

# Le port du masque peut être rendu obligatoire sur l'ensemble d'une commune, si celle-ci comporte plusieurs zones à risque de contamination

## Lire les commentaires de :

### Antoine Carpentier

Port du masque obligatoire : Accepter de se cacher le visage sans se voiler la face

## DÉCISION DE JUSTICE

---

TA Lyon, ordonnance – N° 2006185 – Rhône – 04 septembre 2020 – C [↗](#)

Ordonnance partiellement réformée en cassation : CE, ordonnance du 6 septembre 2020

N° 443751 - ministre des solidarités et de la santé

Lire ici les 2 ordonnances et le communiqué du Conseil d'Etat

## INDEX

---

### Mots-clés

Covid-19, Mesure de police, Port du masque, Liberté d'aller et venir, Ordre public, Contrôle de proportionnalité

### Rubriques

Police administrative

## TEXTES

---



Résumé [Note universitaire](#)

## Résumé

<sup>1</sup> Par deux ordonnances rendues le 6 septembre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat estime que les préfets du Bas-Rhin et du Rhône pouvaient imposer le port du masque dans des zones larges, afin que cette obligation soit cohérente et facile à appliquer pour les citoyens. Toutefois ces périmètres étendus doivent être délimités et, se justifier, par l'existence de plusieurs zones à fort risque de contamination. Le port du masque peut ainsi être imposé sur l'ensemble d'une commune densément peuplée comme Lyon ou Villeurbanne, mais doit être limité au centre-ville dans les communes moins denses.

<sup>2</sup> *49-03-01, Police administrative, Epidémie covid-19, Mesures générales, Port du masque, Article 1er de la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, Article 1er du décret du 10 juillet 2021*

# Note universitaire

## Port du masque obligatoire : Accepter de se cacher le visage sans se voiler la face

**Antoine Carpentier**

Doctorant en droit public à l'Université Clermont Auvergne (CMH – EA 4232)

DOI : [10.35562/alyoda.6623](https://doi.org/10.35562/alyoda.6623)

<sup>1</sup> *À la fin du mois d'août 2020, le préfet du Rhône a imposé le port du masque sur le territoire des communes de Lyon et de Villeurbanne. Pour le tribunal administratif de Lyon, si le port du masque peut être rendu obligatoire au regard de la situation sanitaire, cette mesure ne saurait être généralisée et doit donc être limitée aux lieux et périodes horaires propices à la propagation de la Covid-19.*

<sup>2</sup> Il était inutile, le voici devenu obligatoire. Le 6 mars 2020, Olivier Véran, ministre des Solidarités et la Santé, assurait que « *l'usage du masque, en population générale dans la rue, n'est pas recommandé et n'est pas utile* ». Six mois plus tard, le président de la République dépeint désormais le port du masque comme « *une contrainte raisonnable que nous devons accepter pendant un temps* ». Cette volte-face, non loin de susciter la polémique, a donné lieu à une multiplication d'arrêtés imposant le port du masque. D'abord requis dans les magasins puis dans les transports en commun, le masque a progressivement étendu son règne jusqu'à l'ensemble de l'espace public. Notamment, en application de la [loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire](#), le [décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020](#) prévoit que « *dans les cas où le port du masque n'est pas prescrit par le présent décret, le préfet de département est habilité à le rendre obligatoire, sauf dans les locaux d'habitation, lorsque les circonstances locales l'exigent* ». Sans surprise, le contentieux s'attachant à cette possible prescription n'a pas tardé comme en témoigne l'ordonnance du tribunal administratif de Lyon du 4 septembre 2020.

<sup>3</sup> En l'espèce, le 31 août 2020, le préfet du Rhône a pris deux arrêtés rendant obligatoire le port du masque sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public. Cette contrainte s'imposait sur le territoire de la ville de Lyon et de Villeurbanne, pour les personnes âgées d'au moins onze ans, du 1<sup>er</sup> au 15 septembre 2020. En réaction, l'association « Les Essentialistes – Région Auvergne-Rhône-Alpes » a demandé au juge du référé-liberté du tribunal administratif de Lyon de suspendre l'exécution des arrêtés litigieux.

4

Dans une ordonnance du 4 septembre 2020, le tribunal administratif de Lyon a ordonné au préfet du Rhône de modifier les arrêtés contestés ou d'en adopter de nouveaux. Le tribunal a analysé de façon précise les données scientifiques les plus récentes. Ces éléments l'ont amené à conclure que « [si] le port du masque était susceptible d'être imposé dans les villes de Lyon et Villeurbanne par le préfet du Rhône [...] l'accélération de la circulation du virus et le fait que cette progression présente un caractère diffus ne sauraient justifier l'obligation de porter un masque dans des lieux extérieurs dans lesquels n'existe, du fait de l'absence habituelle de concentration de population, aucun risque particulier de contamination ». Par conséquent, il reconnaît l'atteinte grave et manifestement illégale portée à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle et enjoint au préfet du Rhône de limiter l'obligation du port du masque aux lieux et horaires caractérisés par une forte densité de population.

5

Prise de façon isolée, la solution du tribunal administratif de Lyon est de facture classique. Partant du principe que « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception » (L. Corneille, concl. sur CE 10 août 1917, Baldy, n° 59855, Lebon p. 638), le juge s'attache à contrôler les mesures de police en conciliant l'exigence de préservation de l'ordre public et la protection de l'exercice des libertés. Il met ainsi en pratique un principe constitutionnellement garanti (CC, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté, n° 2008-562 DC) . Plus précisément, par sa décision, le juge lyonnais participe à la protection d'une police administrative libérale. Autrement dit, une police certes garante de l'ordre sanitaire, c'est-à-dire de l'hygiène, de la salubrité et de la santé publiques ; mais reposant fondamentalement et idéalement sur un principe de liberté. Cette position n'est pas inédite, dans la mesure où le tribunal administratif de Strasbourg avait eu un raisonnement analogue (TA Strasbourg, ord., 2 sept. 2020, n° 2005349) . Toutefois, elle est d'autant plus salutaire qu'elle n'a pas été reprise par le Conseil d'État, celui-ci préférant réformer partiellement l'ordonnance lyonnaise au nom de la simplicité et de la lisibilité du dispositif (CE, ord., 6 sept. 2020, Min. des solidarités et de la santé c/Ass. « Les Essentialistes - région Auvergne-Rhône-Alpes, n° 443751, inédit) .

6

De la sorte, par un contrôle à double détente, le tribunal administratif considère que si l'obligation faite de porter un masque n'est pas en soi critiquable (1.), sa généralisation est excessive (2.). Une solution favorable aux libertés que le Conseil d'État a finalement contrecarré (3.).

## 1. - « À vos masques ! », une nécessité mesurée face à la pandémie

<sup>7</sup> L'examen du juge lyonnais porte d'abord sur l'obligation du port du masque en tant que telle.

<sup>8</sup> Si le juge ne reprend pas à l'identique la formule du Conseil d'État selon laquelle les mesures de police doivent être « *nécessaires, adaptées et proportionnées* » à leur finalité, chacun reconnaîtra l'usage des critères du triple test. Ces derniers sont utilisés par le Conseil d'État depuis la décision « *Association pour la promotion de l'image et autres* » (CE, Ass., 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 0317827, *Lebon* p. 506) et trouvent leur origine dans le contrôle de proportionnalité consacré par la décision *Benjamin* (CE 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, *Lebon* p. 541) . En contrôlant les mesures de police de cette manière, le juge s'emploie « *à vérifier leur adéquation aux finalités qui les inspirent, ainsi qu'à la gravité des faits qui ont justifié leur édicition* » (C. Roulhac, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du "triple test de proportionnalité" par le juge administratif », *RFDA* 2018, p. 343).

<sup>9</sup> Ainsi, pour le juge, porter un masque est une obligation « *nécessaire* » et « *mesurée* ». Autrement dit, il s'agit d'une décision, d'une part, essentielle voire indispensable pour empêcher les troubles identifiés et d'autre part, proportionnée face au risque sanitaire que constitue le virus SARS-CoV-2. Pour affirmer cela, le juge s'attache à déterminer des circonstances locales particulières en s'appuyant essentiellement sur des données scientifiques. D'abord, il relève que les taux d'incidence hebdomadaires de la ville de Lyon et de Villeurbanne, c'est-à-dire le nombre de tests positifs à la Covid-19 pour 100 000 habitants, ont substantiellement augmenté. Ensuite, il remarque que le département du Rhône est classé en zone d'« *alerte* » dès lors que le taux d'incidence du virus était supérieur à 50 cas pour 100 000 habitants. Enfin, il s'appuie sur deux avis du Haut conseil de la santé publique, en date du 23 juillet 2020 et du 28 août 2020, qui établissent que le port du masque est une solution « *efficace* » et « *justifiée* », notamment quand la distanciation physique n'est pas possible.

<sup>10</sup> Cette appréciation et cette méthode ne sont pas surprenantes. Comme le remarque Lucienne Erstein, « *les éléments pris en compte sont identiques à ceux retenus par l'ensemble des jugements déjà rendus* » à propos de cas similaires (L. Erstein, « Covid : l'intelligence du port du masque », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 38, 14 sept. 2020, 1021, p. 1597) (v. par ex., TA Clermont-Ferrand, ord., 24 août 2020, n° 2001450 ; TA Strasbourg, ord., 2 septembre 2020, n° 2005349 ; TA Pau, ord., 2 septembre 2020, n° 2001639) . Surtout, elles ne sont pas anodines. D'une part, le juge lyonnais légitime le port du masque par le grand public. Or, la nécessité de la mesure n'a pas toujours été la position dominante. Les atermoiements et les propos contradictoires des autorités publiques ont considérablement

brouillé le discours. De la même manière, le sentiment de défiance de la population vis-à-vis des institutions et du fonctionnement centralisé de l'État - qui s'est accentué avec la pandémie (v. à ce propos, *Cevipof, Baromètre de la confiance politique, vague 11 bis, avril 2020, 152 p*) - a conduit certains à remettre en cause l'efficacité des mesures imposant le port du masque. Aussi, l'ultra-médiatisation de la crise a favorisé la diffusion d'interprétations relativistes des faits dont certaines faisaient du masque l'effigie d'une supposée conspiration. De telle sorte que, là où les discours politique et médiatique ont en partie échoué, le discours juridictionnel prend sa part dans la reconnaissance du masque de protection comme un moyen justifié. Ainsi, il participe à l'acceptabilité du masque pour ce qu'il est : un instrument de santé publique.

<sup>11</sup> D'autre part, cette légitimation se fait à l'appui de données scientifiques. Ce procédé n'a pas de quoi surprendre, dans la mesure où il permet de vérifier la matérialité des faits qui justifie la mesure de police. Néanmoins, il est aussi révélateur de la place prise par la science dans cette crise et même du rôle attribué à la science dans le droit. Étant considérée comme un savoir neutre et décrivant le monde tel qu'il est à l'appui d'éléments jugés irréfutables, la science appert comme une source indirecte du droit. La crise a montré qu'elle pouvait être une source *créatrice* du droit puisque le président de la République soulignait qu'« un principe nous guide pour définir nos actions [...<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais>] »>E. Macron, Adresse aux Français, Paris (Élysée), 12 mars 2020) . Le contentieux de cette crise montre qu'elle peut aussi être une source *dans l'application* du droit. Plus exactement, par le truchement de la science, le droit est objectivé et rationalisé et *in fine* légitimé pour favoriser sa réception.

<sup>12</sup> Pour autant, bien que l'instauration du port du masque soit légitime, sa généralisation sur le territoire des villes de Lyon et Villeurbanne n'est pas légale pour le juge lyonnais.

## 2. - « Bas les masques ! », une généralisation attentatoire aux libertés

<sup>13</sup> Le tribunal administratif de Lyon s'est ensuite penché sur le champ d'application de l'obligation de porter le masque.

<sup>14</sup> Derechef, le juge administratif examine la régularité de la mesure de police à l'aune d'une méthode de contrôle habituel. En effet, en matière de mesures de police, le contrôle juridictionnel ne se borne pas seulement à établir l'exactitude matérielle des faits et à considérer la qualification juridique de ceux-ci. Le juge vérifie aussi que la gravité de la mesure correspond bien à la gravité de la

menace. En somme, il examine l'adéquation des décisions prises aux circonstances et apprécie leur application limitée dans le temps (CE, Sect., 25 janv. 1980, n° 14260 à 14265, Lebon p. 44) et dans l'espace (CE, 14 août 2012, Cne du Rove, n° 361700 au Lebon). En l'espèce, le juge lyonnais relève que le champ d'application de l'interdiction de se déplacer sans porter un masque est excessivement étendu dans sa durée et dans son amplitude géographique. En effet, la mesure n'est pas suffisamment limitée dans le temps. Quoique s'imposant du 1<sup>er</sup> au 15 septembre 2020, l'arrêté préfectoral s'applique à toutes les heures du jour et de la nuit sans tenir compte de plages horaires caractérisées par une forte affluence. Pareillement, la mesure n'est pas suffisamment limitée dans l'espace puisque l'obligation s'applique sur tout le territoire des communes de Lyon et Villeurbanne sans que l'autorité de police ne distingue les zones à fort et faible taux de contamination.

15

Donc, selon le juge lyonnais, le préfet du Rhône a fait le choix d'une décision exagérément dommageable à l'exercice des libertés, injustifiée par les circonstances locales. De telle sorte que le juge a confirmé son attachement à des libertés importantes - la liberté d'aller et venir et la liberté personnelle - qui bénéficient d'une protection juridique conséquente. En effet, ces deux libertés se sont vu reconnaître le statut de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CC, 12 juill. 1979, Ponts à péage, n° 79-107 DC ; Cons. const. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC) et sont toutes deux considérées comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 CJA par le Conseil d'État (CE, ord., 9 janv. 2001, Desperthes, n° 228928, Lebon p. 1 ; CE, ord., 2 avr. 2001, Min. de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, n° 231965, Lebon p. 167). Cette protection des libertés est la bienvenue dans un contexte où d'aucuns semblent s'habituer à la réduction de celles-ci pour cause de circonstances extraordinaires. Car, si le risque sanitaire zéro est illusoire, le risque d'une étiologie des libertés peut être une réalité. Conséquemment, il convient de veiller attentivement à ce que les libertés continuent d'être appréhendées comme des droits naturels et non comme des concessions du pouvoir.

16

De surcroît, le juge lyonnais ne saurait être vu comme sacrifiant arbitrairement la sécurité sanitaire sur l'autel de certains principes. *Primo*, il faut bien comprendre qu'il adapte son contrôle au contexte juridique. Lorsque les arrêtés préfectoraux contestés ont été pris, l'état d'urgence sanitaire n'était plus déclaré depuis le 10 juillet 2020. Et même si la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 instaure un régime transitoire permettant aux autorités de police de prendre plusieurs décisions pour endiguer la pandémie de Covid-19, la fin de l'état d'urgence marque un retour à l'application « normale » du droit administratif général et donc à un contrôle des mesures de police « avec le plus grand degré de précision » (P. Frydman, « Le

juge administratif et la police : anniversaire de trois “grands arrêts” : Couitéas, Benjamin et Maspero », *RFDA* 2013, p. 1003) . Car si la technique d'examen ne diffère pas selon que l'état d'urgence sanitaire soit déclaré ou pas, le risque est de voir se multiplier « *les glissements progressifs de l'extase sécuritaire* » pour reprendre les mots de François Sureau (F. Sureau, *Sans la liberté*, Gallimard, (Tracts), n° 8, 2019, p. 8). *Secundo*, la position du tribunal n'est pas radicale dans la mesure où il ne conteste pas l'intégralité des arrêtés litigieux. Il enjoint seulement au préfet de réserver l'obligation du port du masque pour les zones à forte densité de population et sur des horaires durant lesquels il y a un risque particulier. Autrement dit, une mesure qui eut été moins rigoureuse et limitée dans le temps et dans l'espace aurait pu trouver grâce aux yeux du juge. Finalement, le tribunal fait preuve de nuance, de subtilité et d'un certain pragmatisme pour parvenir au difficile équilibre entre liberté et ordre sanitaire. Surtout, il rappelle en filigrane que la première des sécurités est la liberté. Et non l'inverse.

<sup>17</sup> Cela étant, appréhender intégralement la décision du tribunal administratif de Lyon implique de prendre en considération sa réformation partielle par les juges du Palais Royal.

### 3. - « Appel masqué », une prime à la lisibilité pour le Conseil d'État

<sup>18</sup> À la suite du prononcé de l'ordonnance lyonnaise, le ministre des Solidarités et de la Santé a formé un appel devant le Conseil d'État pour demander son annulation. Par une ordonnance du 6 septembre 2020 (*CE, ord., 6 sept. 2020, Min. des solidarités et de la santé c/Ass. « Les Essentialistes - région Auvergne-Rhône-Alpes », n° 443751, inédit*), le Conseil d'État a, comme le tribunal lyonnais, enjoint au préfet de revoir l'arrêté litigieux imposant le port du masque, notamment pour exclure de l'obligation les personnes pratiquant des activités physiques et sportives. Cependant, il a réformé partiellement l'ordonnance de premier ressort s'agissant de la méthode de contrôle du champ d'application de la mesure de police. Selon lui, « *le caractère proportionnée d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération* » (§ 10). Dès lors, l'autorité préfectorale était « *en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour englober de façon cohérente les points de territoires caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance*

*physique* » (§ 10) . À noter qu'une autre ordonnance, rendue le même jour, à propos d'un arrêté similaire adopté par la préfète du Bas-Rhin, reprend la même argumentation (CE, ord., 6 sept. 2020, *Min. des solidarités et de la santé c/ M. D et autre*, n° 443750, inédit) .

19

Cette motivation a d'abord de quoi surprendre du point de vue de la technique juridique. En effet, le Conseil d'État semble évoluer dans son appréciation des décisions de police. Pour le Conseil, le préfet du Rhône n'avait pas à limiter précisément le champ d'application de la mesure litigieuse puisque le choix d'imposer le port du masque sur l'ensemble du territoire de Lyon et Villeurbanne avait l'avantage de la « simplicité » et de la « lisibilité » qui sont des éléments à prendre en compte pour juger de sa légalité. Ainsi, alors qu'il était communément admis que les actes de police doivent être nécessaires, adaptés et proportionnés au but poursuivi, le Conseil d'État exige désormais qu'ils soient aussi simples et lisibles. D'une part, très concrètement, il y a quelque chose de paradoxal à voir dans la lisibilité et la simplicité, un dispositif justifiant que les promeneurs de l'aube dans une allée déserte et les foules compactes des centres-villes aient les mêmes obligations. D'autre part, il y a lieu de s'interroger sur la portée réelle de cette ordonnance d'appel.

20

Au-delà du cas particulier lyonnais, le Conseil d'État semble profiter du contentieux lié à la Covid-19 pour remodeler subrepticement les conditions de légalité d'une décision de police. D'ailleurs, à peine l'ordonnance était-elle publiée que la doctrine s'interrogeait dans ce sens (M-C. de Montecler, « Simplicité et lisibilité, nouveaux critères de légalité d'une mesure de police ? », *AJDA* 2020, p. 1638). L'entérinement de cette nouvelle technique de contrôle marquerait une mutation notable (sans doute plus progressive qu'il n'y paraît) du régime juridique classique de la police administrative. Même, pour paraphraser Benoît Plessix, si cette jurisprudence était confirmée, « *le risque épidémique [aurait] renforc[é], pour le plus grand malheur des démocraties, le piège des régimes d'exception.* » (B. Plessix, « Les pièges de la société du risque », *Droit Administratif* n° 010, Octobre 2020, repère 9).

21

Qui plus est, cette dialectique traduit un glissement préoccupant. Selon Jean-Pascal Chazal, depuis le début de cette pandémie, « *loin de se comporter comme les gardiens des libertés individuelles dans un État de droit, les juges ont, du moins pour l'instant, largement cautionné les atteintes qui leur sont portées* » (J-P. Chazal, « L'État de droit : la fin d'une illusion ? », *Rec. Dalloz* 2020, p. 2281). La réforme partielle de l'ordonnance lyonnaise en témoigne : le Conseil d'État considère qu'une mesure liberticide est légale notamment en raison de sa lisibilité et de sa simplicité. Certainement, il est louable que le juge administratif veille à l'intelligibilité du droit. Nonobstant, cela ne saurait se faire aux dépens des libertés. Car la préservation des libertés n'est pas qu'un but parmi d'autres que le juge aspire à

poursuivre. Dans une démocratie libérale, elle est le fondement même de l'action du juge. L'ancien vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, reconnaissait lui-même que « *notre tradition républicaine et notre Constitution consacrent le rôle du juge administratif dans la défense des libertés* » (J.-M. Sauvé, Intervention lors du colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Université d'Auvergne, 16 juin 2016) . De la même manière, l'usage des vocables « simplicité » et « lisibilité » semble refléter la conversion des pouvoirs publics à une forme de « management paternaliste ». Une mesure de police se doit d'être claire, cohérente et facilement compréhensible pour *in fine* être efficace. Autrement dit, l'autorité doit être traduite en un langage bienveillant. N'est-ce pas là discuter, consciemment ou inconsciemment, le discernement de chacun et l'intelligence collective ? À croire que le citoyen libre serait un être irresponsable, indisposé à la réflexion et présumé incapable de faire montre de sagacité dans ses choix.

22

Depuis l'ordonnance du 6 septembre 2020, les tribunaux administratifs semblent enclins à reprendre la grille de lecture fixé par le Conseil d'État (v. par ex., TA Cergy-Pontoise, ord., 9 septembre 2020, n° 2008670, n° 2008672, n° 2008760) . La décision lyonnaise devrait rester un cas particulier et ne fera aucun cas contact. Faut-il s'en réjouir ? Ou faut-il plutôt s'en inquiéter ? La réponse se trouve peut-être dans les mots de Chateaubriand d'après lequel « sans la liberté il n'y a rien dans le monde » (Mémoires d'outre-tombe, Garnier, 1910, t. 4, p. 89).