

CONSEIL D'ETAT  
SECTION DU CONTENTIEUX  
REFERE-SUSPENSION

(Coronavirus ; accessoire à un REP ; connexe à un référé-liberté)

POUR :

**1. Renaloo**

Association loi de 1901

[...]

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

**2. La ligue Contre l'Obésité**

Association loi de 1901

[...]

**3. L'Association Nationale de Défense contre l'Arthrite Rhumatoïde (ANDAR)**

Association loi de 1901

[...]

**4. France Lymphome Espoir**

Association loi de 1901

[...]

**5. Cancer contribution**

Association loi de 1901

[...]

**6. AIDES**

Association loi de 1901

[...]

**7. Plateforme 3AP (nom d'usage Aider à aider)**

Association loi de 1901

[...]

**8. Roseup association**

Association loi de 1901

[...]

**9. L'association Coopération Patients**

Association loi de 1901  
[...]

**10. M. Olivier Berruyer**  
[...]  
De nationalité française  
Actuaire

*Mes Philippe Prigent et Xavier Filet, avocat au Barreau de Paris*

**CONTRE :**

**Le décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020**

## FAITS

*Contexte.* L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie covid-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020 puis de pandémie le 11 mars 2020. La propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion. Le 12 mars 2020, le Président de la République a déclaré lors d'une adresse solennelle à la Nation : « *La santé n'a pas de prix. Le gouvernement mobilisera tous les moyens financiers nécessaires pour porter assistance, pour prendre en charge les malades, pour sauver des vies. Quoi qu'il en coûte* ». Le législateur, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020, puis, par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, a prorogé cet état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020. Ce même état d'urgence a été prorogé jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021 par la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

La mortalité du virus semble inférieure à 1% si les malades peuvent être soignés autant que nécessaire (hospitalisation et réanimation) mais elle est beaucoup plus élevée pour certaines catégories de population, qualifiées de « vulnérables ». De plus, de nombreuses études font état de mois de souffrance et/ou de séquelles importantes pour une part importante de malades. Ces séquelles peuvent induire des incapacités définitives et réduire l'espérance de vie.

Le virus tue encore indirectement parce qu'il engorge les hôpitaux, de sorte que de nombreuses personnes ne sont pas soignées ou ne peuvent être diagnostiquées à temps (ex : examen de contrôle d'un cancer après traitement, interruption des greffes rénales).

La reprise de la pandémie se confirme depuis juillet.

Le 14 octobre, le président de la République a annoncé un couvre-feu de 21 heures à 6 heures du matin dans les grandes villes à compter du 17 octobre.

Par un décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020, le Président de la République a déclaré l'état d'urgence sanitaire.

Par un décret du n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le Premier ministre a notamment assigné à résidence à toute la population (sauf dérogations strictes), interdit les cultes et fermé de nombreux commerces et autres établissements recevant du public.

Ce confinement généralisé a été annoncée pour une durée d'un mois minimum et sans doute beaucoup plus longtemps.

En France le virus aura fait périr plus de 50 000 personnes à la date à laquelle le Conseil d'Etat statuera sur le présent recours.

**Facteurs de risque.** La covid-19 ne frappe pas également tous les malades.

L'immense majorité des personnes qui développe une forme grave est âgée ou atteinte d'une ou plusieurs comorbidités (obésité, cancer, insuffisance cardiaque, rénale, respiratoire ou immunitaire, diabète, cirrhose, femme enceinte<sup>1</sup>, etc.).

Cette différence de vulnérabilité face à la maladie est bien connue depuis avril et est encore récemment illustrée par le Point épidémiologique de Santé publique France du 12 novembre 2020 :

**Description des cas graves de COVID-19 admis en réanimation**

La surveillance des cas graves de COVID-19 repose sur un réseau sentinelle de services de réanimation localisés en France métropolitaine et dans les DROM. Elle a été mise en place en mars 2020 dans l'objectif de décrire les caractéristiques des patients admis en réanimation avec un diagnostic confirmé de COVID-19. Cette surveillance n'a pas vocation à dénombrer tous les cas graves de COVID-19 admis en réanimation. En effet, le dispositif SI-VIC permet le monitoring de la dynamique du nombre de cas d'hospitalisation (dont les admissions en réanimation) depuis mars 2020.

Dans le contexte actuel de recrudescence de l'épidémie de COVID-19, cette surveillance qui repose désormais sur un réseau de 226 services de réanimation, a été réactivée depuis le 05 octobre. Le dispositif a évolué et permet désormais d'inclure également les patients admis en réanimation avec un diagnostic confirmé de grippe. Le protocole de la surveillance et la fiche de recueil sont disponibles sur le site de Santé publique France.

Les données présentées ci-après correspondent aux signalements reçus à partir du 05 octobre 2020 de l'ensemble des régions à l'exception des Antilles, de Mayotte et de la région Grand Est. A noter que dans les points épidémiologiques régionaux à paraître dans les prochaines semaines, la période d'inclusion des données pourra différer d'une région à l'autre afin de tenir compte de l'évolution de la surveillance dans la région.

- Parmi les **1 967 patients signalés**, **72% étaient des hommes** ; l'âge médian des patients était de **68 ans** (intervalle interquartile (IIQ) : [60-75]) et 63% étaient âgés de 65 ans et plus.
- **88% des patients admis en réanimation présentaient au moins une comorbidité** et cette proportion était de **82% parmi ceux âgés de moins de 65 ans**. Les comorbidités les plus fréquemment rapportées étaient l'**obésité** (IMC $\geq$ 30kg.m<sup>-2</sup>) (47% des cas signalés dont l'IMC était renseigné), l'**hypertension artérielle** (44%) et le **diabète** (32%) (Tableau 8). 7% des patients signalés étaient âgés de moins de 65 ans et ne présentaient aucune comorbidité.
- **147 décès** ont été rapportés à ce jour ; l'âge médian des personnes décédées était de **76 ans** (IIQ : [70-83]), 85% étaient âgés de 65 ans et plus. L'information sur les comorbidités était disponible pour 146 patients ; parmi ces derniers, 138 présentaient au moins une comorbidité. Les comorbidités les plus fréquemment rapportées étaient l'**hypertension artérielle** (50%), l'**obésité** (50%) et les pathologies cardiaques (37%) (Tableau 8). **570 sorties de réanimation** ont été rapportées à ce jour.

NB : Les proportions présentées dans le texte concernent les patients pour lesquels les données sont disponibles.

Tableau 8. Comorbidités des patients atteints de COVID-19 admis en réanimation et signalés du 05 octobre au 10 novembre 2020 par les services de réanimation participant à la surveillance sentinelle (n=1 967, données arrêtées le 10 novembre 2020)

Classe d'âge	Ensemble des cas (n=1 967)		Cas décédés en réa. (n=147)	
	n	%	n	%
0-14 ans	6	-	0	-

<sup>1</sup> Par commodité de langage et parce que les sources parlent de comorbidité on emploiera ce terme bien qu'à proprement parler la grossesse ne soit pas une comorbidité.

85% étaient âgées de 65 ans et plus. L'information sur les comorbidités était disponible pour 146 patients ; parmi ces derniers, 138 présentaient au moins une comorbidité. Les comorbidités les plus fréquemment rapportées étaient l'hypertension artérielle (50%), l'obésité (50%) et les pathologies cardiaques (37%) (Tableau 8). 570 sorties de réanimation ont été rapportées à ce jour.

NB : Les proportions présentées dans le texte concernent les patients pour lesquels les données sont disponibles.

**Tableau 8. Comorbidités des patients atteints de COVID-19 admis en réanimation et signalés du 05 octobre au 10 novembre 2020 par les services de réanimation participant à la surveillance sentinelle (n=1 967, données arrêtées le 10 novembre 2020)**

Classes d'âge	Ensemble des cas (n=1 967)		Cas décédés en réa. (n=147)	
	n	%	n	%
0-14 ans	6	0	0	-
15-44 ans	115	6	2	1
45-64 ans	611	32	20	14
65-74 ans	728	37	40	27
75 et +	482	25	85	58
Non renseigné	15	0	0	-
Comorbidités	n	% <sup>1</sup>	n	% <sup>2</sup>
Aucune	237	12	8	5
Au moins une comorbidité	1 671	88	138	95
Obésité (IMC>=30) <sup>3</sup>	811	47	63	50
Hypertension artérielle	839	44	73	50
Diabète	617	32	52	36
Pathologie cardiaque	461	24	54	37
Pathologie pulmonaire	384	20	40	27
Immunodépression	136	7	15	10
Pathologie rénale	142	7	14	10
Cancer	106	6	14	10
Pathologie neuromusculaire	59	3	11	8
Pathologie hépatique	36	2	1	1
Autre	321	17	22	15
Non renseigné	59	0	1	1

<sup>1</sup> Un patient peut présenter plusieurs comorbidité(s) parmi celles listées dans le tableau  
<sup>2</sup> Les pourcentages sont calculés pour les patients pour lesquels l'information sur les comorbidités est renseignée.  
<sup>3</sup> La prévalence de l'obésité est calculée à partir des données des patients pour lesquels l'IMC est renseigné (n=1 729 et n=126)

Situation au 12 novembre 2020 Page 30 Point épidémiologique COVID-19

**Régime légal.** C'est pourquoi l'article 20 de la loi de finance rectificative n° 2020-473 du 25 avril 2020 (ci-après, « la loi du 25 avril 2020 ») dispose :

« I. - Sont placés en position d'activité partielle les salariés de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de continuer à travailler pour l'un des motifs suivants :

- le salarié est une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2, selon des critères définis par voie réglementaire ;
- le salarié partage le même domicile qu'une personne vulnérable au sens du deuxième alinéa du présent I ;
- le salarié est parent d'un enfant de moins de seize ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile.

II. - Les salariés mentionnés au I du présent article perçoivent à ce titre l'indemnité d'activité partielle mentionnée au II de l'article L. 5122-1 du code du travail, sans que les conditions prévues au I du même article L. 5122-1 soient requises. Cette indemnité d'activité partielle n'est pas cumulable avec l'indemnité journalière prévue aux articles L. 321-1 et L. 622-1 du code de la sécurité sociale ainsi qu'aux articles L. 732-4 et L. 742-3 du code rural et de la pêche maritime ou avec l'indemnité complémentaire prévue à l'article L. 1226-1 du code du travail.

L'employeur des salariés mentionnés au I du présent article bénéficie de l'allocation d'activité partielle prévue au II de l'article L. 5122-1 du code du travail.

III. - Le présent article s'applique à compter du 1<sup>er</sup> mai 2020, quelle que soit la date du début de l'arrêt de travail mentionné au premier alinéa du I du présent article.

Pour les salariés mentionnés aux deuxième et troisième alinéas du même I, celui-ci s'applique jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2020.

*Pour les salariés mentionnés au dernier alinéa dudit I, celui-ci s'applique pour toute la durée de la mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile concernant leur enfant.*

*Les modalités d'application du présent article sont définies par voie réglementaire ».*

Le décret d'application n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 dispose :

*« La vulnérabilité mentionnée au I de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée répond à l'un des critères suivants :*

*1° Etre âgé de 65 ans et plus ;*

*2° Avoir des antécédents (ATCD) cardiovasculaires : hypertension artérielle compliquée (avec complications cardiaques, rénales et vasculo-cérébrales), ATCD d'accident vasculaire cérébral ou de coronaropathie, de chirurgie cardiaque, insuffisance cardiaque stade NYHA III ou IV ;*

*3° Avoir un diabète non équilibré ou présentant des complications ;*

*4° Présenter une pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale : (broncho pneumopathie obstructive, asthme sévère, fibrose pulmonaire, syndrome d'apnées du sommeil, mucoviscidose notamment) ;*

*5° Présenter une insuffisance rénale chronique dialysée ;*

*6° Etre atteint de cancer évolutif sous traitement (hors hormonothérapie) ;*

*7° Présenter une obésité (indice de masse corporelle (IMC) > 30 kgm<sup>2</sup>) ;*

*8° Etre atteint d'une immunodépression congénitale ou acquise :*

*- médicamenteuse : chimiothérapie anti cancéreuse, traitement immunosuppresseur, biothérapie et/ou corticothérapie à dose immunosuppressive ;*

*- infection à VIH non contrôlée ou avec des CD4 < 200/mm<sup>3</sup> ;*

*- consécutive à une greffe d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques ;*

*- liée à une hémopathie maligne en cours de traitement ;*

*9° Etre atteint de cirrhose au stade B du score de Child Pugh au moins ;*

*10° Présenter un syndrome drépanocytaire majeur ou ayant un antécédent de splénectomie ;*

*11° Etre au troisième trimestre de la grossesse ».*

Au vu du nombre limité de décès de mai à août, la mesure a contribué efficacement à la diminution de la mortalité.

Le décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, met fin au chômage partiel des salariés

du secteur privé partageant le domicile d'une personne vulnérable au sens de ce nouveau décret et réduit la liste de ces personnes vulnérables. Le décret du 29 août dispose ainsi :

« Article 1

*La date mentionnée au deuxième alinéa du III de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée est fixée au 31 août 2020 pour les salariés mentionnés au troisième alinéa du I du même article, à l'exception des salariés exerçant leur activité dans les départements de Guyane et de Mayotte pour lesquels elle est fixée à la date à laquelle l'état d'urgence sanitaire y prend fin.*

Article 2

*Sont regardés comme vulnérables au sens du I de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée les patients répondant à l'un des critères suivants et pour lesquels un médecin estime qu'ils présentent un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 les plaçant dans l'impossibilité de continuer à travailler :*

*1° Etre atteint de cancer évolutif sous traitement (hors hormonothérapie) ;*

*2° Etre atteint d'une immunodépression congénitale ou acquise :*

*- médicamenteuse : chimiothérapie anticancéreuse, traitement immunosuppresseur, biothérapie et/ou corticothérapie à dose immunosuppressive ;*

*- infection à VIH non contrôlée ou avec des CD4 < 200/mm<sup>3</sup> ;*

*- consécutive à une greffe d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques ;*

*- liée à une hémopathie maligne en cours de traitement ;*

*3° Etre âgé de 65 ans ou plus et avoir un diabète associé à une obésité ou des complications micro ou macrovasculaires ;*

*4° Etre dialysé ou présenter une insuffisance rénale chronique sévère.*

Article 3

*Sont placés en position d'activité partielle les salariés mentionnés au deuxième alinéa du I de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée sur présentation à leur employeur du certificat du médecin mentionné à l'article 2 du présent décret.*

Article 4

*I. Le décret du 5 mai 2020 susvisé est abrogé à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2020. Toutefois, ses dispositions continuent à s'appliquer dans les départements de Guyane et de Mayotte jusqu'à la date à laquelle l'état d'urgence sanitaire y prend fin.*

*II. Les dispositions des articles 2 et 3 du présent décret s'appliquent à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2020 ».*

M. Berruyer a déposé un recours pour excès de pouvoir assorti d'un référé-suspension contre ce décret et mis son recours à disposition en ligne afin que d'autres personnes puissent faire valoir leurs droits.

Par une ordonnance *Ligue contre l'obésité* n° 444425 du 15 octobre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu les articles 2 à 4 du décret du 29 août mais refusé de suspendre son article 1<sup>er</sup> (relatif à ceux qui cohabitent avec une personne vulnérable).

Le décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 dispose : « Article 1

*Les salariés vulnérables placés en position d'activité partielle en application des deux premiers alinéas du I de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée sont ceux répondant aux **deux critères cumulatifs suivants** :*

**1° Etre dans l'une des situations suivantes :**

a) Etre âgé de 65 ans et plus ;

b) Avoir des antécédents (ATCD) cardio-vasculaires : hypertension artérielle compliquée (avec complications cardiaques, rénales et vasculo-cérébrales), ATCD d'accident vasculaire cérébral ou de coronaropathie, de chirurgie cardiaque, insuffisance cardiaque stade NYHA III ou IV ;

c) Avoir un diabète non équilibré ou présentant des complications ;

d) Présenter une pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale : (broncho-pneumopathie obstructive, asthme sévère, fibrose pulmonaire, syndrome d'apnées du sommeil, mucoviscidose notamment) ;

e) Présenter une insuffisance rénale chronique dialysée ;

f) Etre atteint de cancer évolutif sous traitement (hors hormonothérapie) ;

g) Présenter une obésité (indice de masse corporelle (IMC) > 30 kgm<sup>2</sup>) ;

h) Etre atteint d'une immunodépression congénitale ou acquise :

- médicamenteuse : chimiothérapie anticancéreuse, traitement immunosuppresseur, biothérapie et/ou corticothérapie à dose immunosuppressive ;

- infection à VIH non contrôlée ou avec des CD4 < 200/mm<sup>3</sup> ;

- consécutive à une greffe d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques ;

- liée à une hémopathie maligne en cours de traitement ;

i) Etre atteint de cirrhose au stade B du score de Child Pugh au moins ;

j) Présenter un syndrome drépanocytaire majeur ou ayant un antécédent de splénectomie ;

k) Etre au troisième trimestre de la grossesse ;

l) Etre atteint d'une maladie du motoneurone, d'une myasthénie grave, de sclérose en plaques, de la maladie de Parkinson, de paralysie cérébrale, de quadriplégie ou hémiplégié, d'une tumeur maligne primitive cérébrale, d'une maladie cérébelleuse progressive ou d'une maladie rare ;

**2° Ne pouvoir ni recourir totalement au télétravail, ni bénéficier des mesures de protection renforcées suivantes :**



a) L'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;

b) Le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ;

c) L'absence ou la limitation du partage du poste de travail ;

d) Le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ;

e) Une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ;

f) La mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs.

## Article 2

***Sous réserve que les conditions de travail de l'intéressé ne répondent pas aux mesures de protection renforcées définies au 2° de l'article 1er du présent décret, le placement en position d'activité partielle est effectué à la demande du salarié et sur présentation à l'employeur d'un certificat établi par un médecin.***

*Ce certificat peut être celui délivré pour l'application du décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.*

*Lorsque le salarié est en désaccord avec l'employeur sur l'appréciation portée par celui-ci sur la mise en œuvre des mesures de protection renforcées mentionnées au 2° de l'article 1er du présent décret, il saisit le médecin du travail qui se prononce en recourant, le cas échéant, à l'équipe pluridisciplinaire de santé au travail. Le salarié est placé en position d'activité partielle dans l'attente de l'avis du médecin du travail.*

## Article 3

*Le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 et les articles 2 à 4 du décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 sont abrogés ».*

C'est le décret attaqué.

Les requérants demandent toutefois au Conseil d'Etat de ne pas annuler le décret attaqué en ce qu'il étend la liste des personnes vulnérables par rapport à celui du 5 mai 2020.

En outre, les requérants doivent certes attaquer le décret du 10 novembre en tant que tel mais ils prient le Conseil d'Etat de noter qu'ils ne contestent pas la possibilité de faire travailler à distance les vulnérables.

## DISCUSSION

**Recevabilité.** La recevabilité du recours des associations requérantes ressort de leurs statuts (*pièce n° 3 statuts des associations requérantes*).

[...]

Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs admis la recevabilité du recours de M. Berruyer dans son ordonnance *Vulnérables* du 15 octobre 2020.

En vertu de l'article L 521-1 du Code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

**Urgence.** L'urgence est manifeste car le décret du 10 novembre 2020 s'appliquera depuis plusieurs semaines à la date à laquelle le Conseil d'Etat statuera et le virus circule si rapidement que de graves privations de libertés sont justifiées.

Plusieurs centaines de personnes décèdent chaque jour de la pandémie.

Le Premier ministre ne saurait donc contester l'urgence à statuer sur la protection des vulnérables.

Dans son ordonnance *Vulnérables* du 15 octobre 2020, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà admis l'urgence à une période où la situation n'était pas encore aussi grave qu'en novembre.

**Doute sérieux.** On peut sérieusement douter de la légalité du décret attaqué pour tous les motifs exposés ci-dessous.

## **I. Le décret attaqué méconnaît l'autorité de chose décidée par l'ordonnance de référé-suspension du Conseil d'Etat du 15 octobre 2020**

L'article L 521-1 du Code de justice administrative dispose : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.*

*Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».*

Lorsque le juge administratif suspend une décision administrative, l'autorité administrative ne saurait contourner cette suspension en abrogeant la décision suspendue pour lui en substituer une autre qui reprend en substance la décision suspendue.

L'article L 521-1 du CJA n'aurait aucun effet utile s'il suffisait à l'administration de substituer ainsi de nouvelles décisions formelles aux précédentes.

Or ici l'ordonnance du 15 octobre 2020 a suspendu les articles 2 à 4 du décret du 29 août, qui privait de nombreuses catégories de vulnérables du bénéfice de l'activité partielle sous prétexte notamment qu'ils échappaient au risque de contamination grâce aux « *mesures barrières* ».

Le Ministre soutenait en effet (*pièce n° 4 mémoire en défense du Ministre du 8 octobre 2020 dans l'affaire n° 444425, p. 4*) :

*« Par ailleurs, le requérant omet de faire référence à l'évolution, pourtant déterminante dans l'explication de la révision de la liste litigieuse, des données relatives au mode de contamination et des mesures de protection prescrites, fortement réévaluées depuis mars 2020. Ainsi, il est constant que l'avis du HCSP du 19 juin 2020 relatif à la reprise du travail par les personnes à risques indique que « les risques liés à la reprise d'activité professionnelle sont dus à la possibilité d'être en contact avec une personne excréant le SARS-CoV-2 sur le lieu de travail ou dans les transports collectifs utilisés pour se rendre sur ce lieu de travail, en l'absence de mesures de protection adaptées. Toutefois, le risque de contamination n'est pas plus important en milieu professionnel qu'en milieu communautaire».*

*L'ensemble des personnes vulnérables sont, depuis l'été 2020, en mesure de s'équiper en masques de protection chirurgicaux disponibles en stocks suffisants et délivrés gratuitement en pharmacies d'officine aux personnes vulnérables sur prescription médicale conformément aux dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé. Il ne peut être contesté que la mise à disposition de ces masques a eu pour objet et pour effet de garantir la protection des personnes vulnérables à la COVID en toutes circonstances, aussi bien en milieu professionnel qu'en milieu communautaire. Le port du masque s'est ajouté aux autres mesures barrières dont le respect relève de la responsabilité propre de la personne (hygiène des mains) ou de celle de son employeur (obligation de sécurité au sens des articles L.4121-1 et suivants du code du travail: par exemple, désinfection du poste de travail si partagé, respect de la distanciation physique).*

*Conformément à l'avis rendu le 19 juin 2020 par le HCSP, la reprise du travail s'est avérée possible dès lors que les conditions sanitaires renforcées susvisées ont été respectées. Alors même que si, pour ces personnes,*

*le télétravail reste à privilégier, lorsque le télétravail n'est pas possible, le travail présentiel doit être assorti de mesures de protection complémentaires dans des conditions de sécurité renforcée:*

- *Mise à disposition d'un masque chirurgical par l'entreprise au travailleur, qui devra le porter sur les lieux de travail et dans les transports en commun, lors des trajets domicile-travail et en déplacements professionnels (durée maximale du port de masque : 4 heures) ;*
- *Vigilance particulière de ce travailleur quant à l'hygiène régulière des mains ;*
- *Aménagement du poste de travail : bureau dédié ou limitation du risque (ex. : écran de protection).*

*En outre, le médecin du travail peut apprécier la compatibilité de l'aménagement du poste de travail et des mesures de protection avec l'état de santé de la personne. Le salarié conserve la possibilité de saisir le médecin du travail pour solliciter le cas échéant une visite médicale en vue de l'adaptation de son poste de travail (articles L. 4624-3 et R. 4624-34 du code du travail) ».*

En suspendant le décret du 29 août en raison du doute sérieux quant à sa légalité, le juge des référés du Conseil d'Etat a implicitement mais nécessairement jugé que le pouvoir réglementaire ne pouvait priver les vulnérables du bénéfice de l'activité partielle au motif que ces « mesures barrières » étaient respectées.

Or le décret du 10 novembre reprend le même raisonnement, renvoyant sur le lieu de travail les vulnérables si les « mesures barrières » y sont respectées.

Le pouvoir réglementaire rétablit ainsi en partie l'article 2 du décret du 29 août suspendu par l'ordonnance du Conseil d'Etat du 15 octobre 2020.

Ce seul constat rend illégal le décret du 10 novembre.

## **II. Le décret d'application du 10 novembre viole l'article 20 de la loi du 25 avril en subordonnant le bénéfice de l'activité partielle à une condition supplémentaire non prévue par la loi**

L'article 20 I de la loi du 25 avril 2020 dispose : « Sont placés en position d'activité partielle les salariés de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de continuer à travailler pour l'un des motifs suivants :

- le salarié est une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2, selon des critères définis par voie réglementaire ;

- le salarié partage le même domicile qu'une personne vulnérable au sens du deuxième alinéa du présent I ;

- le salarié est parent d'un enfant de moins de seize ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile ».

Selon ce texte, le rôle du pouvoir réglementaire se borne à déterminer les critères de vulnérabilité (sous réserve du contrôle juridictionnel de la cohérence de la définition et de l'absence d'erreur ou d'erreur manifeste d'appréciation).

La loi n'habilite pas le pouvoir réglementaire à subordonner l'activité partielle à d'autres conditions que celle d'être une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2.

Le pouvoir réglementaire excède donc ses pouvoirs s'il subordonne le placement en activité partielle à une quelconque autre condition.

Or ici l'article 1 du décret du 10 novembre prévoit : « *Les salariés vulnérables placés en position d'activité partielle en application des deux premiers alinéas du I de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 susvisée sont ceux répondant aux **deux critères cumulatifs suivants** :*

1° *Etre dans l'une des situations suivantes : [...]*

2° *Ne pouvoir ni recourir totalement au télétravail, ni bénéficier des mesures de protection renforcées suivantes :*

a) *L'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;*

b) *Le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ;*

c) *L'absence ou la limitation du partage du poste de travail ;*

d) *Le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ;*

e) *Une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ;*

f) *La mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs ».*

Selon ce décret, il ne suffit donc pas d'être vulnérable pour bénéficier de l'activité partielle. Il faut encore remplir une double condition : ne pouvoir travailler à distance et ne pas bénéficier des « *mesures de protection renforcées* ».

Le pouvoir réglementaire subordonne ainsi l'application de la loi à une condition supplémentaire alors qu'il lui appartenait seulement de définir les catégories de personnes vulnérables.

Ce seul constat rend illégal le décret du 10 novembre.

Au demeurant, les requérants ne contestent pas la possibilité pour les salariés vulnérables de travailler à distance mais seulement la possibilité pour l'employeur de les faire venir dans les locaux de l'entreprise.



**III. Le décret du 10 novembre est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il permet de faire venir sur le lieu de travail des personnes vulnérables, les contaminations graves résultant du retour au travail conduisant à de nombreux décès, engorgeant les hôpitaux et contraignant à prolonger le confinement, cause de crise économique majeure**

Même en termes purement économiques l'analyse du pouvoir réglementaire est manifestement erronée et nuisible.

Le Premier ministre suppose que les dépenses résultant de la suspension d'activité des personnes vulnérables pour celles qui ne peuvent travailler à distance et de ceux qui partagent leur domicile représente une lourde charge financière qui commande de renvoyer au travail des personnes vulnérables. En substance, il faudrait accepter des pertes humaines et des séquelles dans une partie de la population pour équilibrer les finances publiques.

Le pouvoir réglementaire n'a pas conscience de la gravité de la situation sanitaire et de la crise économique.

*Engorgement des hôpitaux.* Comme exposé par le Président de la République le 28 octobre, le confinement est nécessaire notamment pour éviter l'engorgement des hôpitaux et des services de réanimation.

Or la meilleure façon de réduire le nombre de patients hospitalisés ou en réanimation est d'éviter la contamination des personnes qui risquent bien plus que la moyenne d'être hospitalisé ou d'aller en réanimation.

Exposer les vulnérables à la maladie en les renvoyant sur le lieu de travail et dans les transports en commun est donc une erreur manifeste d'appréciation.

*Décès.* L'exécutif a justifié de très nombreuses mesures liberticides et ruineuses pour l'économie par la volonté d'éviter les centaines de milliers de décès qui pourraient résulter d'une propagation non contrôlée du virus, par exemple encore récemment l'assignation à résidence décrétée le 29 octobre.

Or la meilleure façon de réduire le nombre de décès est d'éviter la contamination des personnes qui risquent la mort bien plus que les autres.

Exposer les vulnérables à la maladie en les renvoyant sur le lieu de travail et dans les transports en commun est donc une erreur manifeste d'appréciation.

*Durée du confinement.* Tant que les hôpitaux seront engorgés ou proches de l'être et que plus de cent personnes décéderont chaque jour, l'exécutif entend maintenir le confinement.

Or le confinement provoque une crise économique sans précédent depuis la Seconde guerre mondiale.

Plus le confinement durera, plus la crise économique sera grave, plus des entreprises auront fait faillite et plus les finances publiques seront déséquilibrées.

Economiquement, il faut donc mettre fin le plus vite possible au confinement en mettant fin à l'engorgement des hôpitaux ainsi qu'à la surmortalité due à la pandémie.



Or la mesure la plus efficace à cet égard est de ne pas laisser contaminer ceux qui risquent de développer une forme grave de la pandémie bien plus que la moyenne de la population.

Là encore, renvoyer les salariés vulnérables sur le lieu de travail et dans les transports en commun est une erreur manifeste d'appréciation.

*Avis du HCSP.* Le Haut Conseil de la Santé Publique appartient à l'administration ; ses membres ne sont pas des experts autonomes mais des conseillers choisis par le Gouvernement. Leurs avis ne sauraient donc justifier le bien-fondé des choix du pouvoir réglementaire.

Dans les analyses qui suivent, les avis du HCSP ne peuvent donc être opposés aux requérants que s'ils s'accompagnent de données objectives.

**IV. Le décret du 10 novembre est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il permet de faire venir sur le lieu de travail des personnes vulnérables, les « mesures de protection renforcées » prévues par ce décret étant insuffisantes**

Le présent moyen n'a vocation à être examiné que si par extraordinaire le Conseil d'Etat rejetait ceux tirés de la méconnaissance de l'autorité de chose décidée par son ordonnance du 15 octobre et de l'excès de pouvoir consistant à subordonner le bénéfice de l'activité partielle à une condition non prévue par la loi.

En toute matière, l'erreur manifeste d'appréciation rend illégale la décision administrative qui en résulte.

En outre, dans l'application de l'article 20 de la loi du 25 avril 2020, le Conseil d'Etat ne devrait toutefois pas s'en tenir à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation tant les enjeux sanitaire et économique sont élevés. Il ne s'agit pas d'étendre systématiquement le contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions du Gouvernement mais seulement de censurer les erreurs même non grossières dans l'application de ce texte spécifique.

Ici le décret du 10 novembre prive les salariés vulnérables du bénéfice de l'activité partielle s'ils peuvent travailler à distance (ce que les requérants ne contestent pas) ou s'ils peuvent « bénéficier des mesures de protection renforcée ».

Ces mesures sont de deux types selon qu'elles visent à prévenir la contamination sur le lieu de travail ou dans les transports en commun.

**Lieu de travail.** Les mesures de protection des salariés au travail sont :

« a) L'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;

b) Le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ;

c) L'absence ou la limitation du partage du poste de travail ;

d) Le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ».

Ces mesures ne protègent toutefois pas les vulnérables de la contamination ou du moins pas substantiellement.

Le représentant du Ministre l'a d'ailleurs exposé avec succès devant le Conseil d'Etat dans son mémoire en défense et lors de l'audience relative à la réouverture des librairies (CE 13 octobre 2020 n° 445899 Prats).

Le requérant avait fait valoir que la contamination dans les librairies pouvait être évitée grâce au cumul des mesures suivantes : (i) port d'un masque au moins chirurgical en bon état (quitte à en fournir un nouveau), (ii) port de gants (y compris jetables mis à disposition à

l'entrée), (iii) obligation de se laver les mains au gel hydroalcoolique en entrant et (iv) contrôle du nombre de personnes se trouvant en même temps dans la librairie (facilité par la limitation générale des déplacements).

Une formation collégiale du Conseil d'Etat dirigée par le président de la Section du contentieux a jugé ces mesures si peu crédibles pour juguler la propagation du virus qu'elle n'a même pas jugé opportun de réfuter expressément l'argumentation de M. Prats selon laquelle ces mesures étaient efficaces.

Ainsi, selon le Gouvernement et la formation la plus éminente du juge des référés du Conseil d'Etat, des précautions sanitaires bien plus strictes que celles prévues par le décret du 10 novembre ne limitent pas réellement la propagation du virus même si chaque client d'une librairie y passe en moyenne quelques dizaines de minutes par mois tout au plus.

*A fortiori*, des mesures moins strictes ne sauraient limiter la propagation de la pandémie alors que chaque salarié qui se rend sur le lieu de travail y passe de  $35 \times 4 = 140$  à  $40 \times 4,5 = 180$  heures (selon le nombre de jours travaillés dans le mois et la durée de travail hebdomadaire, heures supplémentaires comprises).

**Transports en commun.** Les mesures de protection des salariés dans les transports en commun sont :

« e) Une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence

f) *La mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs ».*

Or le Ministre et le Conseil d'Etat ont déjà établi que cette mesure était évidemment inefficace en rejetant notamment l'argumentation de M. Prats relative à la réouverture des librairies, qui proposait des précautions bien plus strictes, dans des librairies manifestement moins remplies que les métros.

En outre, de toute évidence, les gares, les bus, les tramways et les RER sont bien plus remplis que les librairies.

Enfin, **les masques chirurgicaux ne protègent pas le porteur de la contamination par les tiers.**

Ces masques protègent dans une certaine mesure les tiers contre la contamination par le porteur du masque (en retenant le virus exhalé par l'infecté). Ils sont donc utiles à porter par la population en général mais ils ne protègent pas le porteur lui-même sain de la contamination par des tiers qui portent des masques chirurgicaux usés donc inefficaces ou en tissu ou ne portent aucun masque.

L'inefficacité des masques chirurgicaux pour protéger le porteur résulte de la propre documentation du Ministre de la Santé (capture d'écran du 21 octobre 2020 faisant apparaître l'adresse du site internet) :



L'octroi de masques chirurgicaux aux vulnérables aidera certes à limiter la contamination de tiers par des infectés vulnérables (chose utile en soi) mais elle ne protégera donc pas les vulnérables eux-mêmes.

- V. **Le décret du 10 novembre est illégal car il ne définit pas réellement les critères permettant de faire travailler sur site un salarié vulnérable**
- VI. **Le décret du 10 novembre est illégal car il renverse la charge de la preuve en imposant au salarié vulnérable d'établir que l'employeur ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier d'une dérogation au principe de l'arrêt de travail des salariés vulnérables**
- VII. **Le décret du 10 novembre méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif des salariés vulnérables contre une décision défavorable du médecin de travail relatif à la possibilité de travailler sans risque sur site**

A supposer même que l'article 20 de la loi du 25 avril 2020 permette de refuser le bénéfice de l'activité partielle à des vulnérables, la dérogation prévue par le décret du 10 novembre est illégale.

Tout d'abord, la lecture des « mesures de protection renforcées » révèle à quel point elles sont **vagues et indéfinissables**.

a) Le poste de travail peut être isolé mais il peut aussi être « aménagé au maximum », sans que le maximum à atteindre soit défini.

L'employeur peut mettre en place des protections matérielles ou aménager les horaires mais il n'y est pas obligé et on ne peut déterminer à la lecture du décret à quel point il est obligé d'aménager matériellement le poste de travail ou d'aménager les horaires. Faut-il par exemple que le vulnérable partage son poste de travail en « open space » 75 % du temps ? 90 % ? 60 % ?

b) Toutes les autres personnes doivent respecter : « *sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide* ».

On ignore ce qu'est une « *hygiène des mains renforcée* » puisque le lavage de mains fréquents est déjà obligatoire et la détermination du caractère humide ou mouillé du masque chirurgical n'est pas précisée.

c) Le poste de travail peut ne pas être partagé ou être partagé de façon limitée mais on ignore à quel point ce partage limité est licite et à partir de quel degré il devient illicite.

d) Le poste de travail et les surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste doivent être nettoyées et désinfectés en particulier lorsque ce poste est partagé, donc pas nécessairement si le poste n'est pas partagé.

Cette mesure n'était manifestement pas efficace pour éviter la contamination par les livres mais elle serait efficace pour les papiers qui se trouveraient dans un bureau. En substance, les livres est dangereux dans une librairie mais les photocopies ne seraient pas dangereuses...

Le décret du 10 novembre ne permet pas de réellement déterminer quelles conditions doivent être remplies pour qu'un vulnérable puisse travailler sur site.

Ensuite, le décret **renverse la charge de la preuve** en imposant au salarié vulnérable d'établir que les mesures de protection renforcées ne sont pas respectées.

En règle générale, les exceptions doivent être strictement entendues et c'est à celui qui en invoque le bénéfice d'établir qu'il remplit les conditions.

Or l'article 2 du décret du 10 novembre prévoit : « *Sous réserve que les conditions de travail de l'intéressé ne répondent pas aux mesures de protection renforcées définies au 2° de l'article 1<sup>er</sup> du présent décret, le placement en position d'activité partielle est effectué à la demande du salarié et sur présentation à l'employeur d'un certificat établi par un médecin* ». Le décret fait ainsi peser sur les salariés vulnérables la charge de la preuve que ses conditions de travail ne respectent pas les mesures de protection renforcées – mesures elles-mêmes si vagues qu'on ignore comment établir qu'elles sont respectées faute d'en connaître le contenu précis.

En outre, faire reposer sur le salarié vulnérable la preuve que les mesures de protection renforcées ne justifient pas une dérogation au principe de l'arrêt de travail contredit la logique de la loi, qui prévoit en principe l'arrêt de travail. A supposer qu'une dérogation soit possible (ce qui est faux au demeurant), c'est à l'employeur qui prétend déroger au régime commun de l'établir.

De plus, renverser la charge de la preuve aboutirait à lui imposer une preuve impossible à rapporter.

Comment un salarié pourrait-il établir par exemple que son poste n'a pas été désinfecté ou nettoyé avant son arrivée ou après son départ ? (étant rappelé que filmer son poste de travail à l'insu de l'employeur constitue un délit pénal)

Comment un salarié pourrait-il établir que les « *gestes barrières renforcés* » ne sont pas réellement respectés par tous ses collègues de travail et les clients ou fournisseurs de l'entreprise qui pénètrent ses locaux ?

Comment les médecins du travail pourront-ils concrètement apprécier le respect réel des « *gestes barrières* » par tous ceux qui se trouvent dans l'entreprise, la réalité des aménagements horaires ou encore le nettoyage et la désinfection quotidiens du poste de travail ?

C'est évidemment impossible en pratique.

Le salarié vulnérable ne pourra faire valoir ses droits, de sorte que le décret du 10 novembre renverse la logique de la loi selon laquelle le principe est le placement en arrêt de travail.

Enfin, le décret attaqué n'offre au salarié vulnérable **aucun recours juridictionnel effectif contre la décision défavorable du médecin du travail**.

L'article 2 alinéa 3 du décret du 10 novembre dispose : « *Lorsque le salarié est en désaccord avec l'employeur sur l'appréciation portée par celui-ci sur la mise en œuvre des mesures de protection renforcées mentionnées au 2° de l'article 1<sup>er</sup> du présent décret, il saisit le médecin du travail qui se prononce en recourant, le cas échéant, à l'équipe pluridisciplinaire de santé au travail. Le salarié est placé en position d'activité partielle dans l'attente de l'avis du médecin du travail* ».

D'une part, aucun recours juridictionnel n'est prévu contre l'avis du médecin du travail, au mépris du principe fondamental selon lequel toute mesure défavorable doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel.

D'autre part, une éventuelle juridiction saisie d'un recours ne disposerait d'aucun moyen d'apprécier la validité de l'avis du médecin du travail tant les mesures de protection renforcées sont vagues et imprécises. Faute de règle définie à faire appliquer, il n'existera aucun contrôle juridictionnel concret.

Pour cette raison encore, le décret du 10 novembre est illégal.

### VIII. Le décret attaqué résulte d'une violation des articles 221-6 du Code pénal prohibant l'homicide involontaire et 222-19 du même code réprimant les blessures involontaires particulièrement graves

La loi pénale appartient au bloc de légalité que les actes administratifs doivent respecter (CE Ass. 6 décembre 1996 Société Lambda n° 167502 au Recueil et au GAJA). Un règlement qui entraîne la commission de l'élément matériel d'une infraction pénale est donc illégal, peu importe que l'auteur du règlement n'ait pas été déclaré coupable par une juridiction pénale.

La circonstance qu'un décret soit pris pour l'application d'une loi ne soustrait par le Premier ministre et ses ministres à l'obligation de respecter la loi pénale – *a fortiori* si ces derniers ignorent la loi qu'ils sont censés faire appliquer.

L'article 221-6 du Code pénal réprime : « *Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui* ».

Et l'article 222-19 sanctionne : « *Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois* ».

La commission de ces délits peut résulter d'une action (comme la rédaction d'un décret conduisant à une telle mise en danger) comme d'une omission (ne pas adopter le comportement adéquat).

Or ici, pour les raisons exposées ci-dessus, les catégories de population exclues de l'activité partielle par le décret du 10 novembre sont particulièrement vulnérables au risque de développer une forme sévère de la covid-19.

Si elles sont contaminées, ces personnes risquent de développer une forme sévère de la maladie pouvant entraîner leur décès ou une incapacité temporaire de travail supérieure à trois mois. Statistiquement, parmi la masse de ces personnes infectées en raison de sa fréquentation de son lieu de travail et des déplacements requis, au moins une décèdera nécessairement.

L'abrogation du décret du 5 mai pour priver les vulnérables et ceux qui vivent avec eux de l'activité partielle constitue par conséquent une maladresse, une imprudence, une inattention ou une négligence susceptible d'entraîner le décès d'au moins une de ces personnes ou une incapacité totale de travail de plus de trois mois.

Certes le Conseil d'Etat avait écarté ce moyen dans son ordonnance du 15 octobre 2020 statuant sur la légalité du décret du 29 août, appréciée à la date à laquelle ce décret avait été adopté. La situation sanitaire s'est toutefois gravement détériorée entre le 29 août et le 10 novembre, de sorte que ce moyen est bien plus pertinent à l'appui d'un recours contre le décret du 10 novembre qu'à l'appui d'un recours contre le décret du 29 août.

**Pour toutes ces raisons**, on peut sérieusement douter de la légalité du décret du 10 novembre 2020, sauf en ce qu'il étend la liste des personnes vulnérables.

C'est pourquoi il convient de suspendre le décret attaqué sauf en ce qu'il étend légèrement la liste des personnes vulnérables.

Les requérants prient également le Conseil d'Etat de ne pas remettre en cause la possibilité de faire travailler à distance les vulnérables bien que la loi prévoit un arrêt de travail.

*Frais irrépétibles.* Les requérants ont à nouveau été contraints d'engager en urgence des frais élevés afin d'assurer leur sécurité et celles des autres personnes souffrant d'affections de longue durée en déposant un recours. Il convient donc de mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 € au titre des frais d'avocats, somme qui leur sera reversée, d'autant plus que le recours est déposé dans l'intérêt général.

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

- Suspendre le décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, sauf en ce qu'il étend la liste des personnes vulnérables par rapport au décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 et en ce qu'il permet de faire travailler à distance les vulnérables plutôt que de les faire bénéficier d'un arrêt de travail ;
- Mettre à la charge de l'Etat la somme de 10 000 € sur le fondement de l'article L 761-1 du Code de justice administrative.