



# MINISTÈRES SOCIAUX

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

# MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ

## DIRECTION DE LA SECURITE SOCIALE

Affaire suivie par : Dominique GENIEZ

[Dominique.geniez@sante.gouv.fr](mailto:Dominique.geniez@sante.gouv.fr)

## SECRETARIAT GENERAL

A Paris, le 08 octobre 2020

## DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Sous-direction du contentieux

Département défenses

Affaire suivie par : Valentin RAGUIN

[Valentin.raguin@sg.social.gouv.fr](mailto:Valentin.raguin@sg.social.gouv.fr)

Le ministre des solidarités et de la santé

à

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

**Objet :** Requêtes en référé-suspension n° 444916 et n° 445030 formées respectivement par M. Berruyer et par la ligue contre l'obésité.

Vous m'avez communiqué la requête, enregistrée le 27 septembre 2020 sous le numéro n° 444916, par laquelle M. Berruyer vous demande, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 et de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par une requête, enregistrée le 1<sup>er</sup> octobre 2020 sous le numéro n° 445030, la ligue contre l'obésité sollicite également sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative la suspension de l'exécution de ce même décret et la mise à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces requêtes, tendant à la suspension de l'exécution du même décret, appellent de ma part les observations suivantes.

## **I. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE**

Le diagnostic de cas d'infection respiratoire aigüe à nouveau coronavirus (SARS-CoV-2 dit Covid-19) sur le territoire français a conduit les pouvoirs publics à prendre des mesures exceptionnelles en vue de contenir sa transmission pour protéger la santé de la population.

Au nombre des textes intervenus pour garantir l'indemnisation de personnes devant s'isoler à leur domicile en raison de l'épidémie de covid-19, les décrets n° 2020-73 du 31 janvier 2020, n° 2020-193 du 4 mars 2020 et n° 2020-227 du 9 mars 2020 ont fait bénéficier, en l'absence de solution de télétravail, les personnes en emploi considérées comme personnes vulnérables ou à risque de développer des formes sévères de la maladie, d'un arrêt de travail dérogatoire indemnisé à compter du 13 mars 2020. Ces salariés ont ainsi perçu des indemnités journalières de sécurité sociale et un complément employeur, versés sans condition d'ouverture de droits et sans délai de carence.

A compter du 1<sup>er</sup> mai 2020, une modification du mode d'indemnisation de ces arrêts de travail est intervenue. Les dispositions du I de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 prévoient que les salariés de droit privé peuvent être placés en position d'activité partielle dès lors qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de continuer à travailler pour l'un des motifs suivants :  
« - le salarié est une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2, selon des critères définis par voie réglementaire ;  
- le salarié partage le même domicile qu'une personne vulnérable au sens du deuxième alinéa du présent I ;  
- le salarié est parent d'un enfant de moins de seize ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile. »

Aux termes du dernier alinéa du III de ce même article, « les modalités d'application du présent article sont définies par voie réglementaire ». Il précise que « (...) Pour les salariés mentionnés aux deuxième et troisième alinéas du même I, celui-ci s'applique jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2020. / Pour les salariés mentionnés au dernier alinéa dudit I, celui-ci s'applique pour toute la durée de la mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile concernant leur enfant. »

C'est sur ce fondement que le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 a défini les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et susceptibles, à ce titre, d'être placés en activité partielle en application de l'article 20 précité de la loi de finances rectificative pour 2020. Ce décret a repris la liste des personnes vulnérables et des facteurs de risques de développer une forme grave de COVID-19, telle qu'elle avait été établie par le Haut conseil de santé publique (HCSP) dans son avis du 20 avril 2020<sup>1</sup>.

A compter de la sortie du confinement généralisé le 11 mai 2020, les salariés ne présentant pas de vulnérabilité particulière et qui ne pouvaient télétravailler ont pu reprendre une activité professionnelle. Eu égard à la nécessité de concilier la reprise progressive de l'activité économique avec l'exigence de protection de la santé publique, les personnes vulnérables ont quant à elles été maintenues en activité partielle.

Le 19 juin 2020<sup>2</sup>, le HCSP a émis un nouvel avis précisant les conditions de reprise du travail pour les personnes à risques suivi d'un avis du 23 juillet<sup>3</sup> précisant les cas de comorbidité les plus graves en regard du virus. Sur le fondement de ces deux avis, le décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 a abrogé le précédent décret du 5 mai 2020 susvisé pour établir une liste révisée des critères de vulnérabilité en fonction des évolutions des recommandations du HCSP. Cette liste s'est substituée à la liste initiale fixée par le décret du

<sup>1</sup> <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=807>.

<sup>2</sup> <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=869>.

<sup>3</sup> <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=904>.

5 mai 2020 pour le bénéfice du placement des salariés en activité partielle sur le motif de leur vulnérabilité à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2020.

C'est la décision dont la suspension de l'exécution est sollicitée.

## **II. DISCUSSION**

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. (...).* »

### **1. Sur l'absence d'intérêt à agir de la ligue contre l'obésité (LCO)**

L'association requérante se prévaut, pour justifier de son intérêt à agir, de son objet social et de l'agrément qui lui a été délivré en vertu de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique.

Il convient de souligner que l'appréciation de la recevabilité d'une requête en référé-suspension est plus stricte que celle retenue en référé-liberté dès lors qu'elle s'effectue au regard de la décision contestée (CE ord, 11 septembre 2002, n° 249546).

En l'espèce, il sera relevé que l'association requérante revendique la philosophie soutenue par une vision humaniste et volontariste pour changer le regard porté sur l'obésité. Sa mission va au-delà d'une brève échéance. La LCO développe et s'appuie sur un maillage territorial d'antennes départementales qui regroupe l'entièreté de la chaîne des intervenants nécessaires autour du surpoids et de l'obésité (soins et hors soins). Il est ainsi constant que l'objet statutaire de l'association requérante ne revêt pas de lien direct avec le décret attaqué qui porte sur le périmètre des personnes susceptibles de bénéficier d'une activité partielle et n'a ni pour objet ni pour effet d'affecter « le regard porté sur l'obésité ».

Eu égard au caractère national de son champ d'intervention et à la généralité de son objet social, et sans que l'agrément délivré sur le fondement de l'article L. 1114-1 puisse permettre de présumer de son intérêt à agir, l'association ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour solliciter la suspension de l'exécution du décret du 29 août 2020.

Partant, la requête ne pourra qu'être rejetée, à titre principal, comme irrecevable. Elle est en tout état de cause infondée.

### **2. Sur l'absence d'urgence**

Il résulte des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative que le prononcé de la suspension d'un acte administratif est subordonné notamment à une condition d'urgence. L'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire (CE, ord, 21 septembre 2020, n° 444001).

2.1. Si à la suite de l'ordonnance précitée du 21 septembre 2020 du juge des référés du Conseil d'Etat, le requérant apporte, pour caractériser l'urgence qu'il y aurait à suspendre l'exécution du décret litigieux, des éléments [REDACTED], ces derniers, épars, ne permettent pas de démontrer que son état serait altéré ou aggravé de façon imminente du fait de la perte du bénéfice de l'activité partielle qu'il subirait en raison de l'intervention du décret attaqué. [REDACTED]

Par ailleurs, M. Berruyer exerce une activité professionnelle [REDACTED]. Elle n'apparaît pas non plus incompatible ou particulièrement risquée si, comme il y a lieu de le supposer, le requérant continue d'exercer son activité dans le respect des gestes barrière, notamment le port du masque chirurgical ou l'attribution d'un bureau isolé.

2.2. L'association requérante ne fait, quant à elle, état d'aucun cas ou situation avérée de personnes en situation d'obésité dont l'état de santé se serait, à compter de l'entrée en vigueur du décret querellé, particulièrement altéré ou aggravé, du fait de la reprise d'une activité professionnelle.

Si l'association requérante produit quelques données quant aux risques encourus par ces personnes, ces risques que le pouvoir réglementaire n'a pas méconnus, ne doivent pas non plus être surestimés ou devenir intangibles, au point d'interdire toute marge de manœuvre dans la gestion de la crise qui doit concilier la protection de la santé et la reprise progressive de l'activité économique (cf. développement infra).

En outre, la Ligue nationale contre l'obésité ne fait cas d'aucune situation dans laquelle les employeurs ne seraient pas en mesure d'assurer une reprise du travail dans des conditions de sécurité suffisante pour le salarié concerné, tel le respect des différents gestes barrières (port du masque ; distanciation).

2.3. En tout état de cause, dans les deux présentes instances, il sera relevé que le médecin reste seul juge de la compatibilité de l'état de santé du patient avec la reprise ou la poursuite d'une activité professionnelle. Ainsi, s'il estime que l'état de santé de la personne concernée n'est pas compatible avec un travail en présentiel, le médecin peut prescrire un arrêt de travail de droit commun, indépendamment des arrêts dérogatoires résultant de la mise en œuvre des décrets du 5 mai puis du 29 août 2020.

Pour l'ensemble de ces motifs, la demande de suspension doit être rejetée pour défaut d'urgence.

### **3. Sur l'absence de moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du décret attaqué**

#### **3.1. Sur le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation**

**En premier lieu**, les requérants soutiennent que le décret querellé serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation en tant qu'il limite la liste des personnes vulnérables.

Comme il l'a été exposé précédemment, la loi a habilité le pouvoir réglementaire à fixer les critères permettant d'autoriser certains salariés à être placés en position d'activité partielle, s'ils ne sont pas en mesure de télétravailler.

Conformément à l'article 20 de la loi de finances rectificative pour 2020, le pouvoir réglementaire a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, définir, en édictant le décret du 29 août 2020, ces

critères à la lumière à la fois des différents avis rendus par le HCSP, en l'état des dernières connaissances scientifiques sur le sujet, et des exigences tant sanitaires - qui demeurent la priorité - qu'économiques, sociales (se prémunir de tout risque de désinsertion) et d'équilibre des finances publiques.

Comme il a été dit, le décret initial n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés *vulnérables* s'est inspiré intégralement de l'avis émis le 20 avril 2020 par le HCSP.

Puis, et comme le soulignent effectivement les requérants, cet avis a perdu de sa pertinence en raison de l'évolution de la situation épidémiologique. Le risque de développer une forme grave apparaît d'autant plus élevé que le virus circule activement, ce qui était le cas fin mars, lorsque des indemnités journalières ont commencé à être versées à ces salariés pour qu'ils restent en isolement et ne soient pas contraints d'aller travailler en dehors de leur domicile, si le télétravail n'était pas possible.

Le graphique ci-dessous, présentant le nombre quotidien de nouvelles admissions en réanimation, atteste que la situation sanitaire a significativement évolué depuis mars, comme le risque de développer une forme grave de la covid-19, évolutions qui justifient à elles seules que la liste des personnes *vulnérables*, soit révisée sans qu'une telle révision caractérise une erreur, manifeste ou non, d'appréciation.



En outre, les connaissances des facteurs de risque ont également évolué. L'avis du HCSP du 23 juillet 2020 souligne que si les comorbidités indiquées dans ses avis du 31 mars et du 20 avril restent pertinentes, elles ne fournissent pas de précision sur les caractéristiques évolutives de chacune des pathologies, en particulier les plus fréquentes, permettant de déterminer des seuils à partir desquels il existe un risque réel ou significativement plus élevé de forme grave. Dans ces conditions, le pouvoir réglementaire a pu régulièrement ne réserver l'activité partielle qu'au regard de pathologies présentant les plus forts niveaux de risque, ce qui ne saurait caractériser une erreur manifeste d'appréciation.

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

L'ensemble des personnes *vulnérables* sont, depuis l'été 2020, en mesure de s'équiper en masques de protection chirurgicaux disponibles en stocks suffisants et délivrés gratuitement en pharmacies d'officine aux personnes *vulnérables* sur prescription médicale conformément aux dispositions de l'article 3 de l'arrêté

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

Conformément à l'avis rendu le 19 juin 2020 par le HCSP, la reprise du travail s'est avérée possible dès lors que les conditions sanitaires renforcées susvisées ont été respectées. Alors même que si, pour ces personnes, le télétravail reste à privilégier, lorsque le télétravail n'est pas possible, le travail présentiel doit être assorti de mesures de protection complémentaires dans des conditions de sécurité renforcée :

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

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

Par ailleurs, comme il a été dit, la protection de la santé de la population doit être conciliée avec la nécessité de la reprise de l'activité économique et la limitation des contraintes pesant sur les finances publiques.

Il résulte de ce qui précède que le retour au travail ne présente pas un risque de contamination tel qu'il justifierait un placement systématique en activité partielle des salariés visés par le décret initial du 5 mai 2020. Dans la mesure où l'activité professionnelle n'est pas un facteur de risque plus significatif que le milieu familial ou communautaire, le décret critiqué n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

**En second lieu**, les requérants soutiennent que le décret attaqué serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation en tant qu'il supprime la possibilité de placement en position d'activité partielle des personnes cohabitant avec des personnes vulnérables.

A titre liminaire, les requérants sont mal fondés à induire des dispositions du III de l'article 20 de la LFR précitée que l'activité partielle mise en place de manière dérogatoire pour certaines catégories de salariés devrait nécessairement prendre fin à la même date à la fois pour les salariés *vulnérables* et pour les salariés cohabitant avec des personnes vulnérables. Les dispositions du deuxième alinéa de ce III impliquent seulement que la date de fin du dispositif d'activité partielle pour ces deux catégories, est fixée par décret sans que cette date ne puisse être ultérieure au 31 décembre 2020.

<sup>4</sup> <https://www.ofcc.sciences-po.fr/pdf/pbrief/2020/OFCF.pbrief74.pdf>

A ce titre, de manière identique que pour ce qui concerne les assurés salariés *vulnérables*, les conditions de reprise éventuelle du travail, en présentiel, des assurés cohabitant avec des personnes vulnérables s'apprécient à l'aune des moyens de protection mis à leur disposition et des connaissances sur les modalités de propagation du virus.

Par ailleurs, il est rappelé que depuis fin avril 2020, les malades de la Covid-19 ont la possibilité de s'isoler dans des structures hôtelières aux fins d'écarter tout risque de contamination dans le milieu familial, ce qui permet d'éviter le risque de contamination pour un cohabitant d'une personne *vulnérable*.

**Le moyen** n'est pas propre en l'état de l'instruction à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée.

### **3.2. Sur le moyen tiré de la violation des articles 221-6 et 222-19 du code pénal**

Le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions des articles 221-6 et 222-19 du code pénal est inopérant dès lors que le pouvoir exécutif, au vu de l'exposé qui précède, ne porte aucune atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes au sens de ces dispositions.

### **3.3. Sur le moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique**

Il est rappelé que vous avez consacré par votre jurisprudence KPMG (CE, Assemblée, 24 mars 2006, N° 288460) le principe de sécurité juridique selon lequel le pouvoir réglementaire doit insérer des dispositions transitoires dans les règlements nouveaux, dès lors que leur application immédiate est susceptible de porter une atteinte excessive aux situations contractuelles en cours et, de manière plus générale, aux situations juridiques constituées.

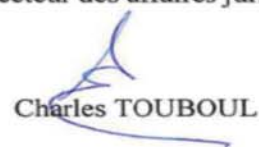
Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

En effet, un arrêt de travail est toujours à durée limitée et n'est jamais constitutif d'une situation définitive ou acquise. Il n'existe d'ailleurs pas de droit au maintien d'un acte réglementaire. De surcroît, aucune mesure transitoire, pour les motifs exposés ci-dessus, n'avait à être prise étant précisé que les assurés et leurs employeurs ont suffisamment été informés en amont de l'évolution des règles applicables (communiqué de presse du 31 août 2020)<sup>5</sup>.

A ce titre, il est rappelé, par ailleurs que les salariés *vulnérables* qui continuaient à bénéficier de l'activité partielle ont eu, la possibilité de recourir à la téléconsultation, prise en charge intégralement, avec une levée de l'obligation de passer par le médecin traitant, permettant de faire établir rapidement un nouveau certificat d'isolement pour continuer à bénéficier du placement en position d'activité partielle par leur employeur.

**Par ces motifs**, je conclus au rejet des requêtes.

Pour le ministre et par délégation  
Le directeur des affaires juridiques

  
Charles TOUBOUL

<sup>5</sup> <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/reprise-de-l-activite-des-travailleurs-a-risque-de-formes-graves-de-covid-19>