

SECRETARIAT GENERAL

A Paris, le 1^{er} décembre 2021

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Sous-direction du contentieux

Bureau des Défenses et des droits de l'Homme

Affaire suivie par : Valentin Raguin

Le ministre des solidarités et de la santé

à

Monsieur le Président de la Section du contentieux
du
Conseil d'Etat

Objet : Requête en excès de pouvoir n° 450668 formée par M. Armand Abad, Mme Stéphanie Abiven, et autres

Vous m'avez communiqué la requête, enregistrée sous le numéro n° 450688, par laquelle les requérants vous demandent :

1°) à titre principal, d'annuler l'article 36 du décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 tel que modifié par le décret n°2021-31 du 15 janvier 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et d'annuler le protocole sanitaire relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte du covid-19 pour l'année scolaire dans sa version de février 2021 ;

2°) à titre subsidiaire, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1er du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une demande d'avis portant sur la conformité du décret querellé et du protocole sanitaire aux articles 16, 17 et 24 de la Charte des Droits fondamentaux, à l'article 1er du Protocole Additionnel de la CEDH, à l'article 1er du Protocole n°12, à l'article 14, l'article 2, 5 et 7 de la CEDH ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Cette requête appelle de ma part les observations suivantes.

1. CONTEXTE JURIDIQUE

Dès le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS), préoccupée à la fois par les niveaux alarmants de propagation et de sévérité de la maladie, avait estimé que la covid-19 pouvait être qualifiée de pandémie. Le

15 janvier 2021, le Comité d'urgence de l'OMS a d'ailleurs confirmé que la pandémie de covid-19 demeurait une « urgence de santé publique de portée internationale »¹.

Le législateur, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de la covid-19, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020 et par le 3° de son article 2 a créé un chapitre I^{er} bis « Etat d'urgence sanitaire » instaurant les articles L.3131-12 à L. 3131-18 du code de la santé publique.

La forte progression de l'épidémie à l'automne 2020 sur l'ensemble du territoire a conduit à une situation particulièrement dangereuse pour l'ensemble de la population et a mis sous tension le système de santé.

Cette nouvelle propagation du virus sur le territoire national, telle qu'elle ressort des données scientifiques disponibles, constitue une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. Elle a justifié que, par décret du 14 octobre 2020 pris sur le fondement de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, l'état d'urgence sanitaire soit de nouveau déclaré avec effet à compter du 17 octobre 2020 sur l'ensemble du territoire de la République afin que les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu puissent être prises.

Aux seules fins de garantir la santé publique, sur le fondement des dispositions des 1° et 5° de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, le Premier ministre a, par l'article 36 du décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans la cadre de l'état d'urgence sanitaire, notamment pu légalement prescrire l'obligation du port de masque pour les élèves des écoles élémentaires et les enfants de 6 ans ou plus. Pour tenir compte des évolutions sanitaires, ce décret a notamment été modifié par un décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020.

2. DISCUSSION

2.1. Sur les conclusions à fin d'annulation de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020

2.1.1. Sur le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre

Les requérants soutiennent que les dispositions querellées sont entachées d'incompétence en tant que le Premier ministre n'a pas habilité expressément les ministres compétents pour mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire.

Le III de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique précise que les mesures que prend le Premier ministre sur le fondement de ces dispositions doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Aucune disposition n'exige du Premier ministre qu'il prévoit une habilitation expresse des ministres pour qu'ils mettent en œuvre leur pouvoir réglementaire d'organisation des services, ne prévoit une procédure d'étude préalable à la mise en œuvre de l'obligation de port du masque dans les conditions avancées par les requérants ou encore n'impose au Premier ministre de prévoir des cas d'exemptions du port du masque.

Ainsi, le moyen ne pourra être qu'écarté.

2.1.2. Sur le moyen tiré du vice de procédure

Les requérants soutiennent que le décret attaqué serait entaché d'un vice de procédure dès lors qu'il a été rendu en l'absence du rapport du ministre chargé de la santé conformément aux dispositions de l'article L. 3131-15 du

¹ <https://www.who.int/fr/news/item/15-01-2021-emergency-committee-on-covid-19-advises-on-variants-vaccines>

code de la santé publique.

Les dispositions de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique prévoient en effet que le Premier ministre peut prendre un certain nombre de mesures aux seules fins de garantir la santé publique « *sur le rapport du ministre chargé de la santé* ».

Cependant, un tel rapport doit être entendu comme la proposition du ministre de la santé de prendre le décret et non comme un document matérialisé qui serait communicable (v. par exemple JRCE, 1^{er} juin 2021, n°452502).

Le moyen sera par conséquent écarté.

2.1.3. Sur les erreurs de droit alléguées

En premier lieu, l'erreur de droit soulevée par les requérants, qui doit toutefois s'analyser juridiquement en erreur manifeste d'appréciation tirée du caractère arbitraire du régime de l'état d'urgence sanitaire et de son déclenchement, ne pourra en tout état de cause qu'être écartée dès lors qu'un tel moyen vise à contester directement les dispositions de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique ainsi que leur application par la voie du recours pour excès de pouvoir.

En second lieu, si les requérants font valoir que le Premier ministre aurait commis une erreur de droit en ne prévoyant pas d'exceptions à l'obligation du port du masque. Toutefois, il est constant que plusieurs exceptions sont prévues en cas notamment de motifs de santé.

En dernier lieu, les requérants font valoir que le décret attaqué serait entaché d'une erreur de droit dès lors que la notion de « groupes différents » prévue par les dispositions litigieuses seraient imprécises.

L'article 36 du décret du 29 octobre 2020 dans sa version applicable au litige dispose que « *L'accueil est organisé dans des conditions permettant de limiter au maximum le brassage des élèves appartenant à des groupes différents.* ».

La notion de « groupes différents » fait référence à des groupes d'enfants qui seraient hétérogènes dès lors qu'ils ne partageraient pas une activité scolaire commune. Le protocole sanitaire du ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports précise que le terme de « *groupe* » comprend notamment les groupes de classe ou de niveau. Dès lors, cette notion est suffisamment précise. (v. par exemple JRCE, 1^{er} juin 2021, n°452502).

Par suite, ces moyens devront être écartés.

2.1.4. Sur le caractère nécessaire, adapté et proportionné de la mesure

- **La mesure était nécessaire au regard de la situation sanitaire**

Les différents indicateurs ont évolué négativement avec une progression rapide sur l'ensemble du territoire au mois d'octobre 2020, augmentant par conséquent la tension dans les hôpitaux (cf. not. avis du comité de scientifiques covid-19 des 27 juillet, 22 septembre, et 19 octobre 2020). Si l'amarce d'une tendance à la baisse des indicateurs a été constaté au mois de novembre, en lien avec la mise en œuvre des mesures de freinage (limitation des contacts, couvre-feu, confinement), la circulation du virus s'est maintenue toutefois à un niveau encore élevé par un effet plateau.

Dans son point épidémiologique hebdomadaire du 10 décembre 2020², Santé Publique France relevait une

² <https://www.santepubliquefrance.fr/content/download/302411/2849677>

évolution préoccupante de l'épidémie du fait d'une très faible diminution de la circulation du Covid-19 après quatre semaines de forte décroissance suite au passage du pic épidémique de la seconde vague. Le virus circulait toujours à un niveau élevé. En effet, 72 121 nouveaux cas ont été confirmés en semaine 49 soit plus de 10 000 cas par jour, 8 424 nouvelles hospitalisations et 1 127 nouvelles admissions en réanimation étaient recensées. Santé Publique France indiquait également que la mortalité atteignait un niveau important avec 2 589 décès à déplorer en semaine 49.

L'évolution de l'épidémie au cours des semaines 48 et 49, marquée par une faible diminution de la circulation de l'épidémie, appelait à la plus grande vigilance avec un risque élevé d'une nouvelle augmentation, notamment dans la perspective des fêtes de fin d'année.

De plus, au mois de décembre 2020, un nouveau variant du SARS-CoV-2 a été détecté au Royaume-Uni (avec des mutations de plusieurs régions génomiques), nommé VUI 202012/01. Les données des enquêtes épidémiologiques et virologiques britanniques ont indiqué une transmission plus importante du variant, qui aurait progressivement remplacé les autres virus circulants, avec un potentiel estimé d'augmentation du nombre de reproduction (R) d'au moins 0,4. Si ce nouveau variant ne semblait pas circuler encore de manière active sur le territoire national à la date du décret attaqué, l'analyse de l'évolution sanitaire au Royaume-Uni appelait à la plus grande vigilance.

L'ECDC a également publié, ultérieurement au décret attaqué mais portant sur des éléments qui lui étaient antérieurs, une note le 29 décembre 2020³ relative aux connaissances sur le nouveau variant du SARS-CoV-2. Selon les données observées au Royaume-Uni, le taux de positivité des tests chez les enfants a augmenté lors de la semaine du 12 au 18 décembre 2020, période pendant laquelle les écoles étaient ouvertes, alors que de nombreuses autres mesures étaient en place. En outre, le pourcentage de tests positifs a augmenté à la fois pour les enfants en âge d'aller à l'école primaire et secondaire et pour les jeunes adultes pendant cette période d'ouverture des écoles.

- **L'obligation du port du masque par les enfants était une mesure nécessaire au regard des caractéristiques de propagation du virus**

En premier lieu, en l'état des connaissances scientifiques à la date du décret attaqué, il était reconnu que le virus peut se transmettre par gouttelettes respiratoires, par contacts et par voie aéroportée et que les personnes peuvent être contagieuses sans le savoir, notamment pendant la phase pré-symptomatique. La transmission du virus est favorisée par le brassage de population, la densité de population, le temps de contact avec des personnes potentiellement contaminées et la ventilation des locaux⁴. Il est également possible d'être contaminé par le biais des surfaces sur lesquelles le virus s'est déposé comme le rappelle également le comité de scientifiques dans un avis du 27 juillet 2020.

De plus, et contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'ensemble de la communauté scientifique nationale et étrangère s'accorde sur le fait que le port du masque est un moyen efficace de lutte contre la propagation du virus covid-19. Ces masques peuvent être des masques médicaux ou des masques non médicaux destinés au grand public afin d'éviter les contaminations.

L'OMS fait également ce constat et indique notamment « *qu'à la lumière des études disponibles évaluant la transmission présymptomatique et asymptomatique, un faisceau croissant d'observations sur le port du masque par le grand public dans plusieurs pays, les valeurs et les préférences personnelles ainsi que la difficulté de*

³ Risk Assessment: Risk related to spread of new SARS-CoV-2 variants of concern in the EU/EEA. ECDC Risk assessment 29 Dec 2020. <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/covid-19-risk-assessment-spread-new-sars-cov-2-variants-eueea>

⁴ Avis du HCSP du 22 novembre 2020, relatif à une proposition de protocole sanitaire renforcé pour les commerces dans le contexte de l'épidémie de Covid-19

respecter la distanciation physique dans de nombreux contextes, l'OMS a mis à jour ses orientations et conseille désormais aux autorités, pour prévenir efficacement la transmission de la COVID-19 dans les zones de transmission communautaire, d'encourager le port du masque par le grand public dans des situations et lieux particuliers, dans le cadre d'une approche globale de lutte contre la transmission du SARS-CoV-2 »⁵.

L'OMS a publié un tableau recensant les cas où le grand public doit être encouragé à porter un masque et mentionne, notamment les lieux clos comme les écoles.

Tableau 2. Exemples de cas où le grand public devrait être encouragé à porter un masque médical ou non médical dans les zones à transmission communautaire avérée ou présumée

Situations/lieux	Population	But du port du masque	Type de masque à envisager en cas de recommandation locale
Zones à transmission répandue avérée ou présumée où la capacité est limitée ou nulle d'appliquer d'autres mesures de confinement comme la distanciation physique, la recherche des contacts, la réalisation des tests appropriés, l'isolement et les soins aux cas présumés ou confirmés	Tout le monde dans les lieux publics comme les supermarchés, au travail, lors de réunions sociales ou de rassemblements de masse, dans les lieux clos comme les écoles, les églises et les mosquées, etc.	Peut contribuer à la lutte à la source	Masque non médical
Contextes à forte densité de population, où la distanciation physique ne peut être respectée, les capacités de surveillance et de dépistage sont limitées et les équipements nécessaires pour l'isolement et la quarantaine font défaut	Personnes vivant à l'étroit et dans des cadres spécifiques comme les camps de réfugiés et les situations comparables ou les bidonvilles	Peut contribuer à la lutte à la source	Masque non médical
Contextes où la distanciation physique ne peut être respectée (contact étroit)	Usagers des transports en commun (bus, avion ou train, par exemple) Conditions de travail spécifiques qui mettent ou risquent de mettre un employé – travailleurs sociaux, caissières, personnel de restaurant par exemple – en contact étroit avec d'autres personnes	Peut contribuer à la lutte à la source	Masque non médical
Contextes où la distanciation physique ne peut être respectée et les risques d'infection et/ou d'effets indésirables sont élevés	Groupes vulnérables : <ul style="list-style-type: none"> Personnes âgées de 60 ans et plus Personnes atteintes de comorbidités sous-jacentes – maladie cardiovasculaire ou cérébrovasculaire, diabète sucré, affection pulmonaire chronique, cancer, état immunodéprimé 	Protection	Masque médical
N'importe où dans la communauté*	Personnes présentant des symptômes évocateurs de la COVID-19	Lutte à la source	Masque médical

*Tous scénarios de transmission

Pour être efficace, le port du masque doit être accompagné du respect des gestes et son utilisation conforme aux recommandations sanitaires⁶.

Enfin, les principaux facteurs de risques associés à sa transmission sont désormais bien identifiés (*Chang et al.* ; *Jones et al.*, avis du Haut Conseil de la santé publique du 23 juillet⁷ relatif à la connaissance sur la transmission

⁵ <https://apps.who.int/iris/handle/10665/332448>

⁶ <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/masques-grand-public>

⁷ [Avis relatif à l'actualisation des connaissances scientifiques sur la transmission du virus SARS-CoV-2 par aérosols et des recommandations sanitaires](#)

du Sars-CoV-2), les clusters ne constituant qu'un indice limité à cet égard puisqu'ils ne représentent que 10% des contaminations⁸, 90 % des contaminations intervenant de manière diffuse. Le Haut Conseil de la santé publique rappelle ainsi en dernier lieu dans son avis du 22 novembre⁹ que « *les risques de contamination sont liés à 4 paramètres : le brassage de population, la densité de population dans un lieu, le temps de contact avec des personnes potentiellement contaminées et la ventilation des locaux* ». Les risques sont donc d'autant plus élevés que les lieux sont clos, à forte densité de personnes et les contacts prolongés.

En deuxième lieu, s'agissant du cas particulier des enfants de 6 à 11 ans, s'ils sont moins susceptibles de développer des formes graves du virus, ils n'en sont néanmoins pas immunisés et restent contaminants¹⁰. A cet égard, il existe un risque intrinsèque de transmission du virus entre les enfants puisque les écoles sont, par nature, des lieux clos et de brassage de population où les enfants et les adultes ont de nombreux contacts tout au long de la journée. La propagation du virus y est ainsi possible d'autant qu'à cette saison de l'année, d'autres pathologies sont habituellement fréquentes dans ces établissements, tels que les rhinopharyngites, les angines ou encore les gastroentérites, lesquelles peuvent entraîner une pression sur le système de santé.

En troisième lieu, les requérants font valoir que le port du masque n'est pas une mesure adaptée pour les enfants dès lors qu'elle les expose à des risques pour leur santé mentale. Cette dernière se fonde notamment sur les résultats d'un sondage réalisé par un cabinet d'avocats entre le 10 et le 18 décembre 2020 sous la forme d'un questionnaire auprès de 470 enfants âgées de 6 à 16 ans et une étude réalisée par trois scientifiques américains.

A supposer même que cette étude soit probante, au regard tant du nombre d'élève que de la façon dont elle a été mise en œuvre, les personnes auditionnées « ont l'impression », « considèrent », « se sentent », sans que cela puisse démontrer un risque pour leur santé.

A l'inverse, les avis et recommandations tant de l'OMS que du Haut Conseil de la santé publique¹¹ ou du comité de scientifiques, eux-mêmes appuyés sur les études épidémiologiques récentes et la revue de la littérature scientifique existante précisent qu'il n'y a pas de risque particulier pour les personnes qui portent le masque alors qu'il est efficace pour réduire le risque de contamination¹². Par ailleurs, et au surplus, des études postérieures à la décision attaquée mais qui se rapportent à l'examen de situations antérieures, démontrent que les écoles qui n'auraient pas instauré le port du masque de manière systématique dès la rentrée ont 3,5 fois plus de chance de voir se développer des clusters. Ces études soulignent également que le nombre de cas de covid-19 recensés chez les enfants est 2 fois plus élevé dans les écoles où le port du masque n'est pas instauré¹³.

De plus, l'OMS et l'UNICEF n'émettent pas d'interdiction ou de mise en garde générale contre l'obligation du port du masque chez les enfants de 6 à 11 ans, contrairement à l'obligation du port du masque chez les enfants de moins de 5 ans, mais recommandent qu'une telle mesure soit fondée sur plusieurs facteurs parmi lesquels la supervision adéquate par un adulte et les instructions données à l'enfant sur le port et le retrait des masques en

⁸ <https://www.santepubliquefrance.fr/presse/2020/covid-19-les-cas-rattaches-a-des-clusters-ne-representeraient-que-10-des-contaminations>

⁹ [Avis sur le protocole sanitaire renforcé proposé pour les commerces](#)

¹⁰ Le Pr Antoine Flahaut, directeur de l'institut de santé globale de l'université de Genève a pu préciser que « les plus jeunes, même s'ils sont moins touchés et moins transmetteurs, pourraient, en cette période où le virus circule beaucoup, participer à la transmission du coronavirus » <https://www.franceinter.fr/faut-il-instaurer-le-port-du-masque-pour-les-enfants-de-moins-de-11-ans>

¹¹ Voir not. l'avis du 20 août 2020 du HCSP sur les recommandations relatives au port de masque dans les lieux collectifs clos

¹² Voir not. la publication de l'INSERM du 7 août 2020 (<https://presse.inserm.fr/le-masque-inefficace-et-dangereux-vraiment/40520/>) ou encore l'étude épidémiologique du CDC du 18 septembre 2020 qui a conclu que les stratégies de freinage peuvent limiter la propagation de la Covid-19 chez l'enfant et a recommandé donc le port du masque à compter de 2 ans : https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/69/wr/mm6937e3.htm?s_cid=mm6937e3_w ; voir également étude du Dr Riccardo Lubrano et a. publiée le 2 mars 2021 : <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2776928>.

¹³ Centers for Disease Control and Prevention : <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/pdfs/mm7039e1-H.pdf>

toute sécurité ou encore la prise en compte des incidences potentielles du port du masque sur l'apprentissage et le développement psychosocial¹⁴. La Société Française de Pédiatrie s'est également prononcée en faveur du port du masque par les enfants en collectivité dès l'âge de 6 ans en accord avec les recommandations de l'OMS.

Par ailleurs, le Haut Conseil de la santé publique s'est prononcé le 29 octobre 2020 en faveur du port du masque par les enfants à partir de 6 ans en indiquant notamment : « *En cette période et/ou zone de circulation très active du virus SARS-CoV-2 et par précaution, le port d'un masque grand public adapté par les enfants dès l'âge de 6 ans à l'école élémentaire (du CP au CM2) est recommandé, en respectant les difficultés spécifiques, notamment comportementales* ». Il a également indiqué dans cet avis qu'il n'existe pas de contre-indications dermatologiques, pneumologiques, ORL et phoniatriques ou psychiatriques (bien que le port de masque soit difficile voire illusoire dans certains troubles comme l'autisme, selon le degré de sévérité) actuellement documentées au port de masque quel que soit son type (masque à usage médical, masque de protection respiratoire ou masque grand public en tissu réutilisable)¹⁵.

A cet égard, le protocole sanitaire du ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports rappelle que le personnel de direction, les professeurs ainsi que tous les autres personnels sont formés aux gestes barrières, aux règles de distanciation physique et au port du masque pour eux-mêmes et pour les élèves. Les élèves sont eux-mêmes sensibilisés au port du masque et il est rappelé que cette formation doit être adaptée à l'âge des élèves pris en charge et réalisée dès les premiers jours. Les médecins et infirmiers de l'éducation nationale apportent leur appui à ces actions de formation. Des outils pédagogiques sont également mis à disposition pour transmettre les messages clés aux enfants grâce à des moyens ludiques (exemple de l'ARS Nouvelle Aquitaine¹⁶).

Au demeurant, plusieurs pays ont imposé une obligation comparable dès l'école primaire, parfois même avant 6 ans (Roumanie, Espagne, Italie, Japon¹⁷, Corée du Sud, Autriche, Grèce, Malte, Pologne, Bulgarie, Lituanie, Luxembourg, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Allemagne, Royaume-Uni ou encore en Ecosse). A ce titre, la société italienne des pédiatres recommande le port du masque pour les enfants à partir de 37 mois, notamment dans le cadre de l'école où les distanciations ne peuvent être facilement respectées¹⁸.

Il sera également rappelé que le port du masque est habituellement recommandé pour maîtriser le risque infectieux chez les patients immunodéprimés, y compris chez les enfants¹⁹ et qu'il est fréquemment utilisé pour les jeunes patients hospitalisés. Il n'a jamais été observé chez ces enfants qui suivent une chimiothérapie ou qui sont atteints d'une mucoviscidose, le moindre manque d'oxygène du fait du port du masque ainsi que le rappelle le Pr. Gras-Le Guen, chef de service des urgences et de pédiatrie générale au CHU de Nantes et secrétaire générale de la Société française de pédiatrie a précisé que : « *Les enfants qui suivent une chimiothérapie, qui sont atteints de mucoviscidose, et qui doivent se protéger des microbes, portent des masques depuis très longtemps. Jamais il n'a été observé chez ces enfants fragiles le moindre manque d'oxygène.* »

En dernier lieu, les requérants indiquent que le port du masque est inadapté dès lors qu'il entraîne des difficultés dans l'acquisition des phonèmes pour les enfants et porte atteinte à leur droit à l'éducation ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle se fonde sur la tribune de trois psychologues publiée en novembre 2020.

Toutefois, s'il est vrai que le port du masque de protection occasionne une gêne légère lors de la prise de parole,

¹⁴ <https://www.who.int/fr/news-room/q-a-detail/q-a-children-and-masks-related-to-covid-19>

¹⁵ <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=944>

¹⁶ https://www.nouvelle-aquitaine.ars.sante.fr/system/files/2020-11/Affiche_3_super-heros_masque_compressed.pdf

¹⁷ Concernant le Japon, le Pr. Gras-Le Guen, secrétaire générale de la Société française de Pédiatrie rappelle que « les enfants portent des masques de manière culturelle depuis très longtemps. Ils vont à l'école avec des masques, et on n'a jamais observé le moindre effet délétère sur la santé respiratoire de centaines d'écoliers japonais. »

¹⁸ <https://ijponline.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13052-020-00826-3>

¹⁹ Société française d'Hygiène Hospitalière : <https://sf2h.net/wp-content/uploads/2016/12/BD-HY-XXIV-5-SF2H-immunodeprimes.pdf>

celle-ci n'est pas amplifiée pour les élèves de six à onze ans et ne leur est pas non plus spécifique. Les enseignants sont par ailleurs sensibilisés à des démarches permettant d'améliorer la communication avec un masque. Ces mesures s'appuient sur des recommandations de la société française de phoniatry et de laryngologie et ont été mises en ligne (<https://www.education.gouv.fr/coronavirus-covid-19-les-reponses-vos-questions-306136>). L'enseignement peut également se faire grâce à différents supports audiovisuels.

En outre, l'enseignant ne demeure pas statique derrière son bureau lors des cours et peut ainsi se rapprocher des élèves dans la limite des distances sanitaires autorisées, ce qui lui permet de les inviter à s'exprimer, de mieux comprendre ceux-ci et de leur demander de répéter lorsque cela est nécessaire.

- **La mesure contestée est proportionnée au risque sanitaire**

Les requérants font valoir que l'obligation du port du masque est disproportionnée dès lors qu'elle s'applique de façon généralisée sur l'ensemble du territoire et à tous les établissements scolaires. Les requérants soutiennent également que la circulation du virus et la létalité sont moindres pour les enfants de 0 à 14 ans que pour les autres tranches d'âge.

Afin de permettre le maintien des écoles ouvertes et de réduire la propagation du virus, le gouvernement a décidé d'imposer le port d'un masque de protection pour les enfants sous l'encadrement des adultes à partir de 6 ans en plus des autres mesures barrières mises en place au sein des établissements scolaires (lavage des mains, la limitation du brassage des élèves, le nettoyage des surfaces, mesures de distanciation physique) et l'aération des salles de classe comme le prévoit le protocole mis en place par le ministère de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des sports²⁰. Alors même qu'un second confinement a été décrété à compter du 30 octobre 2020 puis un couvre-feu un mois plus tard, le maintien de l'accès à l'éducation et à l'enseignement pour les enfants a été jugé nécessaire autant que possible dans le contexte de cette crise afin de garantir l'apprentissage pour tous. Tant le Haut Conseil de la santé publique dans un avis du 10 juin 2020 que la société française de pédiatrie et l'Unesco avaient alerté sur les conséquences de la fermeture des écoles durant le premier confinement (interruption de l'apprentissage en présentiel générant des inégalités sociales et des difficultés liées à la reprise de l'activité scolaire lors du déconfinement).

L'obligation du port du masque est une mesure qui s'applique sur l'ensemble du territoire national au regard de la situation sanitaire marquée par un plateau élevé de contaminations ainsi que des caractéristiques de propagation du virus qui est aéroporté, dont les enfants peuvent être porteurs et qui se transmettent dans les espaces clos.

Cependant, et contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'obligation du port du masque au sein des établissements scolaires n'est ni générale ni absolue.

D'une part, le décret prévoit lui-même des exceptions pour les personnes en situation de handicap munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation en application de l'article 2 du décret qui s'applique au cas des enfants dans ces situations. Le protocole sanitaire renforcé édicté par le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports précise ainsi que « *l'avis du médecin référent détermine les conditions du port du masque pour les élèves présentant des pathologies* » (p. 5).

Par ailleurs, des mesures ont été prises à l'attention des élèves pour lesquels l'obligation du port du masque constitue un obstacle réel aux apprentissages. Les enseignants dont les élèves sont atteints de surdité ainsi que les élèves des unités localisées pour l'inclusion scolaire (ULIS) du second degré ont ainsi été équipés de 300 000 masques inclusifs (masques intégrant un dispositif transparent permettant de conserver la visibilité de la bouche

²⁰<https://www.education.gouv.fr/protocole-sanitaire-des-ecoles-et-etablissements-scolaires-annee-scolaire-2020-2021-305630>

des personnes qui le portent). Ces masques ont été distribués dans les établissements du 1^{er} et du 2nd degré dès la première semaine d'octobre. Une deuxième livraison est en cours de finalisation pour équiper l'ensemble des personnes concernées dans les établissements du 1^{er} degré.

D'autre part, de la même manière que pour les adultes, cette obligation ne s'applique pas aux activités sportives. Le protocole sanitaire renforcé édicté par le ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports prévoit que « le port du masque n'est pas obligatoire lorsqu'il est incompatible avec l'activité (prise de repas, nuit en internat, pratiques sportives, etc.). Dans ces situations, une attention particulière est apportée à la limitation du brassage et/ou au respect de la distanciation »²¹. Les consignes relatives à l'enseignement de l'EPS, diffusées sur le site internet [education.gouv.fr](https://www.education.gouv.fr), rappellent ainsi que le port du masque ne peut être imposé pendant les activités physiques (voir fiche repère thématique pour l'EPS, <https://www.education.gouv.fr/protocole-sanitaire-des-ecoles-et-etablissements-scolaires-annee-scolaire-2020-2021-305630>).

L'objectif de l'obligation du port du masque est de permettre, tant que cela est possible, le maintien de l'ouverture des écoles à l'inverse de la mesure radicale d'une fermeture mise en œuvre au Royaume-Uni, Allemagne, Grèce ou encore Autriche.

Par suite, la mesure litigieuse est adaptée, nécessaire et proportionnée (V. JRCE, 25 janvier 2021, n° 448833 et suivants ; JRCE, 17 mars 2021, n° 449446 et suivants ; JRCE, 1^{er} juin 2021, n°452487).

2.2. Sur les conclusions à fin d'annulation du protocole sanitaire dans sa version de février 2021

2.2.1. Sur le moyen tiré de l'incompétence du ministre de l'éducation nationale pour édicter le protocole sanitaire

Les requérants soutiennent que le ministre de l'éducation nationale serait incompétent pour édicter le protocole sanitaire « relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte Covid-19 » dès lors que les mesures édictées touchent également aux parents et qu'il revenait aux directeurs des établissements scolaires de prendre les décisions qui s'imposent à l'égard des agents et des usagers.

En premier lieu, si le protocole sanitaire prévoit que les parents « sont informés clairement » des conditions d'organisation de l'établissement scolaire en période de crise sanitaire, les indications fournies ont pour but de contribuer au bon fonctionnement du service en période de crise sanitaire.

En deuxième lieu, les mesures édictées par le protocole n'excèdent pas les limites du pouvoir réglementaire reconnu au ministre de l'éducation nationale afin de prendre les mesures nécessaires à l'organisation des services placés sous son autorité dès lors que le protocole prévoit que les mesures à prendre « nécessitent de tenir compte du contexte propre à chaque école ou établissement ».

Le moyen sera par conséquent écarté.

2.2.2. Sur le moyen tiré du défaut de signature du protocole

En dernier lieu, si l'article L.212-1 dispose que « toute décision prise par l'administration comporte la signature de son auteur (...) », le Conseil d'Etat a toutefois jugé que le protocole sanitaire n'a pas « le caractère d'une décision, notamment au regard des dispositions de l'article L.212-1 du code des relations entre le public et l'administration » (cf. Conseil d'Etat, ordonnance du 1^{er} juin 2021, n°452502). Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le protocole sanitaire n'est pas entaché d'un défaut de signature.

²¹<https://www.education.gouv.fr/protocole-sanitaire-des-ecoles-et-etablissements-scolaires-annee-scolaire-2020-2021-305630>

2.2.3. Sur l'erreur de droit alléguée

Comme le précise son titre, le protocole sanitaire établi par le ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports est un « *Guide relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte covid-19 pour l'année scolaire 2020-2021* ».

Contrairement aux allégations des requérants, il ne méconnaît ni le sens ni la portée des dispositions du décret du 29 octobre 2020 dont il se contente de préciser et compléter les conditions de mise en œuvre.

Il a en effet pour objet de détailler les modalités d'exercice des gestes barrières tels qu'ils résultent des recommandations des autorités sanitaires et dont le respect est rendu obligatoire par le décret du 29 octobre 2020, en les adaptant aux contraintes qui s'imposent à la situation particulière des établissements scolaires accueillant un grand nombre d'élèves.

S'agissant par exemple des règles de distanciation physique mentionnées à l'article 1^{er} du décret du 29 octobre 2020 et dans son [annexe 1](#), il est indispensable de fournir aux personnels des directives adaptées à l'accueil des élèves et en particulier des plus jeunes d'entre eux, que ce soit en classe, dans les espaces extérieurs des établissements scolaires ou pour les activités sportives qui sont autant d'occasions de favoriser le risque de diffusion du virus.

De la même manière, si l'article 36 du décret prévoit expressément la limitation du brassage des élèves, il est indispensable que des précisions soient apportées sur la manière dont cette obligation peut être mise en œuvre lors des départs et des arrivées, de la circulation dans les bâtiments, lors des récréations et lors des temps de restauration scolaire.

- S'agissant du port du masque à l'école élémentaire, au collège et au lycée, l'ensemble des élèves est soumis à cette obligation hormis ceux qui relèvent de la dérogation générale prévue par [l'article 2](#) du décret du 29 octobre 2020 qui précise que : « Les obligations de port du masque prévues au présent décret ne s'appliquent pas aux personnes en situation de handicap munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation et qui mettent en œuvre les mesures sanitaires de nature à prévenir la propagation du virus ».

Les requérants soutiennent que le protocole sanitaire ajouterait une règle obligatoire non prévue par le décret du 29 octobre 2020 en conférant un rôle au médecin référent pour la mise en œuvre de l'obligation du port du masque.

Or, le protocole sanitaire ne comporte aucune mention sur ce point et se contente d'indiquer que « *pour les enfants présentant des pathologies les rendant vulnérables au risque de développer une forme grave d'infection à la Covid-19, le médecin référent détermine les conditions de leur maintien en présence dans l'école ou l'établissement scolaire* ».

Ainsi, contrairement aux allégations des requérants, le protocole sanitaire ne confie pas de rôle au médecin référent s'agissant de l'éventuelle exemption du port du masque, les dispositions mentionnées par les requérants étant uniquement relatives aux enfants présentant des pathologies les rendant vulnérables au risque de développer une forme grave d'infection à la Covid-19.

Le moyen sera par conséquent écarté.

2.3. Sur la demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme

Les requérants vous invitent, sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole 16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après le Protocole n° 16), à saisir la Cour européenne des droits de l'Homme d'une demande d'avis consultatif sur la question suivante : « *L'interprétation*

des articles 2, 16, 17 de la Charte des Droits fondamentaux, de l'article 1er du Protocole Additionnel de la CEDH, de l'article 1er du Protocole n°12, des articles 2, 5, 7 et 14 de la CEDH s'oppose-t-elle aux dispositions de l'article 36 du décret du 29 octobre 2020 ? » Elle soutient que la réponse qui sera donnée par la Cour aura des conséquences déterminantes sur la solution à intervenir dans les présentes instances.

Aux termes de l'article 1^{er} du Protocole n° 16 : « 1. Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des **questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.** / 2. La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. / 3 La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante. »

Sur la nature des questions pour lesquelles une juridiction interne peut solliciter l'avis consultatif de la Cour²², le rapport explicatif indique que cette « *procédure n'est pas destinée, par exemple, à permettre un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante* » (§10) et précise, conformément au principe de subsidiarité, que l'objectif poursuivi « **n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance.** Ces exigences répondent à deux objectifs. En premier lieu, elles impliquent que la juridiction qui procède à la demande ait examiné **la nécessité et l'utilité** de demander un avis consultatif à la Cour afin d'être en mesure d'expliquer les raisons qui sous-tendent cette demande. En second lieu, elles impliquent que la juridiction qui procède à la demande ait été amenée à définir le contexte juridique et factuel, permettant ainsi à la Cour de se concentrer sur la ou les question(s) de principe relatives à l'interprétation ou l'application de la Convention ou de ses protocoles. » (§11). La demande ne doit pas entraîner un contrôle abstrait de la législation²³.

Dans son premier avis consultatif rendu le 10 avril 2019 à la demande de la Cour de cassation française (10 avril 2019, P16-2018-001), la Cour s'est attachée à définir clairement son office. Elle « **n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure.** Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire » (§ 25 de l'avis du 10 avril 2019).

Elle vérifie ainsi que la demande satisfait les conditions prévues par l'article 1^{er} du Protocole n° 16.

Notamment dans un avis du 29 mai 2020 rendu à la demande de la Cour constitutionnelle arménienne relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, la Cour a écarté les deux premières questions de la Cour constitutionnelle arménienne faute de lien direct avec la procédure interne en cours²⁴ et a précisé que « **Les avis qu'elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne.** Leur intérêt est également **de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires** » (§ 44 de l'avis du

²² Lequel n'a pas de portée contraignante (article 5 du Protocole n°16).

²³ § 7 de l'avis adopté le 6 mai 2013 par la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention.

²⁴ § 55 de l'avis du 29 mai 2020 « (...) sa réponse aux première et deuxième questions de la haute juridiction aurait un caractère théorique et général et (...) elle échapperait ainsi au champ de l'avis consultatif tel que défini par le Protocole n° 16. (...) ». Ces questions « ne peuvent être reformulées de manière à lui permettre d'exercer sa fonction consultative de manière effective et en conformité avec son but. [La Cour] ne peut donc y répondre » (§ 56).

29 mai 2020 et voir aussi §26 de l'avis du 10 avril 2019).

En l'espèce, les conditions fixées par ces stipulations ne sont pas réunies.

D'une part, conformément à l'article 1er du Protocole n° 16, l'avis de la Cour ne porte que sur une question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention) ou ses protocoles. Par conséquent, il ne lui revient pas de se prononcer, comme l'invite à le faire les requérants, sur la conformité des décisions attaquées aux articles 2, 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont la Cour de justice de l'Union européenne est l'interprète²⁵.

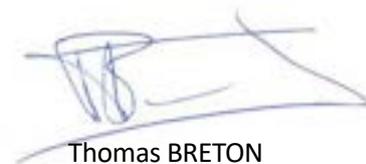
D'autre part, comme il a été démontré, les moyens tirés de la violation des articles 2 (droit à la vie), article 7 (principe de légalité des délits et des peines), article 14 (principe de non-discrimination) et article 1er du Protocole n°12 à la Convention (interdiction générale de la discrimination) doivent être écartés, les requérants ne développant par ailleurs aucun moyen tiré de la violation de l'article 5 de la Convention. Par suite, l'analyse de la conformité des décisions contestées au regard de ces stipulations par la Cour, sollicitée par les requérants, ne présente aucun lien direct avec la résolution du litige.

De surcroît, il ne pourra qu'être constaté qu'à la différence des questions de principe soumises par la Cour de cassation française à la Cour EDH à propos de la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, les requérants n'établissent aucune difficulté d'interprétation ou d'application des droits et libertés protégés par la Convention ou par l'un de ses protocoles additionnels. En l'occurrence, ainsi qu'elle l'indique dans ses écritures, la demande d'avis porterait sur la conformité des dispositions de l'article 36 du décret querellé aux stipulations des articles 2, 16 et 17 de la Charte des Droits fondamentaux, de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention, de l'article 1er du Protocole n° 12, des articles 2, 5, 7 et 14 de la Convention. Elle porterait encore sur une analyse générale relative « *aux choix politiques et éthiques majeurs qui ont été pris dans le cadre de la lutte contre la propagation du covid-19 et dont il est loisible à chacun de considérer qu'il s'agit du premier état d'urgence de l'histoire de France qui a autant restreint nos libertés fondamentales* ». Cette demande qui, certes, s'inscrit dans le cadre d'une affaire pendante au sens du paragraphe 2 de l'article 1er du Protocole n° 16, a indéniablement pour effet de transférer le litige à la Cour. Or, comme évoqué au point 1.1, cette dernière n'est pas compétente pour se prononcer sur le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention et donc sur l'issue de la procédure.

Partant, cette affaire ne soulève aucune question de principe relative à l'interprétation ou l'application de la convention nécessitant l'éclairage de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Par ces motifs, je conclus au rejet de la requête.

Pour le ministre et par délégation,
Le sous-directeur du contentieux
de la direction des affaires juridiques



Thomas BRETON

²⁵ Le paragraphe 1er de l'article 19 du TUE précise que la Cour de justice de l'Union européenne « (...) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (...) ».