



Paris, le 30 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,

Vous trouverez ci-joint notre réplique suite aux observations du Gouvernement sur la saisine commune, que je représente à cette occasion, portant sur la loi portant sur la gestion de la crise sanitaire.

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

A handwritten signature in black ink, which appears to read 'Patrick Kanner', written in a cursive style.

Patrick KANNER
Président du groupe Socialiste,
Ecologiste et Républicain

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

Paris, le 30 juillet 2021

RÉPLIQUE À L'APPUI DE L'AFFAIRE 2021-824 DC

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

Les Observations du Gouvernement formulées en réponse à notre saisine sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, en date du 29 juillet 2021 et qui nous ont été transmises le 30 juillet 2021, appellent de notre part la réplique suivante.

1. En premier lieu, nous constatons que les arguments invoqués par le Gouvernement ne sont pas de nature à dissiper les moyens que nous avons soulevés dans notre saisine, que nous maintenons donc dans leur intégralité.

Nous relevons également que le Gouvernement apporte des éclaircissements sur certaines dispositions de la loi que nous vous avons déférée, qui ne ressortent pas de la loi elle-même et qui sont de nature à en modifier la portée.

En particulier, il indique que les « *obligations sanitaires* » auxquelles pourrait être soumis un étranger faisant l'objet d'une décision d'éloignement, en vertu de la réécriture de l'article L. 824-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, opérée par l'article 2 de la loi déférée, « *ne sauraient inclure l'obligation de se faire vacciner* » (*Observations du Gouvernement*, p. 16).

Si nous sommes heureux d'apprendre qu'il en est ainsi, cette réserve n'apparaît pas dans la loi et si vous ne deviez pas souscrire aux moyens que nous avons invoqués pour

constater la contrariété de cet article 2 à la Constitution, il serait nécessaire, *a minima*, que cette réserve apparaisse dans votre décision afin que, conformément à l'article 62 de la Constitution, elle s'impose « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

2. En deuxième lieu, concernant le vice de procédure que nous avons soulevé dans notre saisine et la violation de l'article 39 de la Constitution, nous constatons que les Observations du Gouvernement ne font que le confirmer.

En effet, le Gouvernement indique que « *l'ajout des mots " 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 " ne saurait être regardé comme une disposition posant une question nouvelle sur laquelle le Conseil des ministres n'aurait pas été éclairé par l'avis du Conseil d'État* » (Observations du Gouvernement, p. 4).

Pourtant, le Conseil d'État, dans son avis, a bien relevé que l'exigence du passe sanitaire pour accéder aux grands magasins et centres commerciaux « *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. Il constate que cette difficulté est susceptible de **concerner tout particulièrement l'acquisition de biens de première nécessité, notamment alimentaires**, et cela alors même qu'aucun autre établissement commercial ne serait accessible à proximité du domicile des intéressés* » (avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, du 19 juillet 2021, n° 403629, § 17).

On peut donc valablement considérer que, si le Conseil d'État avait eu connaissance d'une quelconque réserve d'application du passe sanitaire à l'égard des biens et produits de première nécessité, son analyse concluant au rejet de cette disposition aurait été différente.

Le Gouvernement ajoute que, « *enfin, il est observé que, dans son avis du 19 juillet 2021, le Conseil d'État s'est prononcé sur les dispositions du projet de loi soumis à son examen permettant au Premier ministre d'exiger la présentation du " passe sanitaire " pour l'accès aux grands centres commerciaux, en se montrant attentif à l'accès des personnes à ces établissements pour l'acquisition de biens de première nécessité* » (Observations du Gouvernement, p. 4).

Cependant, le Conseil d'État n'a pas proposé de réserver cette catégorie, comme l'a fait le Gouvernement dans le projet de loi adopté en Conseil des Ministres. Il n'a que proposé de renoncer à la mesure litigieuse.

Par conséquent, il est faux de soutenir que l'adoption finalement retenue dans le projet de loi ne soulevait pas de questions qui n'auraient pas été soumises au Conseil d'État.

Au contraire, reconnaissant que « *le Conseil des Ministres a adopté une rédaction partiellement différente de celle du projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'État en ce*

qui concerne l'accès aux grands centres commerciaux » (Observations du Gouvernement, p. 4), le Gouvernement reconnaît expressément la violation de l'article 39 de la Constitution.

3. En troisième lieu, le Gouvernement relève, à propos des diverses catégories de lieux, établissements, services ou événements auxquels l'accès pourrait être subordonné à la présentation du passe sanitaire, que *« la première catégorie est celle des activités de loisirs, dont vous avez jugé qu'elle n'était ni imprécise, ni ambiguë » (Observations du Gouvernement, p. 8).*

Nous connaissons bien votre décision qu'invoque le Gouvernement, à laquelle nous nous reportons dans notre saisine.

L'analyse du Gouvernement se justifie tant que cette notion est associée aux *« grands rassemblements de personnes »*, comme le prévoit la loi du 31 mai 2021.

En effet, la notion n'est alors pas ambiguë, puisque ce sont davantage ces grands rassemblements que les activités elles-mêmes qui sont visées et la notion n'a d'autre finalité, semble-t-il, que d'exclure des rassemblements à finalité politique, syndicale ou culturelle.

En revanche, dès lors que cette restriction disparaît, la notion n'en devient pas ambiguë pour autant – nous ne le contestons pas – mais elle recouvre un nombre excessif de situations, allant de la simple promenade en forêt à l'accès aux plages.

Elle emporte dès lors une restriction à la liberté d'aller et de venir qui est excessive, même au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Nous ne pouvons donc que maintenir notre argumentation, qui devra vous conduire à déclarer ce dispositif contraire à la Constitution ou, *a minima*, à émettre une réserve d'interprétation permettant d'en circonscrire l'application aux seules activités de loisir comportant un risque réel et avéré de contamination, à l'exclusion d'activités de plein air ou qui n'implique qu'un nombre réduit de personnes.

4. En quatrième lieu, à propos de l'exigence du passe sanitaire pour les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, le Gouvernement considère que, *« sur ce point et contrairement à ce qui est soutenu, le législateur n'avait pas à opérer une distinction selon le motif du déplacement, en réservant les déplacements pour motifs familiaux et professionnels » (Observations du Gouvernement, p. 8).*

Il ajoute que, *« outre que le motif du déplacement est indifférent au regard du risque de diffusion de l'épidémie que le législateur a entendu prévenir, les dispositions contestées n'instituent aucune interdiction de la circulation des personnes ni aucune interdiction de l'accès aux moyens de transport collectifs, de la nature de celles prévues au 1° du paragraphe I de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021, qui justifieraient de sauvegarder la*

possibilité de réaliser des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé » (ibidem, p. 9).

Par cette formule, le Gouvernement reconnaît indirectement que, pour ces types de déplacement, le passe sanitaire sera exigé.

Or, pour des raisons développées dans notre saisine, une telle exigence porte une atteinte à la liberté d'aller et de venir manifestement disproportionnée au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

En effet, elle peut conduire, par exemple, pour des personnes résidants dans une région et travaillant dans une autre, à l'exigence du passe sanitaire de façon quotidienne, pour des déplacements qui ne sont pas simplement liés à l'agrément ou aux loisirs mais qui sont impératifs à l'exercice de l'activité professionnelle.

Une telle atteinte à la liberté d'aller et de venir, en ce qu'elle impacte des activités de première nécessité, n'est pas justifiée au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

5. En cinquième lieu, pour écarter toute atteinte à la liberté d'entreprendre par l'exigence du passe sanitaire, notamment pour accéder aux activités de restauration commerciale ou de débit de boissons, ainsi qu'aux grands magasins et centres commerciaux, le Gouvernement soutient que l'atteinte n'est pas disproportionnée, « s'agissant d'un contrôle qui ne prend que quelques secondes et garantit à ces professionnels de pouvoir continuer à fournir les services en cause, sans s'exposer à de nouvelles fermetures administratives » (Observations du Gouvernement, p. 11).

D'une part, il semblerait que le Gouvernement justifie cette mesure au regard d'éventuelles restrictions futures, ce qui ne saurait être admissible, de l'avis même du Conseil d'État (avis du Conseil d'État du 19 juillet 2021, précité, § 13).

La seule justification possible est le contrôle de l'épidémie.

D'autre part, la réponse du Gouvernement ne prend nullement en considération l'impact économique d'une telle mesure, quant au recrutement, à la formation et à la rémunération des personnes qui devront s'en assurer, dans les restaurants, débits de boisson, grands magasins et centres commerciaux.

Par conséquent, une telle réponse sur la base d'un argument injustifié ne fait que conforter l'atteinte réelle et substantielle à la liberté d'entreprendre pour les lieux, établissements et services concernés, en particulier les restaurants, débits de boissons, grands magasins et centres commerciaux.

Cette atteinte est donc disproportionnée au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de la protection de la santé.

6. En sixième lieu, pour écarter le moyen d'une rupture d'égalité entre les commerces situés dans des centres commerciaux et ceux qui seraient situés en-dehors, le Gouvernement indique que « *la distinction établie par la loi correspond à une différence objective de situation en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur* » (*Observations du Gouvernement, p. 11*).

Cependant, si le Gouvernement soutient que la différence de situation est en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur, il n'en apporte aucune preuve.

En effet, si l'objectif poursuivi se trouve être la protection de la santé, au nom de quoi les grands magasins et centres commerciaux se trouveraient-ils dans une situation différente des autres commerces ?

Ces derniers sont tout autant confrontés à un brassage de la population, peut-être d'une moindre importance mais d'une densité plus forte. Or c'est bien celle-ci et non celle-là qui comporte un risque de propagation.

De surcroît, des études scientifiques ont prouvé que les protocoles mis en place dans les grands magasins et centres commerciaux (jauge, renouvellement de l'air, etc.) en faisaient des lieux bien plus sûrs que les autres commerces.

Par conséquent, la rupture d'égalité alléguée est bien avérée, soit qu'il ne s'agisse pas de traiter différemment des situations différentes, soit que cette différence de traitement n'opère pas conformément à l'objectif de la loi.

7. En septième et dernier lieu, le Gouvernement entend rejeter nos moyens invoqués à l'encontre des alinéas 20 et 21, 23 et 24 de l'article 1^{er}, ainsi qu'aux paragraphes II et III de l'article 14, en retenant que ces dispositions « *ont seulement pour objet et pour effet de suspendre la relation de travail, et non de la rompre* » (*Observations du Gouvernement, p. 12*).

Si nous sommes heureux de voir que ce sens des dispositions de la loi est bien celui retenu par le Gouvernement, le doute pouvant être permis depuis les déclarations de Madame la Ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion du 27 juillet dernier, il ne suffit pas à répondre aux moyens que nous soulevons.

En effet, aucune garantie n'est apportée dans le cadre de cette suspension prévue par la loi déférée. Elle s'accompagne au contraire de la suspension de la rémunération, privant le salarié (ou l'agent public) de tout moyen de subsistance et le plongeant ainsi dans une précarité certaine.

Par conséquent, en n'assortissant le régime de cette double suspension (de l'activité et de la rémunération) d'aucune garantie, le législateur a privé le droit pour chacun d'obtenir un emploi des garanties légales suffisantes et n'a pas exercé la plénitude de sa compétence qu'il tient de l'article 34, alinéa 17 de la Constitution.

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, nous maintenons nos griefs soulevés dans notre saisine initiale, complétés par les arguments ici développés et nous vous invitons 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.