

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N^{os} 457520, 457562, 457656, 457679,
457688, 457690, 457704

M. MANSOT et autres

Ordonnance du 29 octobre 2021

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

I. Sous le n° 457520, par une requête, enregistrée le 15 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. Tom Mansot et M. Hamza Tinsti demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

Ils soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite eu égard aux effets concrets et immédiats de l'arrêté contesté sur les personnes en situation de précarité ;
- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales ;
- l'arrêté contesté méconnaît le principe d'égalité des citoyens devant la loi, la liberté d'aller et venir, ainsi que la liberté de réunion dès lors que, d'une part, il instaure une discrimination entre les citoyens du fait de leur statut vaccinal et de leurs ressources et, d'autre part, il n'est pas justifié par des considérations d'intérêt général ou de santé publique ;
- il méconnaît l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé dès lors que les personnes non-vaccinées n'ayant pas les moyens de se faire dépister risquent d'accélérer la propagation de l'épidémie.

Par un mémoire en intervention, enregistré le 21 octobre 2021, M. Maxence Sobral demande qu'il soit fait droit aux conclusions de la requête. Il soutient que son intervention est recevable et qu'il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

II. Sous le n° 457562, par une requête, enregistrée le 15 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association VIA - La Voie du Peuple demande au

juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 ;

2°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle justifie d'un intérêt à agir ;
- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que les décisions contestées portent atteinte aux libertés fondamentales de manière grave et irréversible ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées ;
- les décisions contestées portent atteinte au droit au respect de la vie privée, dès lors que la fin de la gratuité des tests de dépistage pour les personnes non-vaccinées et la nécessité de présenter un passe sanitaire pour accéder à certains lieux de vie rendent, de fait, la vaccination obligatoire ;
- elles portent une atteinte disproportionnée au principe d'égalité et au principe d'égal accès aux soins dès lors que, d'une part, les tests de dépistage deviennent payants pour les seules personnes non-vaccinées et, d'autre part, cette mesure n'est pas justifiée par une volonté d'enrayer la propagation du virus.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

III. Sous le n° 457656, par une requête, enregistrée le 19 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme Christine Ponsard demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 ;

2°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle présente les mêmes moyens que ceux invoqués à l'appui de la requête enregistrée sous le n° 457562.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

IV. Sous le n^o 457679, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 et 22 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme Katarina Mahout et l'association BonSens.org demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1^o) de suspendre l'exécution de l'article 1-3 de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

2^o) de suspendre l'exécution du dispositif du passe sanitaire ;

3^o) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que Mme Mahout vit sous le seuil de pauvreté et ne peut par conséquent pas payer des tests de dépistage à répétition contre la Covid-19 ;

- il existe un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ;

- la disposition attaquée est entachée d'incompétence dès lors qu'elle méconnaît le champ d'application de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution ;

- elle porte atteinte au principe de non-discrimination et au principe d'universalité de l'assurance maladie obligatoire dès lors qu'elle instaure un traitement différent entre les personnes mineures non-vaccinées, qui bénéficieront toujours d'un remboursement des tests de dépistage, et les personnes majeures non-vaccinées, qui ne pourront plus en bénéficier ;

- cette disposition méconnaît l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que l'absence de remboursement des tests de dépistage s'analyse comme une peine, qui ne peut par conséquent être instituée sans texte législatif ;

- elle méconnaît le règlement (UE) n^o 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 dès lors qu'elle empêche l'accès universel et abordable aux tests de dépistage de la Covid-19 ;

- cette disposition n'est pas proportionnée à l'objectif de protection de la santé publique poursuivi dès lors qu'elle ne permet pas de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

V. Sous le n^o 457688, par une requête, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 21 et 22 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée, et autres demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1^o) de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

2^o) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- ils justifient d'un intérêt à agir ;
- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, d'une part, il est porté une atteinte grave à leurs libertés fondamentales et, d'autre part, les personnels des transports aériens sont soumis à la présentation du passe sanitaire pour exercer leur profession ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée ;
- l'arrêté est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que la fin de la gratuité des tests de dépistage pour les personnes non-vaccinées réduira le nombre de tests réalisés et rendra plus difficile le suivi de l'épidémie ;
- il porte une atteinte disproportionnée au principe d'égalité dès lors que, en premier lieu, il rend les tests de dépistage sans prescription médicale payants pour les seules personnes majeures non-vaccinées, en deuxième lieu, la fin de la gratuité des tests de dépistage ne permet pas de limiter la propagation de l'épidémie et, en dernier lieu, il contraint les personnes majeures non-vaccinées à payer des tests de dépistage pour exercer certaines activités, notamment professionnelles ;
- il est entaché d'un détournement de pouvoir dès lors qu'il vise à contraindre les personnes à se faire vacciner ;
- il porte atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit de disposer de son corps dès lors que, d'une part, la fin de la gratuité des tests de dépistage pour les personnes non-vaccinées et la nécessité de présenter un passe sanitaire pour accéder à certains lieux de vie rendent, de fait, la vaccination obligatoire et, d'autre part, aucun des facteurs permettant de justifier cette vaccination obligatoire n'est réuni ;
- il méconnaît l'article L. 4122-2 du code du travail dès lors qu'il ne prévoit pas que le coût des tests de dépistage nécessaires à l'exercice d'une profession soumise à la présentation du passe sanitaire soit pris en charge par l'employeur.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

VI. Sous le n° 457690, par une requête, enregistrée le 21 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Union syndicale Solidaires demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire en tant qu'il ne prévoit pas que continueront à bénéficier d'une prise en charge les personnes soumises à l'obligation de présenter un passe sanitaire pour accéder au lieu où ils exercent leurs fonctions ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle justifie d'un intérêt à agir ;
- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, d'une part, l'état d'urgence sur le fondement duquel l'arrêté contesté a été adopté induit une présomption d'urgence et, d'autre part, l'arrêté a pour effet de priver les salariés, notamment les plus précaires, du droit d'accéder à leur emploi et la possibilité de procéder à des actes de la vie courante ;

- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'exercice d'une profession, au droit de donner son plein consentement à un acte médical, au droit à l'intégrité physique et au droit de disposer de son corps ;

- l'arrêté méconnaît l'article 34 de la Constitution dès lors qu'il revenait au législateur de mettre fin à la garantie de prise en charge systématique des tests de dépistages pour la mise en œuvre du passe sanitaire ;

- il porte atteinte à la liberté d'exercice d'une profession dès lors que, en premier lieu, il contraint les salariés soumis à l'obligation de présenter un passe sanitaire à supporter une charge financière nouvelle, en deuxième lieu, il ne prévoit pas que cette charge soit adaptée aux capacités contributives des salariés ou qu'elle soit prise en charge par les employeurs et, en dernier lieu, le dispositif du passe sanitaire a vocation à perdurer dans les prochains mois ;

- il est entaché d'un détournement de pouvoir et porte atteinte au droit de donner son plein consentement à un acte médical, au droit à l'intégrité physique et au droit de disposer de son corps dès lors qu'il a pour objectif de contraindre à consentir à la vaccination en faisant peser le coût des tests de dépistage sur les personnes non-vaccinées.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

VII. Sous le n° 457704, par une requête, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 21 et 22 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée, et autres demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- ils justifient d'un intérêt à agir ;

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, d'une part, ils subissent une atteinte grave à leurs libertés et, d'autre part, les personnels des transports aériens sont soumis à la présentation du passe sanitaire pour exercer leur profession ;

- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir, à la liberté de disposer de son corps, au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'exercice d'une profession ;

- l'arrêté est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que la fin de la gratuité des tests de dépistage pour les personnes non-vaccinées réduira le nombre de tests réalisés et rendra plus difficile le suivi de l'épidémie ;

- il porte une atteinte disproportionnée au principe d'égalité dès lors que, en premier lieu, il rend les tests de dépistage sans prescription médicale payants pour les seules personnes majeures non-vaccinées, en deuxième lieu, la fin de la gratuité des tests de dépistage ne permet pas de limiter la propagation de l'épidémie et, en dernier lieu, il contraint les personnes majeures non-vaccinées à payer des tests de dépistage pour exercer certaines activités, notamment professionnelles ;

- il est entaché d'un détournement de pouvoir dès lors qu'il vise à contraindre les personnes à se faire vacciner ;

- il porte atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit de disposer de son corps dès lors que, d'une part, la fin de la gratuité des tests de dépistage pour les personnes non-vaccinées et la nécessité de présenter un passe sanitaire pour accéder à certains lieux de vie rendent, de fait, la vaccination obligatoire et, d'autre part, aucun des facteurs permettant de justifier cette vaccination obligatoire n'est réuni ;

- il méconnaît l'article L. 4122-2 du code du travail dès lors qu'il ne prévoit pas que le coût des tests de dépistage nécessaires à l'exercice d'une profession soumise à la présentation du passe sanitaire soit pris en charge par l'employeur.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 octobre 2021, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de chacune des requêtes. Il soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- règlement (UE) n° 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 ;
- le code pénal ;
- le code de la santé publique ;
- le code de la sécurité sociale ;
- le code du travail ;
- la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 ;
- la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 ;
- le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021 ;
- le décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, M. Mansot et M. Tinsti, l'association VIA - La Voie du Peuple, Mme Ponsard, Mme Mahout, l'association BonSens.org, l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée des requêtes n^{os} 457688, 457704 et l'Union syndicale Solidaires, et d'autre part, le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 22 octobre 2021, à 15 heures :

- Me Pinatel, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de M. Mansot, M. Tinsti, l'association VIA - La Voie du Peuple, Mme Ponsard, Mme Mahout et l'association BonSens.org ;

- M^e Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'Union syndicale Solidaires ;

- M. Mansot ;

- les représentants de l'association VIA - La Voie du Peuple ;

- le représentant de Mme Ponsard ;

- la représentante de Mme Mahout et l'association BonSens.org ;

- les représentants de l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée des requêtes n^{os} 457688 et 457704 ;

- les représentants du ministre des solidarités et de la santé ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a clos l'instruction.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes 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* ». Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. (...)* ».

2. Les requêtes visées ci-dessus, qui sont présentées, pour quatre d'entre elles, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, pour les trois autres, sur le fondement de l'article L. 521-2 du même code, tendent à la suspension de l'exécution des mêmes dispositions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance.

3. M. Sobram a intérêt à la suspension de l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021. Son intervention est, par suite, recevable.

Sur le cadre juridique du litige :

4. Le 2^o du A du II de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, dans sa rédaction issue de la loi du 5 août 2021, prévoit que le Premier ministre peut « *subordonner à 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 l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements (...) ». Aux termes de l'article 2-2 du décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, dans sa rédaction résultant du décret du 14 octobre 2021 : « Pour l'application du présent décret : / 1^o Sont de nature à justifier de l'absence de contamination par la covid-19 un examen de dépistage RT-PCR ou un test antigénique d'au plus 72 heures dans les conditions prévues par le présent décret. Le type d'examen admis peut être circonscrit aux seuls examens de dépistage RT-PCR ou à certains tests antigéniques si la situation sanitaire, et notamment les variants du SARS-CoV-2 en circulation, l'exige. / 2^o Un justificatif du statut vaccinal est considéré comme attestant d'un schéma vaccinal complet : (...) / 3^o Un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 est délivré sur présentation d'un document mentionnant un résultat positif à un examen de dépistage RT-PCR ou à un test antigénique réalisé plus de onze jours et moins de six mois auparavant. Ce certificat n'est valable que pour une durée de six mois à compter de la date de réalisation de l'examen ou du test mentionnés à la phrase précédente. ». Aux termes du I de l'article 47-1 : « Les personnes majeures et, à compter du 30 septembre 2021, les personnes mineures âgées d'au moins douze ans et deux mois doivent, pour être accueillies dans les établissements, lieux, services et événements mentionnés aux II et III, présenter l'un des documents suivants : / 1^o Le résultat d'un examen de dépistage ou d'un test mentionné au 1^o de l'article 2-2 réalisé moins de 72 heures avant l'accès à l'établissement, au lieu, au service ou à l'évènement. Les seuls tests antigéniques pouvant être valablement présentés pour l'application du présent 1^o sont ceux permettant la détection de la protéine N du SARS-CoV-2 ; / 2^o Un justificatif du statut vaccinal délivré dans les conditions mentionnées au 2^o de l'article 2-2 ; / 3^o Un certificat de rétablissement délivré dans les conditions mentionnées au 3^o de l'article 2-2. / La présentation de ces documents est contrôlée dans les conditions mentionnées à l'article 2-3. / A défaut de présentation de l'un de ces documents, l'accès à l'établissement, au lieu, au service ou à l'évènement est refusé, sauf pour les personnes justifiant d'une contre-indication médicale à la vaccination dans les conditions prévues à l'article 2-4. » En vertu du IV de ce même article : « IV.- Le présent article est applicable, à compter du 30 août 2021, aux salariés, agents publics, bénévoles et aux autres personnes qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements concernés, lorsque leur activité se déroule dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public, à l'exception des activités de livraison et sauf intervention d'urgence. ». Par un arrêté du 14 octobre 2021, le ministre de la santé a mis fin, sauf dans certains cas, à la prise en charge par l'assurance des examens de dépistage et des tests de détection du SARS-CoV-2 prévue par l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire. Par un décret du même jour, le Premier ministre a modifié l'article 2-2 du décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire pour retirer les autotests réalisés sous la supervision d'un professionnel de santé des examens et tests de détection du SARS-CoV-2. La suspension de l'exécution de ces deux actes est demandée au juge des référés par tous ou certains des requérants, sur le fondement, selon les requêtes, des dispositions des articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative.

Sur les demandes en référé :

En ce qui concerne la demande de suspension de l'exécution de l'arrêté du 14 octobre 2021 :

5. Par l'arrêté litigieux du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, le ministre

des solidarités et de la santé a mis fin de manière générale à la prise en charge par l'assurance maladie des examens de dépistage et des tests de détection du SARS-CoV-2 dont le résultat négatif justifie, en application des dispositions citées au point 4, l'absence de contamination par la covid-19 et permet, pour les personnes ne justifiant ni d'un schéma vaccinal complet ni d'un rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 au cours des six derniers mois, d'accéder à certains lieux, établissements, services ou événements, pour les usagers comme pour les personnes y exerçant leur activité professionnelle. Demeurent toutefois pris en charge intégralement par l'assurance maladie les examens et tests de dépistage réalisés sans prescription médicale par « les assurés présentant un schéma vaccinal complet », « les assurés pour lesquels une contre-indication médicale fait obstacle à la vaccination concernant la covid-19 », « les assurés présentant un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 », « les mineurs, « les personnes contacts mentionnées au IV de l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire », « les personnes faisant l'objet d'un dépistage collectif organisé par une agence régionale de santé, ou une préfecture au sein de populations ciblées, de cluster ou de suspicion de cluster, ou de tests à large échelle à visée épidémiologique sur un territoire déterminé, ou les assurés faisant l'objet d'un dépistage organisé par un établissement d'enseignement », « les personnes présentant un résultat de test antigénique de moins de quarante-huit heures concluant à la contamination par la covid-19 en vue de la réalisation d'un examen RT-PCR de confirmation ou de criblage de variant », « les personnes se déplaçant entre la métropole et les collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, ainsi que la Nouvelle-Calédonie, pour ce qui concerne les tests à réaliser à leur arrivée ou à l'issue d'une période d'isolement », « les personnes provenant d'un pays classé dans les zones orange ou rouge, en application de l'article 1er de l'arrêté du 7 juin 2021 identifiant les zones de circulation de l'infection du virus SARS-CoV-2, pour ce qui concerne les tests à réaliser à l'issue d'une période d'isolement prophylactique ou de mise en quarantaine » ainsi que les tests et examens de dépistage réalisés sur prescription médicale « en cas de symptôme de l'infection de la covid-19 », « en cas de soins programmés » et « à titre exceptionnel et dans l'intérêt de la protection de la santé, pour les femmes enceintes et les membres restreints de la famille avec lesquelles elles résident ou sont en contact fréquent (...) ».

S'agissant des moyens tirés de l'effet de l'arrêté sur la proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés fondamentales :

6. Les requérants soutiennent que l'atteinte aux libertés d'aller et venir, d'exercer une activité professionnelle et d'entreprendre ainsi qu'au droit au respect de la vie privée découlant du fait de subordonner certaines activités à l'obligation de détenir un certificat de vaccination ou de rétablissement ou une justification de dépistage récent (« passe sanitaire ») ne serait plus proportionnée aux objectifs de santé publique qu'il poursuit dès lors que les tests de dépistage seraient payants. Ils font valoir notamment que la charge financière que représente le coût de ces tests, de l'ordre de 25 à 50 euros selon les lieux où ils sont réalisés, constitue pour un grand nombre de personnes un obstacle à l'accès aux lieux et événements concernés, en particulier pour les salariés devant présenter ce « passe sanitaire » pour exercer leur activité, et produit un effet équivalent à une obligation de soins.

7. Toutefois, d'une part, aucune norme internationale, notamment pas le règlement EU 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 dont se prévalent certains requérants, aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose la prise en charge par l'assurance maladie d'un examen de biologie, l'article L. 162-13-2 disposant au contraire qu' « un examen de biologie médicale réalisé à la demande du patient ne fait pas l'objet d'un remboursement. Lorsque le biologiste médical effectue de tels examens, il informe le patient

de leur caractère non remboursable et demande son accord pour les réaliser. (...) ». Dès lors, comme le soutient le ministre de la santé, si cette prise en charge a pu être décidée dans le cadre de la stratégie de dépistage et de diagnostic mise en place au début de la crise sanitaire, alors qu'il n'existait pas d'autres moyens de lutter contre la pandémie, le développement d'un accès gratuit pour toutes les personnes ne souffrant pas de contre-indications médicales à un vaccin contre la covid-19, l'évolution du contexte sanitaire ainsi que la charge financière que représente la gratuité de ces tests pour le budget de l'Etat sont de nature à justifier qu'il soit mis fin à cette prise en charge. Par ailleurs, il résulte des termes mêmes de l'arrêté et n'est pas contesté que le prix des tests correspond à leur coût réel et que celui-ci, s'il n'est pas négligeable, n'est pas d'une importance telle que la mesure contestée puisse être regardée comme ayant pour effet de empêcher les personnes concernées d'y recourir.

8. D'autre part, les tests de dépistage demeurent pris en charge par l'assurance maladie pour les personnes ne pouvant se faire vacciner ou contraintes pour différentes raisons de réaliser ces tests.

9. Dans ces conditions et compte tenu tant de ce qu'il n'existe plus aujourd'hui de difficultés pour les personnes qui le peuvent et le souhaitent de se faire vacciner gratuitement que des conséquences de l'absence de présentation du « passe sanitaire » qui ne peut être opposé à l'accès aux biens et services de première nécessité et qui conduit, pour les salariés, à la mise en place de solutions de substitution, lorsqu'elles sont possibles, la décision de mettre fin à la prise en charge par l'assurance maladie des tests de dépistage de la covid-19 dans un certain nombre de cas, qui ne saurait être regardée comme ayant pour objet ni pour effet de contraindre à la vaccination, n'a pas pour effet de rendre l'exigence de présentation du passe sanitaire dans certaines circonstances disproportionnée au regard des objectifs de santé publique qu'elle poursuit. Pour les mêmes motifs et en tout état de cause, l'absence de prise en charge par l'assurance maladie de ces tests ne saurait, comme le soutiennent Mmc Mahout et l'association BonSens.org, constituer une peine infligée à ceux qui ne souhaitent pas se faire vacciner.

S'agissant des moyens tirés de l'atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination :

10. Les requérants soutiennent que le ministre des solidarités et de la santé aurait institué une différence de traitement injustifiée et disproportionnée entre, d'une part, les personnes vaccinées, pour lesquelles les tests demeurent gratuits, et les personnes non vaccinées, et d'autre part, entre les mineurs, pour lesquels les tests demeurent gratuits, et les adultes.

11. Toutefois, les personnes vaccinées, qui n'ont besoin de recourir aux tests qu'aux fins de dépistage lorsqu'ils présentent des symptômes de la covid-19 ou sont cas contact, et les mineurs, qui n'ont pas les mêmes possibilités d'accès à la vaccination que les majeurs ni les mêmes capacités financières, se trouvent, au regard de l'objet de la mesure litigieuse, qui est de réduire la prise en charge par le budget de l'Etat des tests qui ne constituent plus le principal moyen de lutte contre la pandémie, dans des situations différentes qui justifient qu'ils continuent de bénéficier de la prise en charge des tests par l'assurance maladie.

12. Il résulte également de ce qui précède que Mme Mahout et l'association BonSens.org ne sont, en tout état de cause, pas fondées à soutenir que l'arrêté litigieux constituerait

une discrimination en fonction de l'âge réprimée par l'article 225-1 du code pénal ni une discrimination dans l'accès à des droits sociaux.

S'agissant des autres moyens des recours :

13. En premier lieu, d'une part, le ministre des solidarités et de la santé qui avait, sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique qui lui donne le pouvoir de prendre, « *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence* », « *par arrêté motivé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de prévenir et de limiter les conséquences de cette menace sur la santé de la population, (...) toute mesure réglementaire ou individuelle relative à l'organisation et au fonctionnement du système de santé (...)* », décidé, en dernier lieu par un arrêté du 1^{er} juin 2021, la prise en charge par l'assurance maladie des examens et tests de dépistage du SARS-CoV-2, était compétent pour modifier cette mesure afin d'en restreindre le bénéfice à certaines personnes.

14. En deuxième lieu, l'association Cercle droit et libertés et les autres requérants ne peuvent utilement soutenir que la décision de mettre fin à la prise en charge des tests de dépistage méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 4211-2 du code du travail, aux termes desquelles « *les mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs* », l'obligation pour certains salariés de présenter un passe sanitaire pour exercer leur activité ne constituant pas une mesure prise en matière de santé et de sécurité au travail au sens de ces dispositions.

15. En troisième et dernier lieu, si les requérants soutiennent que l'arrêté contesté serait contraire au principe constitutionnel de préservation de la santé en ce que les personnes non vaccinées et n'ayant pas les moyens de se faire dépister risqueraient, par l'ignorance dans laquelle elles seraient de leur contagiosité, d'accélérer la propagation de l'épidémie, ils n'apportent aucun élément de nature à étayer cette affirmation, alors précisément que faute de présenter un passe sanitaire, ils ne pourront accéder aux lieux, activités et événements présentant les plus forts risques de propagation du virus.

16. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les moyens des requêtes ne sont ni de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté contesté, ni de nature à caractériser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, les demandes des requérants tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 et de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de cet arrêté ne peuvent qu'être rejetées.

En ce qui concerne la demande de suspension de l'exécution du décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021 :

17. Par le décret du 14 octobre 2021, le Premier ministre a supprimé des tests de nature à justifier de l'absence de contamination par la covid-19 mentionnés à l'article 2-2 du décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire l'« *autotest réalisé sous la supervision d'un des professionnels de santé, mentionnés à l'article 1er du décret n° 2020-1387 du 14 novembre 2020 fixant la liste des professionnels de santé habilités à renseigner les systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* ».

18. En premier lieu, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce que le juge des référés ordonne, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de ce décret, l'association VIA - La voix du peuple et Mme Ponsard soutiennent que cette suppression n'est justifiée par aucune raison de santé publique et vise à rendre plus difficile et plus coûteux l'accès aux tests. Le ministre de la santé se borne à indiquer que ce test n'avait été prévu qu'afin de prévenir des difficultés d'accès aux tests RT-PCR ou antigéniques lors de la mise en place du « passe sanitaire », difficultés qui n'ont pas eu lieu et qui ne risquent plus de se produire. Toutefois, il n'invoque aucun motif tenant à l'efficacité de ce test, qui est un test antigénique identique à celui maintenu à l'article 2-2, pour dépister le virus ou à ses conditions de réalisation qui justifierait sa suppression, alors que son coût moindre permettrait de compenser une partie des conséquences financières de l'application de l'arrêté du même jour mettant fin à la prise en charge systématique par la sécurité sociale des examens de dépistage ou des tests de détection du SARS-CoV-2. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que la suppression de ce test réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé des tests dont le résultat négatif permet de justifier de l'absence de contamination à la covid-19 est entaché d'erreur manifeste d'appréciation est de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du décret litigieux.

19. En second lieu, il est constant que le coût de ces autotests est de l'ordre de 12,5 euros, alors que celui des autres tests s'échelonne entre 25 et 50 euros selon les lieux où ils sont effectués. La suppression de la possibilité d'accéder à ces tests est ainsi susceptible d'accroître la charge financière que représente la fin de la prise en charge des tests de dépistage par l'assurance maladie pour les personnes concernées, en particulier pour celles qui doivent justifier régulièrement de leur absence de contamination à la covid-19 pour exercer leur activité professionnelle. Dans ces conditions, le ministre de la santé n'invoquant, ainsi qu'il a été dit, aucune raison de nature à justifier cette suppression ou à faire obstacle à la suspension de son exécution, l'application du décret litigieux est de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la situation des requérants et aux intérêts qu'ils entendent défendre.

20. Il résulte de ce qui précède que les requérants sont fondés à demander la suspension de l'exécution du décret contesté.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

21. Mme Mahout et l'association BonSens.org, l'association le Cercle droit et libertés et autres et l'Union syndicale Solidaires ne sont pas fondées à demander le versement à l'Etat, qui n'est pas la partie perdante, d'une somme au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

22. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme 500 euros à verser à l'association VIA - La voie du peuple et à Mme Ponsard au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution du décret n° 2021-1343 du 14 octobre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 est suspendue.

Article 2 : L'Etat versera à l'association VIA - La voie du peuple et à Mme Ponsard une somme de 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les requêtes de MM. Mansot et Tinsti, de Mme Mahout et de l'association BonSens.org, de l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée des requêtes n^{os} 457688, 457704 et de l'Union syndicale Solidaires ainsi que le surplus des requêtes de l'association VIA - La voie du peuple et de Mme Ponsard sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à M. Tom Mansot, premier requérant dénommé sous le n° 457520, l'association VIA - La Voie du Peuple, Mme Christine Ponsard, Mme Katarina Mahout, première requérante sous le n° 457679, l'association le Cercle droit et liberté, première requérante dénommée des requêtes n^{os} 457688 et 457704, l'Union syndicale Solidaires, M. Maxence Sobram et au ministre des solidarités et de la santé.

Copie en sera adressée au Premier ministre.

Fait à Paris, le 29 octobre 2021

Signé : Gilles Pellissier

La République mande et ordonne au ministre des solidarités et de la santé en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

La secrétaire,



Agnès Micalowa