

CONSEIL D'ETAT – REFERE-LIBERTE – SALLES DE SPECTACLE – UNE DECISION SURPRENANTE

Par une ordonnance du 20 décembre 2020, le Conseil d'Etat a rejeté les recours, présentés par plusieurs organisations du milieu des cinémas, théâtres et salles de spectacle et un certain nombre d'artistes et propriétaires de salles, visant, dans le cadre de la procédure du « référé-liberté », à faire enjoindre au Gouvernement de modifier les dispositions du décret du 29 octobre 2020 interdisant l'ouverture au public des salles concernées (le Conseil d'Etat a joint les différents recours, construits sur la même argumentation).

Cette décision n'était pas attendue que par les professionnels intéressés et leur public, mais aussi par nombre d'esprits curieux de voir comment le Conseil d'Etat allait justifier la différence de traitement entre les théâtres et les lieux de culte. La déception des uns fut à la hauteur de la surprise des autres. J'avoue qu'à la seule lecture de la relation qu'en ont fait les médias, mes neurones de juriste ont eu du mal à justifier cette décision auprès de quelques auditoires de non juristes.

La question de savoir si la culture est un bien essentiel ou non n'est pas un sujet juridique. La polémique découle de la seule maladresse du Gouvernement qui, au lieu de lister simplement les commerces et services accessibles, a eu la très mauvaise idée d'utiliser le terme de besoin essentiel, se prenant ensuite les pieds dans le tapis en distinguant la vente de certains biens selon la nature du marchand (supermarché ou boutique spécialisée)

Que nous apprend la lecture de l'ordonnance en question ?

Les auteurs des recours ont choisi la voie procédurale du référé-liberté, une des procédures d'urgence dont le Conseil d'Etat peut être saisi.

C'est l'article L 521-2 du code de la Justice administrative qui prévoit que « 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. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

Que soutenaient les auteurs de ces recours ?

1 – l'urgence (condition de mise en œuvre de cette procédure), peu contestable (détresse du milieu, grandes difficultés économiques) ;

- 2 – une « atteinte grave et illégale » aux libertés fondamentales constitutionnelles ;
- 3- la méconnaissance des exigences constitutionnelles, notamment l'accès à la culture et l'absence de vote du Parlement ;
- 4 – la rupture d'égalité par rapport à d'autres secteurs dont l'ouverture est autorisée alors qu'ils sont dans une situation comparable.

C'est évidemment sur ce dernier motif qu'on attendait le Conseil d'Etat, lequel l'a habilement esquivé.

Lorsqu'on parcourt rapidement (peut-être trop) l'ordonnance, les auteurs des recours paraissent en bonne voie d'obtenir satisfaction et la conclusion du juge tombe brusquement... en leur défaveur.

Le Conseil d'Etat commence par donner acte aux requérants que les dispositions du décret incriminées portent « *une atteinte grave aux libertés fondamentales que constituent la liberté d'expression et la libre communication des idées, la liberté de création artistique, la liberté d'accès aux œuvres culturelles, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le droit au libre exercice d'une profession* ».

Il ajoute même, pour répondre au discours du Gouvernement visant à atténuer l'apparence de sévérité de la mesure, que « *La seule circonstance qu'une partie des activités concernées pourrait demeurer accessible au public à travers d'autres supports ou de manière dématérialisée ne saurait faire disparaître cette atteinte* ».

Il reprend ensuite les motifs de la mesure tels que le Gouvernement les a présentés (lieux clos, forte concentration de personnes, propices à la « projection de gouttelettes » susceptible de propager le virus) pour les écarter, soulignant les protocoles stricts mis en œuvre par la profession dans un grand nombre des établissements concernés.

Le juge continue ensuite en indiquant que « *l'administration ne produit pas d'éléments relatifs à des cas de contamination qui seraient survenus lors de spectacles à l'occasion desquels de tels protocoles sanitaires auraient été mis en place.* »

A ce stade de leur lecture, les auteurs des recours ont dû exulter et poursuivre leur lecture non sans une certaine gourmandise.

Le juge cite ensuite une note du conseil scientifique du 26 octobre 2020 selon laquelle « *le risque de transmission du virus, dans les établissements accueillant les spectacles vivants comme dans les cinémas, est plus faible que pour d'autres événements rassemblant du public en lieu clos, dès lors que de tels protocoles sont effectivement institués et appliqués* ».

Le juge dévoile enfin son projet de conclusion, à ce stade imprévisible. Il le fait dans le paragraphe 13 de l'ordonnance, dans une rédaction alambiquée (à laquelle le Conseil d'Etat ne nous a pas habitués) , en indiquant que compte tenu du fait que ce virus ne paraît pas prêt d'être éradiqué « dans un avenir proche », la fermeture des salles de spectacle porterait une atteinte grave et illégale aux libertés « si elle était justifiée par la seule persistance d'un risque de contamination de spectateurs par le virus SARS-CoV-2 ».

De quoi s'agit-il d'autre que de ce risque de contamination, pourrait-on se demander ?

Le juge ajoute, ce qui brouille encore la lecture de sa décision, que le maintien de la fermeture de ces salles porterait gravement et illégalement atteinte aux libertés si on n'était pas en présence « *d'un contexte sanitaire marqué par un niveau particulièrement élevé de diffusion du virus au sein de la population susceptible de compromettre à court terme la prise en charge, notamment hospitalière, des personnes contaminées et des patients atteints d'autres affections* ».

Oublié le 4^{ème} moyen des recours : la « rupture d'égalité ». A ce stade de l'ordonnance le juge statue sans considération de la différence de traitement des salles de spectacle et des lieux de culte, comme s'il se contentait de dire que la gravité de la situation justifie la fermeture des lieux d'accueil de publics nombreux.

On pourrait se demander si la procédure utilisée par les requérants (le référé-liberté) pouvait accueillir l'argument de la rupture d'égalité, mais le Conseil d'Etat avait déjà pris en compte ce risque de rupture d'égalité à l'occasion d'un référé-liberté. Ce fut notamment le cas lorsque, dans l'ordonnance de rejet du référé-liberté présenté par les libraires il fondait notamment son rejet sur le fait que « la vente de livres dans les grandes surfaces a été, en tout état de cause, également interdite ». Il est vrai que, dans le domaine du commerce, l'association des deux principes va un peu de soi (les entorses à la concurrence enfreignent la liberté du commerce).

Le Conseil d'Etat laisse entendre que cette fermeture ne peut être qu'une mesure temporaire dont le prolongement n'est pas envisageable, reprenant, en cela la communication rassurante du Gouvernement.

En fait, comme l'ont fait remarquer certains commentateurs des ordonnances de référé-liberté déjà intervenues dans le cadre de la pandémie, le Conseil d'Etat hésite à sanctionner le Gouvernement mais lui passe des messages lourds entre les lignes. Tout en rejetant le recours pour les salles de spectacle il donne acte aux requérants que leur lieu et mode d'activité n'est pas plus propice à la contagion que certains autres,

il démonte les arguments du Gouvernement et menace : l'interdiction ne saurait durer.

Peut-être (à situation exceptionnelle, attitude exceptionnelle) les sages ont-ils eu peur des conséquences sanitaires d'une réouverture des salles de spectacle dans la situation de tension sanitaire actuelle ou encore d'ouvrir la voie à d'autres recours fondés sur des comparaisons de « contagiosité » des activités.

On ne peut que souhaiter que le Conseil d'Etat redevienne le strict juge du droit.