



HAL
open science

Aller à l'essentiel

Sébastien Brameret, Stéphanie Douteaud

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret, Stéphanie Douteaud. Aller à l'essentiel. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2021, 14, pp.1-2 / acte 213. <hal-03189096>

HAL Id: hal-03189096

<https://hal.science/hal-03189096v1>

Submitted on 6 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Actualités

Libres propos

213 Aller à l'essentiel

POINTS CLÉS > En cette drôle d'époque, la sempiternelle question de ce qui est, ou n'est pas, essentiel a dépassé le plaisir qu'un innocent débat (pseudo) philosophique procure > L'ordre des priorités est de rigueur pour contenir cette crise sanitaire (et désormais économique) sans précédent. Pour ce faire, la législation d'exception tente de distinguer, depuis plus d'un an maintenant (et avec un certain insuccès), les choses communément qualifiées d'essentielles de celles qui ne le sont pas (et dont nous pourrions nous passer) > Cette quête se trouve parfois contrariée par des choses qui paraissent pourtant, à première vue, accessoires (pour ne pas dire futiles...) > Aller à l'essentiel suppose de surmonter les antipathies du Droit de l'état d'urgence



Sébastien BRAMERET,
maître de conférences,
université Grenoble Alpes, CRJ 1965



Stéphanie DOUTEAUD,
maître de conférences,
université Littoral Côte d'Opale, LARJ EA 3603

Au-delà de la question – classique et élémentaire – de l'équilibre à respecter dans la conciliation de la liberté d'entreprendre avec les autres libertés individuelles (au premier rang desquelles la liberté d'aller et venir), une problématique inédite se profile depuis la mise en place du premier état d'urgence sanitaire en mars 2020. D'une part, la protection de la santé et des services hospitaliers exige de limiter les déplacements. La stratégie déployée par les pouvoirs publics consiste, selon le niveau d'alerte, à contraindre plus ou moins fortement les individus à se claquemurer, ou à leur donner le moins de raisons possibles de s'absenter de leur domicile. Mais, d'autre part, la lutte contre le virus cède lorsqu'il est question de satisfaire les besoins dits *essentiels* de l'Homme. Alors que l'on vient de souffler la première bougie du confinement (dans le respect des consignes précisées sur le site du gouvernement sous la bannière « Dedans avec les miens »), la conciliation de ces deux contradictions semble toujours échapper, pour une large part, aux efforts répétés de compréhension.

« La chose essentielle se pare des attributs propres à en assurer la continuité »

Voilà douze mois que, sans jamais dire le mot, les autorités publiques cherchent le point d'équilibre d'un État de droit libéral en état d'urgence sanitaire. Ainsi qualifiée, la chose *essentielle* se pare

des attributs propres à en assurer la continuité. Essentielle, son accessibilité est une exigence. C'est en cela que réside son unique élément constitutif. Les sources du droit de l'état d'urgence dévoilent un véritable capharnaüm conceptuel, le décret n° 2020-1310 du 29 octobre voyant ici un « achat » (art. 4), là des « biens et services » (art. 25), ailleurs des « activités » (art. 28 et art. 37) qu'il présente comme « indispensables » (art. 28) ou « de première nécessité » (art. 4 II 2°) (v. S. Douteaud, *D'autres nourritures terrestres. Recherche sur les choses essentielles au temps de la pandémie*, RLC, 2021, n° 103, 3985).

« Les sources du droit de l'état d'urgence dévoilent un véritable capharnaüm conceptuel »

C'est bien l'application de ce texte, et l'identification de l'étendue de ces activités dites essentielles, qui pose des difficultés depuis le début de la pandémie. Si les tentatives de certains élus locaux d'autoriser la réouverture des « commerces non-alimentaires non-essentiels » ont fait long feu (S. Brameret, *Arrêtés anti-fermeture : une rébellion municipale très politique*, PUG, coll. *Le virus de la recherche*, 2021 : www.brameret.eu), la détermination de ce qu'est, par essence, une activité essentielle, reste pendante... Car l'article 37 du décret encadrant l'état d'urgence sanitaire n'apporte aucune réponse explicite, se contentant d'indiquer que « les magasins de vente

relevant de la catégorie M (...) ne peuvent accueillir du public que pour (la) livraison et (le) retrait de commandes » ou s'ils relèvent d'une liste d'activités limitativement énumérées par le texte. Le juge n'est pas en reste, ajoutant aux incertitudes préexistantes, lorsqu'il énonce que si les livres ne sont pas des « biens essentiels », ils revêtent un « caractère essentiel » (CE, ord. 13 nov. 2020, n° 445883, Sté Le Poirier-au-Loup ; JCPA 2020, act. 658).

Le « confinement, Acte III », tel qu'il a souvent été présenté par la presse, ne déroge pas à ce qui semble devenu un principe de fonctionnement, tout en réussissant la prouesse d'ajouter un degré supplémentaire à la confusion ambiante. Si le décret n° 2021-296 du 19 mars 2021 encourage un « confinement dehors » (selon les propos de S. Guérini sur France inter le 20 mars), son article 1^{er} complète la liste des activités autorisées à se poursuivre, dans un sens plutôt libéral et permet aux nouveaux confinés de se procurer des choses dont le caractère essentiel apparaît très accessoire (des choses *accessoirement essentielles*, pour filer l'aporie). Certaines actualisations répondent visiblement au souci de suivre les rendez-vous jalonnant le calendrier. Le décret du 19 mars 2021 autorise l'ouverture des « commerces de plantes, fleurs, graines, engrais, semences, plants d'espèces fruitières ou légumières, animaux de compagnie et aliments pour ces animaux en magasin spécialisé » (D. n° 2021-296). L'autorité réglementaire en profite pour ajouter à la désormais très longue liste des commerces autorisés ceux « de détail de cacao, chocolats et produits de confiserie ». Le souci d'un retour à une apparence de normalité peut être salué, mais l'intelligibilité du droit n'en est pas améliorée. Les chocolateries relèvent clairement de la catégorie des « autres commerces de détail alimentaires en magasin spécialisé », dont la fermeture n'a jamais été envisagée. Une nécessité, à deux semaines de Pâques, une coquetterie sans doute, dès lors que ces friandises n'en demeurent pas moins des denrées alimentaires et bénéficient *ipso facto* de la dérogation générale accordée à ce titre. La volonté du Gouvernement rappelle celle qui, à la mi-novembre, avait pris soin d'admettre la vente d'arbre de Noël (D. n° 2020-1409, 18 nov. 2020). Pas plus que Noël, le confinement n'arrête le printemps...

« La législation d'exception est ainsi brouillée par le rythme des modifications affectant la liste des biens et des activités essentiel(le)s »

Ce flou sémantique s'accroît sous l'effet des nombreuses modifications du décret en vigueur depuis le 2^e confinement. L'article 37, pour s'en tenir à lui seul, a connu onze versions en l'espace de six mois. La législation d'exception est ainsi brouillée par le rythme des

modifications affectant la liste des biens et des activités essentiel(le)s. Il n'est pas forcément utile de revenir longuement sur la tragédie littéraire qu'ont connue les librairies, d'abord fermées alors que les grandes surfaces pouvaient conserver leurs rayons culture accessibles (avant que ceux-ci soient également fermés, par souci de nivellement par le bas – D. n° 2020-1331, 2 nov. 2020), pour ensuite être ouvertes parce que (re)devenues essentielles (D. n° 2021-217, 25 févr. 2021)...

Le trouble à l'ordre juridique gagne en épaisseur lorsque le Premier ministre, dans son discours du 18 mars, renoue avec l'épisode (fugace) du mois de novembre en décidant d'ajouter aux « produits de première nécessité » « les livres et la musique » et en appliquant les restrictions de vente « aux mêmes produits » où qu'ils soient distribués. La formule a l'avantage de la clarté mais elle contrarie la tendance jurisprudentielle actuelle. En l'état du droit, la catégorie des denrées « de première nécessité » est exsangue, le juge étant indifférent aux familles de marchandises commercialisées dans les établissements ouverts au public (L. Domingo, *Concl. sur CE, ord. 22 déc. 2020, n° 439800*).

« La pandémie oppose moins, dans la législation d'état d'urgence, l'ordre public et le droit de se procurer des moyens de subsistance, que l'ordre public et la liberté d'entreprendre et, plus largement, le droit de la concurrence »

Il y a une sorte de paradoxe à regarder des biens ou des activités comme essentiel(le)s à la vie tout en les flanquant d'une indissociable dimension conjoncturelle. Le discours normatif s'est certainement trompé d'approche. À ce propos, la pandémie oppose moins, dans la législation d'état d'urgence, l'ordre public et le droit de se procurer des moyens de subsistance, que l'ordre public et la liberté d'entreprendre et, plus largement, le droit de la concurrence (v. S. Brameret (dir.), *Covid-19 et concurrence, RLC, 2021, n° 103, 62 p.*). À n'en pas douter, les contours de la catégorie des « choses essentielles » (nous n'osons utiliser l'idée de notion, tant celle-ci demeure floue) auront évolué entre l'instant où nous écrivons ces quelques lignes et leur publication (ou leur lecture !). Il semble devoir en être dans ce domaine comme en tant d'autres en période de pandémie : nos certitudes passées sont dépassées. Mais n'est-ce pas là l'essence même de la crise que nous traversons ?