événements où sont exercées [certaines] activités* ».

Son objet est ainsi d'étendre largement l'exigence de ce qui est plus communément appelé le « *passe sanitaire* », alors que le Gouvernement s'était solennellement engagé à ne pas le faire, lors des discussions sur la loi du 31 mai 2021.

Ce dispositif soulève plusieurs griefs d'inconstitutionnalité, portant atteinte à la liberté d'aller et de venir (a), à la liberté d'entreprendre (b), au principe d'égalité et de non-discrimination (c), ainsi qu'au droit à l'emploi (d).

a) Sur la liberté d'aller et de venir

7. Le fait d'exiger le passe sanitaire pour un grand nombre d'activités du quotidien, telles que « *les activités de loisirs* » (*article 1er, al. 8*), « *les activités de restauration commerciale ou de débit de boissons* » (*article 1er, al. 9*), « *les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux* » (*article 1er, al. 12*), ou pour accéder aux « *services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux* » (*article 1er, al. 11*) ou encore aux « *grands magasins et*

centres commerciaux » (*article 1er, al. 13*) impose des restrictions à la libre circulation des personnes.

La liberté d'aller et de venir est une composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (*parmi d'autres, décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*).

Vous admettez que cette liberté constitutionnellement garantie soit restreinte, afin de la concilier avec d'autres exigences constitutionnelles et, en particulier, durant cette période de gestion de la crise sanitaire, avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, qui découle du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (*décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*).

Il appartient alors au législateur d'assurer la conciliation entre ces exigences constitutionnelles et vous veillez à ce qu'elle soit équilibrée.

Le contrôle que vous opérez est alors minutieux et vous examinez toutes les garanties apportées par le législateur afin d'assurer cette conciliation et d'encadrer les limitations ainsi apportées.

8. Lors de l'application du régime de l'état d'urgence sanitaire, auquel la Constitution ne s'oppose pas, tout en reconnaissant que les facultés dont dispose le « *Premier ministre de réglementer ou d'interdire la circulation des personnes et des véhicules et de réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage [...]* ***portent atteinte à la liberté d'aller et de venir*** », vous en admettez la conformité à la Constitution en raison tant de l'application du régime spécifique et exceptionnel de l'état d'urgence sanitaire, que des nombreuses garanties qui sont apportées sous son égide (*décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*).

De même, lorsqu'il s'est agi de sortir du régime de l'état d'urgence sanitaire, vous avez de nouveau considéré que la compétence conférée « *au Premier ministre de réglementer ou interdire sous certaines conditions la circulation des personnes et des véhicules ainsi que celle des moyens de transport collectif* » était conforme à la Constitution et que le législateur avait opéré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et la liberté d'aller et de venir, en raison de l'encadrement qu'il avait prévu dans la loi (*décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*).

En particulier, vous avez relevé, parmi les conditions vous permettant de valider le dispositif, que ce dernier n'était applicable que pour une période déterminée, « *durant laquelle le législateur a estimé qu'un risque important de propagation de l'épidémie persistait* » et « *cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances,* ***manifestement inadéquate au regard de la situation présente*** » (*ibidem, consid. 13*).

De même, les restrictions concernées ne peuvent être édictées « *que dans les territoires **où une circulation active du virus a été constatée*** », vous conduisant ainsi à relever que le législateur, puis le pouvoir réglementaire se doivent de justifier leurs décisions au regard de circonstances concrètes et précises (*ibidem, consid. 15*).

Vous vous êtes d'ailleurs inscrit dans le même raisonnement lors de l'examen de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire de mai 2021, lors duquel vous avez jugé la première forme de passe sanitaire conforme à la Constitution.

Vous avez alors relevé qu'en employant les termes « *circulation active du virus* », « *le législateur a entendu permettre la mise en œuvre de ces mesures en cas de propagation rapide de l'épidémie de covid-19, laquelle **peut être appréciée en considération d'indicateurs tels que l'évolution du taux d'incidence du virus ou son facteur de reproduction*** » (*décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, consid. 5*).

9. Il ressort de cette jurisprudence que, si vous admettez clairement que la liberté d'aller et de venir puisse être restreinte au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation de la santé, ce n'est acceptable que sous de strictes conditions, liées au régime juridique mis en œuvre, aux garanties légales apportées et, surtout, à des considérations concrètes, justifiant de telles restrictions.

C'est d'ailleurs ce qu'a précisément relevé le Conseil d'État, dans son avis sur l'avant-projet de loi et à propos du passe sanitaire :

> « *Le Conseil d'État souligne ainsi que **l'application du " passe sanitaire " à chacune des activités pour lesquelles il est envisagé de l'appliquer doit être justifiée par l'intérêt spécifique de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie**, au vu des critères mentionnés précédemment et non par un objectif qui consisterait à inciter les personnes concernées à se faire vacciner.* »
>
> *Avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 13*

De surcroît, s'agissant d'une restriction à une liberté constitutionnellement garantie, l'application du passe sanitaire doit opérer de façon dûment proportionnée et « *la simple circonstance, mise en avant par le Gouvernement, selon laquelle cette mesure serait de nature à prévenir à une échéance plus lointaine de restrictions plus strictes ne saurait suffire à elle seule à justifier de la proportionnalité de la mesure* » (*avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 12*).

Par conséquent, si nous sommes aujourd'hui au début de ce qu'il convient d'appeler une « *quatrième vague de l'épidémie* », laquelle se traduit par une circulation de plus en plus active et de plus en plus rapide du virus, le législateur n'est pas pour autant en mesure de permettre n'importe quelle restriction aux libertés, en particulier à celle d'aller et de venir.

Non seulement une telle restriction doit être justifiée et proportionnée, mais elle doit aussi être nécessaire et adaptée aux différentes situations auxquelles elle s'applique et à l'objectif qu'elle poursuit.

10. En ce qu'il subordonne l'accès d'un grand nombre d'activités du quotidien à la présentation d'un certificat de vaccination, à un test de dépistage négatif ou à un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le Covid-19, le passe sanitaire réglemente la libre circulation des personnes, en la restreignant.

Il porte ainsi atteinte à la liberté d'aller et de venir.

Il est cependant compréhensible que, durant la période de la crise sanitaire que nous traversons et face à une nouvelle circulation active du virus, ce passe sanitaire soit un outil permettant de maîtriser cette circulation et faire face, ainsi, à la crise.

Toutefois, son application est si étendue qu'elle en ressort manifestement disproportionnée et que, par conséquent, sa conciliation avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé n'est pas équilibrée.

11. Si, lorsque vous avez examiné la première mise en œuvre du passe sanitaire, vous avez jugez que *« la notion d'activités de loisirs n'est ni imprécise ni ambiguë »* (*décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, consid. 18*), c'était toutefois dans sa dimension limitée aux établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes, telle que le prévoyait la loi du 31 mai 2021.

Désormais, plus aucune limite de ce type n'est prévue.

La moindre activité nautique, sortie en randonnée ou promenade en forêt sur des sentiers balisés, partie de tennis en plein air, ou, simplement, un accès à la plage seront-ils subordonnés à la présentation d'un passe sanitaire ?

Ce sont autant d'activité de loisirs, qui entrent dans le champ d'application de la loi que nous vous déférons.

De même, le passe sanitaire sera exigé pour accéder aux bars et restaurants, même en plein air ou sur leurs terrasses, alors que des études ont démontré que le virus y circulait très faiblement.

L'accès aux plus grands centres commerciaux pourra également être subordonné au passe sanitaire, alors que, là encore, de nombreuses études ont démontré qu'ils étaient des lieux sécurisés sur le plan sanitaire, bien davantage que ne peuvent l'être des commerces de proximité ou de pied d'immeuble, notamment grâce aux protocoles sanitaires particulièrement exigeants qui ont pu y être déployés.

Ajoutons encore que de nombreuses personnes empruntent le train quotidiennement pour se rendre sur leur de travail, qui se situe dans une région autre que la leur (de nombreux travailleurs franciliens résident dans les Hauts-de-France ou en Centre-Val-de-Loire, par exemple). Il faudra alors quotidiennement présenter le passe sanitaire, non plus pour une seule activité d'agrément, mais bien pour une activité impérative du quotidien.

Une telle multiplication des exigences d'un passe sanitaire paraît manifestement disproportionnée, en particulier en ce qu'elle ne paraît ni nécessaire ni adaptée.

12. Or nous pensons, comme l'a relevé le Conseil d'État dans son avis précité, que *« l'application du " passe sanitaire " »* doit être justifiée pour *« chacune des activités pour lesquelles il est envisagé de l'appliquer [...] par l'intérêt spécifique de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie »* (*avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 13*).

En particulier, il avait retenu que *« l'application de cette mesure aux grands centres commerciaux, les éléments communiqués par le Gouvernement, **notamment les données épidémiologiques et les avis scientifiques, ne font pas apparaître, au regard des mesures sanitaires déjà applicables et en particulier des exigences qui s'attachent au respect des gestes barrières, un intérêt significatif pour le contrôle de l'épidémie** alors qu'elle contraint les personnes non vaccinées, en particulier celles qui ne peuvent l'être pour des raisons médicales, à se faire tester très régulièrement pour y accéder »* (*ibidem, § 17*).

C'est la raison pour laquelle il n'avait pas retenu cette disposition, comme nous l'avons déjà souligné (*supra, § 3*).

On peut ajouter que les centres commerciaux ont été retenus comme des lieux permettant d'accueillir des centres de vaccination. Il est alors contradictoire de soutenir à la fois qu'ils sont des lieux suffisamment sûrs pour déployer d'importants centres de vaccination mais qu'ils présenteraient un risque pour le reste des activités possibles en leur sein.

De surcroît, même si le Conseil d'État ne l'a pas relevé, nous pensons que l'extension de l'exigence du passe sanitaire à l'ensemble des activités de loisirs, sans limitation aux *« grands rassemblements de personnes »* et sans aucune condition permettant de n'appliquer l'exigence du passe sanitaire qu'aux activités qui présentent véritablement un risque (espace clos, concentration élevée de personnes, etc.) ne se justifie par aucun *« intérêt significatif pour le contrôle de l'épidémie »*.

Le même raisonnement s'étend aux bars et restaurants de plein air ou lorsqu'ils servent en terrasse.

13. De plus, l'exigence d'un passe sanitaire pour des activités impératives du quotidien semble être la limite que le législateur n'a pas voulu franchir, pour une raison simple : ce serait contraire à la Constitution.

Le Conseil d'État l'a d'ailleurs relevé dans son avis précité :

> *« Le Conseil d'État souligne cependant qu'une telle mesure, en particulier* ***lorsqu'elle porte sur des activités de la vie quotidienne, est susceptible de porter une atteinte particulièrement forte aux libertés des personnes concernées ainsi qu'à leur droit au respect de la vie privée et familiale****. Il rappelle, ainsi qu'il l'avait relevé dans son avis n° 401741 du 17 décembre 2020 sur le projet de loi relatif au régime pérenne de gestion des crises sanitaires, que le fait de subordonner certaines de ces activités à l'obligation de détenir un certificat de vaccination ou de rétablissement ou un justificatif de dépistage récent peut, dans certaines hypothèses,* ***avoir des effets équivalents à une obligation de soins et justifie, à ce titre, un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre****, au vu des données scientifiques disponibles »*
>
> *Avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 12*

On ne peut admettre que la liberté d'aller et de venir soit à ce point entravée que ce ne serait plus seulement des activités d'agrément qui seraient subordonnées à la présentation d'un passe sanitaire (bars, restaurants, magasins non alimentaires, cinémas, musées, etc.), mais des activités impératives de la vie quotidienne, dites de première nécessité, tels que les courses alimentaires, les visites médicales, emprunter le métro, le bus ou, surtout, le train pour aller travailler.

Aboutir à une telle contrainte est contraire à la Constitution, car la limitation à la liberté d'aller et de venir est disproportionnée et excessive, sans être nécessaire et justifiée par l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Cependant, l'exigence du passe sanitaire pour *« les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux »* (*article 1er, al. 12 de la loi déférée*) risque d'aboutir à un tel résultat pour toutes les personnes travaillant quotidiennement dans une région qui n'est pas celle de leur résidence.

14. En définitive, le passe sanitaire sera exigé pour un très grand nombre d'activités, la plupart dites d'agrément mais qui peuvent constituer, pour certaines d'entre elles, des activités impératives, de première nécessité (tels des transports interrégionaux pour se rendre à son lieu d'exercice professionnel), sans qu'aucun intérêt significatif ne le justifie systématiquement, au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Par conséquent, la conciliation opérée par le législateur, en exigeant le passe sanitaire de façon si étendue, entre les limitations à la liberté d'aller et de venir engendrées et l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé paraît manifestement déséquilibrée.

Pour toutes ces raisons, vous devrez déclarer l'article 1er de la loi que nous vous déférons contraire à la Constitution.

À défaut, vous devrez déclarer contraire à la Constitution l'extension de l'exigence du passe sanitaire aux activités pour lesquelles il paraît inappropriée ou émettre les réserves d'interprétation nécessaires à la restriction de son application, en particulier à l'égard des personnes intolérantes au vaccin.

b) *Sur la liberté d'entreprendre*

15. La liberté d'entreprendre est issue de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (*décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, Rec. p. 18*).

Selon votre jurisprudence bien établie, cette liberté peut faire l'objet de « *limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général,* ***à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi*** » (*décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise], Rec. p. 258, consid. 6*).

Vous avez également relevé que la liberté d'entreprendre doit être conciliée avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé (*décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, précitée, consid. 7*).

À ce titre, comme pour les restrictions à la liberté d'aller et de venir, les limitations que peut connaître la garantie constitutionnelle de la liberté d'entreprendre au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé relève de l'appréciation du législateur, notamment de l'existence ou de la persistance d'un « *risque important de propagation de l'épidémie* », à la condition, toutefois, « *que cette appréciation [ne soit] pas,* ***en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente*** » (*ibidem, consid. 8*).

Il est alors nécessaire, comme rappelé précédemment (*supra, §§ 8 et 9*), d'apprécier cette situation présente d'abord au regard d'éléments objectifs, telle que « *la circulation active du virus* », qui « ***peut être appréciée en considération d'indicateurs tels que l'évolution du taux d'incidence du virus ou son facteur de reproduction*** » (*ibidem, consid. 5*).

Il faut, ensuite, que des « *intérêts spécifiques* » viennent justifier la mise en œuvre du passe sanitaire à chacune des situations où il s'appliquera, comme l'a souligné le Conseil d'État (*supra, § 9 et avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 13*).

En particulier, s'agissant encore d'une restriction à une liberté constitutionnellement garantie et, en l'espèce, à la liberté d'entreprendre, cette application doit opérer de façon dûment proportionnée.

Ainsi, « *la simple circonstance, mise en avant par le Gouvernement, selon laquelle cette mesure serait de nature à prévenir à une échéance plus lointaine de restrictions plus strictes*

ne saurait suffire à elle seule à justifier de la proportionnalité de la mesure » (*avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 12*).

16. En ce qu'elle est rendue applicable aux « *activités de restauration commerciale ou de débit de boissons* » (article 1er, al. 9 de la loi déférée) ainsi qu'aux « *grands magasins et centres commerciaux* » – même si ce n'est que « *sur décision motivée du représentant de l'État dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient* » – (article 1er, al. 13 de la loi déférée), l'exigence du passe sanitaire fera peser sur eux un poids économique substantiel, portant une atteinte particulièrement grave à la liberté d'entreprendre.

N'oublions pas qu'il s'agit là de secteurs d'activité qui ont été fermés pendant de très nombreux mois, engendrant déjà des pertes de chiffre d'affaires considérables.

Or cette nouvelle responsabilité suppose la mobilisation de moyens à la fois humains, matériels et financiers, de nature à mettre en danger leur équilibre économique.

Pour procéder aux contrôles, il sera nécessaire de recruter et de former du personnel, en un temps record.

Il faudra également organiser les entrées en ces lieux, qui peuvent être de forte affluence, notamment concernant les centres commerciaux.

Des files d'attente devront être organisées, laissant craindre de nouveaux risques de contamination : l'accumulation de personnes dans une file engendre nécessairement une proximité physique entre elles, causant un risque sérieux de contamination (surtout si, en extérieur ou se prévalant d'un passe sanitaire, elles ne portent pas de masque – rappelons que le passe sanitaire et, notamment, le vaccin, ne garantit pas que des personnes ne soient pas contaminées).

L'impact sanitaire escompté du passe serait alors l'opposé de son objet premier.

De plus, des troubles à l'ordre public sont à craindre, en raison des contestations de plus en plus fortes vis-à-vis de cette mesure. La situation pourrait dégénérer.

Enfin, le plan Vigipirate n'a non seulement toujours pas été levé, mais le Ministre de l'Intérieur vient d'appeler les préfets à une vigilance accrue en raison de nouvelles menaces et, parmi les mesures de protection des visiteurs, les files d'attente et les attroupements constituent des configurations qui doivent être évitées.

17. Par conséquent, l'application du passe sanitaire à l'égard des bars, restaurants et grands magasins et centres commerciaux fera peser sur eux un poids économique substantiel, portant une atteinte particulièrement grave à leur liberté d'entreprendre.

Cette limitation à cette liberté constitutionnellement garantie, justifiée par l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, est disproportionnée et n'apparaît donc pas équilibrée.

De surcroît, aucun intérêt spécifique pour le contrôle de l'épidémie ne justifie que cette liberté d'entreprendre soit ainsi entravée par l'application du passe sanitaire à leur égard.

Ainsi, le législateur n'a pas opéré une conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et la limitation à la liberté d'entreprendre engendrée qui paraisse équilibrée. Elle est dès lors inconstitutionnelle.

Vous devrez donc déclarer contraire à la Constitution ces neuvième et treizième alinéas de l'article 1er de la loi que nous vous déférons.

c) *Sur le principe d'égalité et de non-discrimination*

18. La réintroduction, à la dernière minute, de l'exigence du passe sanitaire pour l'accès aux grands magasins et centres commerciaux a fait naître une double atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination, d'une part, entre les commerces situés au sein des centres commerciaux et ceux qui sont situés en-dehors (1) et, d'autre part, entre les *« grands »* magasin et centres commerciaux, qui pourront être concernés par le dispositif et ceux, de moindre importance, qui ne le seront pas (2).

1) Sur le principe d'égalité entre les commerces

19. L'exigence du passe sanitaire à l'égard des centres commerciaux conduit à subordonner l'accès à certains commerces ou services situés dans les centres commerciaux à la présentation d'un passe sanitaire, alors qu'ils n'y sont pas assujettis s'ils sont situés en-dehors du centre commercial (par exemple en pied d'immeuble, en centre-ville).

Dans son avis précité, le Conseil d'État a d'ailleurs relevé que « *la différence de traitement qui en résulte pour les établissements similaires selon qu'ils sont inclus ou non dans le périmètre d'un grand centre commercial* ***n'est, en l'état des éléments communiqués, pas justifiée au regard du principe d'égalité, compte tenu des objectifs de santé publique poursuivis****. Il ne retient pas, en conséquence, cette disposition* » (*avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 17*).

Pour rendre cet avis, le Conseil d'État avait considéré que :

> *« Les enjeux sanitaires doivent être mis en balance avec les conséquences de la mesure pour les personnes vaccinées et non vaccinées* ***ainsi que pour les professionnels concernés****. Dans cette appréciation, il prend notamment en compte le fait que l'application du dispositif : [...]*

« - ne crée pas de différences de traitement dépourvues de justifications objectives entre les activités soumises au dispositif et celles qui n'y sont pas soumises »

Avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 13

20. On peut ajouter que, cumulée au dispositif prévu au quatorzième alinéa de l'article 1er, cette exigence du passe sanitaire à l'égard des centres commerciaux et non des autres commerces est susceptible de faire naître une discrimination entre les salariés, en fonction du lieu où ils travaillent (dans un commerce situé dans le complexe d'un centre commercial ou dans un commerce situé en-dehors).

En effet, ce dispositif du quatorzième alinéa de l'article 1er permet rend applicable l'exigence du passe sanitaire, *« à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou évènements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie »*.

Il pourra donc être obligatoire pour les salariés des centres commerciaux et de leurs commerces et non pour ceux des commerces situés en-dehors des centres commerciaux.

La rupture d'égalité est ici caractérisée et il serait faux de soutenir qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général ou, surtout, qu'elle présente un lien direct avec l'objectif de la loi, qui n'est autre que de lutter contre l'épidémie, alors que les centres commerciaux sont des lieux plus sûrs à cet égard que les autres commerces.

21. Surtout, comme cela a pu être vérifié lors de la mise en œuvre des précédentes mesures relatives aux centres commerciaux (et, notamment, lors des fermetures qui leur étaient spécifiques), cette exigence pourra s'appliquer également aux commerces qui sont inclus dans le complexe d'un centre commercial, alors même qu'ils disposent d'un accès depuis l'extérieur, sans nécessité que les clients passent par le mail clos du centre commercial.

Plusieurs juges administratifs ont d'ailleurs suspendu des mesures de fermetures de centres commerciaux dès lors que leur accès se faisait depuis l'extérieur ou à l'air libre.

22. Or il n'existe aucune différence de situation, en lien direct avec l'objet de la loi, à savoir la gestion de la crise sanitaire et la maîtrise de l'épidémie, entre un commerce situé dans le complexe d'un centre commercial mais qui dispose d'un accès depuis l'extérieur et un commerce (voire le même commerce) situé dans une rue commerçante ou en pied d'immeuble, hors complexe d'un centre commercial.

Il n'existe pas davantage de raison d'intérêt général justifiant une telle différence de traitement, comme l'a relevé le Conseil d'État (*supra, § 19*).

En effet, les centres commerciaux sont des lieux sûrs au plan sanitaire, beaucoup plus sûrs que les commerces, de moindre taille, situés en pied d'immeuble : dans les premiers, la

densité de la population peut y être beaucoup plus facilement régulée que dans les seconds et, surtout, des protocoles sanitaires très ambitieux et exigeants y sont mis en place.

De même, il n'existe pas davantage de différence de situation ou de raison d'intérêt général qui soit en lien direct avec l'objet de la loi, entre un commerce situé dans le complexe d'un centre commercial et un autre commerce situé en-dehors d'un tel complexe.

On ajoute que si le risque sanitaire est avéré, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé commanderait au contraire que le passe sanitaire soit déployé dans l'ensemble des commerces, à commencer par ceux où les protocoles sanitaires sont les moins exigeants, donc les risques de contamination plus élevés.

L'exigence du passe sanitaire étendue aux grands magasins et centres commerciaux emporte donc une rupture d'égalité qui opère de façon inconstitutionnelle et vous devrez ainsi déclarer l'alinéa 13 de l'article 1er de la loi déférée contraire à la Constitution.

2) Sur le principe d'égalité entre grands magasins et centres commerciaux

23. Le dispositif du passe sanitaire déployé à l'égard des « *grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret* » permet d'établir une distinction entre ces types d'établissements qui pourront être soumis à cette exigence et ceux qui en seront exonérés, car ils sont de moindre importance.

En premier lieu, si l'établissement du seuil par décret fait sens, le législateur n'a déterminé aucun encadrement, permettant que ce seuil ne soit pas totalement discrétionnaire, arbitraire et fluctuant, comme l'ont montré les mesures précédentes relatives aux centres commerciaux et à l'évolution de tels seuils.

Ils ont ainsi évolué de 40 000 m² (*article 10 du décret n°2020-548 du 11 mai 2020*) à 70 000 m² (*article 37 du décret n° 2020-663 du 31 mai 2020*), puis à 20 000 m² (*article 2 du décret n° 2021-99 du 30 janvier 2021*) et à des seuils encore inférieurs (10 000 m² ou 5 000 m²), par voie d'arrêtés préfectoraux, sans qu'une justification réelle du seuil ne soit jamais apportée.

En définitive, la détermination de ces seuils paraît particulièrement discrétionnaire, arbitraire et fluctuante.

24. En deuxième lieu, aucune différence de situation, en lien direct avec l'objet de la loi, à savoir la gestion de la crise sanitaire et la maîtrise de l'épidémie, entre un grand centre commercial, soumis à l'exigence du passe sanitaire et un centre commercial de moindre importance, qui en sera exonéré, n'est établie.

Au contraire, plus un centre commercial est grand, plus les systèmes d'aération sont importants et plus la densité peut être limitée, diminuant d'autant les risques de contamination et de propagation du virus.

De surcroît, l'argument de l'importance de la fréquentation ne saurait tenir, dès lors que l'exigence du contrôle du passe sanitaire, précisément cumulée à une forte fréquentation, engendrera des files d'attente à l'entrée des centres commerciaux, favorisant la circulation du virus et les contaminations entre les personnes qui patientent.

Il n'existe pas davantage de raison d'intérêt général justifiant une telle différence de traitement.

25. En définitive, l'application du passe sanitaire à l'égard des seuls grands centres commerciaux crée encore une discrimination, en fonction de la taille des centres commerciaux, déterminée librement et arbitrairement par décret.

Cette rupture d'égalité, si elle peut concerner des situations différentes, n'est pas justifiée par une raison d'intérêt général et, surtout, **ne présente aucun lien avec l'objectif de la loi, qui est de lutter contre la propagation du virus du Covid-19**, alors qu'il est notamment démontré que les grands centres commerciaux sont en mesures d'assurer la sécurité sanitaire de leurs clients dans des conditions équivalentes (voire supérieures compte tenu de leurs équipements) que ceux de moindre importance.

Pour toutes ces raisons, cette rupture d'égalité apparaît contraire à la Constitution et l'alinéa 13 de l'article 1er de la loi qui nous vous déférons devra être déclaré inconstitutionnel.

d) Sur le droit à l'emploi

26. Les alinéas 20 et 21, ainsi que 23 et 24 de l'article 1er de la loi que nous vous déférons permettent, lorsqu'un salarié ou un agent public est soumis à l'obligation de présenter un passe sanitaire dans le cadre de son activité professionnelle et qu'il ne le présente pas, que son contrat de travail ou ses fonctions soient suspendus, avec interruption du versement de la rémunération.

Un dispositif similaire est prévu par l'article 14, §§ II et III, à l'égard des personnes soumises à une obligation vaccinale par l'article 12 de la loi déférée, qu'il s'agisse de salariés ou d'agents publics.

Si nous nous satisfaisons grandement que l'hypothèse d'un licenciement ait été abandonnée, le dispositif envisagé demeure inconstitutionnel, en ce qu'il prive de garanties légales l'exigence constitutionnelle du droit à l'emploi, le législateur n'ayant pas, par la même, exercé la plénitude de sa compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

27. Le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que *« chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »*. Cet alinéa garantit ainsi le

droit constitutionnel à l'emploi et, plus spécifiquement, assure des garanties en matière d'emploi salarié.

Ce droit constitutionnel à l'emploi, issu du Préambule de 1946, est mis en œuvre par le législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution, ainsi que vous le rappelez dans une jurisprudence constante : « *il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre* » (*décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, Rec. p. 50, consid. 19*).

Vous ajoutez toutefois que, ce faisant, le législateur doit s'efforcer « ***de remédier à la précarité de l'emploi*** » (*ibidem*).

Il ne s'agit évidemment que d'une obligation de résultat, mais qui interdit malgré tout au législateur d'adopter des mesures qui auraient l'effet exactement inverse.

En outre, le dixième alinéa du Préambule de 1946 dispose que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », tandis que son onzième alinéa précise que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Vous en déduisez que ces dispositions « *impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées* » (*décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, Rec. p. 101, consid. 218*).

28. Il ressort des dispositifs prévus par les dispositions litigieuses de la loi déférée qu'un salarié ou un agent public qui ne produirait pas les documents nécessaires à la poursuite de son activité, notamment le passe sanitaire, pourrait se voir immédiatement notifier la suspension de son contrat de travail ou de ses fonctions, laquelle s'accompagne, tout aussi immédiatement, de l'interruption du versement de la rémunération.

La personne ainsi concernée se retrouve donc, du jour au lendemain, sans aucun moyen de subsistance, ce qui la plonge inévitablement dans une situation de précarité.

La loi déférée, alors qu'elle est appelée à déterminer les principes fondamentaux du droit travail, en vertu de l'article 34 de la Constitution, n'a prévu aucune sorte de compensation ou de revenu minimum au cours de cette période.

Rappelons que cette situation peut être due au refus de la personne concernée de se faire vacciner et de faire un test de dépistage régulièrement.

Mais elle peut aussi être due au retard pris dans le processus de vaccination de cette personne, laquelle serait donc néanmoins suspendue dans ses activités tant que ce processus ne serait pas achevé, ce qui peut durer plusieurs semaines.

En procédant ainsi, le législateur a porté une atteinte excessive et injustifiée aux dispositions invoquées des cinquième, dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946. Il n'a pas non plus exercé la plénitude de sa compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

Pour toute ces raisons, les alinéas 20 et 21, 23 et 24 de l'article 1er ainsi que les paragraphes II et III de l'article 14 de la loi déférée devront être déclarés contraire à la Constitution.

B) Sur les obligations sanitaires liées à une décision d'éloignement

29. L'article 2 de la loi que nous vous déférons sanctionne, de trois ans d'emprisonnement, le *« refus, par un étranger, de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet »*, à savoir une décision d'éloignement obligatoire.

Ainsi, un étranger qui se voit notifier une interdiction administrative du territoire français, une obligation de quitter le territoire français ou une décision d'expulsion sera contraint de se soumettre *« aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office »* d'une telle mesure, sans que l'on sache précisément desquelles il s'agit.

S'agit-il d'une vaccination ? S'agit-il d'un examen de dépistage ? S'agit-il d'un examen médical ? S'agit-il de toute autre obligation sanitaire ? Rien ne le précise.

Surtout, il en résulte une violation tant du droit à la santé que du principe de dignité de la personne humaine.

30. Le droit à la santé est expressément garanti par l'alinéa 11 du Préambule de 1946, lequel dispose que la Nation *« garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »*.

Vous avez par ailleurs reconnu que ce Préambule *« a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de* ***la dignité de la personne*** *contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et* ***constitue un principe à valeur constitutionnelle*** *» (décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], consid. 17).*

Ces règles et principes constitutionnels vous ont d'abord conduits à considérer que la vaccination obligatoire n'était constitutionnellement possible que sous *« la réserve d'une contre-indication médicale reconnue » (décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L. [Obligation de vaccination], consid. 9).*

Ils vous ont également conduits à relever que certains examens médicaux, en l'espèce les examens radiologiques osseux, n'avaient pour seul objet que de *« déterminer l'âge d'une personne et* ***ne peuvent être réalisés sans son accord****. Ils n'impliquent* ***aucune intervention corporelle interne et ne comportent aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes*** *» (décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, précitée, consid. 18).*

31. Sans être en mesure de le soutenir avec certitude, tant la notion d'*« obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure »* est floue, nous pensons qu'elle pourrait inclure une vaccination ou un examen de dépistage qui est intrusif et loin d'être indolore.

De surcroît, aucune réserve n'est faite, dans la loi, quant à une intolérance au vaccin par la personne concernée.

Par ailleurs, comme on le voit, l'absence de précision du législateur sur le contour de cette notion prive de garanties légales les exigences constitutionnelles que nous avons invoquées.

En définitive, en adoptant cette disposition, le législateur a porté atteinte non seulement au droit à la protection de la santé, mais aussi au principe de dignité humaine, tous deux constitutionnellement garantis.

Vous devrez donc déclarer l'article 2 contraire à la Constitution.

C) Sur la suspension immédiate de l'activité des personnes soumises à l'obligation vaccinale

32. L'article 14, § I, A de la loi que nous vous déférons prévoit que les personnes soumises à une obligation vaccinale, en vertu de l'article 12 et qui ne sont pas (encore) en mesure d'en justifier la satisfaction, *« ne peuvent plus exercer leur activité », « à compter du lendemain de la publication de la présente loi et jusqu'au 14 septembre inclus »*, sauf à produire *« le résultat, pour sa durée de validité, de l'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 ».*

Cela signifie que ces personnes ainsi visées par la loi, pour continuer à exercer leur activité et en attendant d'avoir pleinement achevé leur processus de vaccination, lequel peut prendre plusieurs semaines, devront réaliser un test de dépistage vraisemblablement tous les deux ou trois jours.

Si elles y renoncent, elles ne pourraient plus exercer leur activité professionnelle, se voyant ainsi privées des moyens de subsistance nécessaires.

Ainsi, imposer cette obligation à si court terme porte atteinte non seulement à la liberté personnelle d'aller et de venir, mais aussi à la liberté d'entreprendre et au droit à l'emploi.

33. Vous avez reconnu que la liberté d'entreprendre, dont on a déjà rappelé la garantie constitutionnelle (*supra, § 15*), *« comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »* (*décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle], Rec. p. 636, consid. 7*).

De plus, nous avons rappelé que le droit à l'emploi, garanti par l'alinéa 5 du Préambule de 1946, impliquait de remédier à la précarité et empêchait, donc, de placer les travailleurs dans des situations de précarité (*supra, § 27*).

Par conséquent, en imposant aux personnes soumises à l'obligation vaccinale, dès le lendemain de la publication, c'est-à-dire dans les tous prochains jours, des contraintes telles qu'elles devront soit renoncer à exercer leur activité, soit procéder à des examens de dépistages si fréquents que leur activité professionnelle en sera grandement entravée, le législateur a apporté au droit à l'emploi et à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive.

Si nous ne contestons nullement l'obligation vaccinale, *a fortiori* en ce qu'elle concerne le personnel soignant, c'est bien son application immédiate, sans aucun délai de carence, qui apparaît inconstitutionnelle.

Pour cette raison, vous devrez déclarer l'article 14, § I, A de la loi que nous vous déférons contraire à la Constitution.

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à censurer les dispositions contestées de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

Nous vous prions, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel, d'agréer l'expression de notre haute considération.