

Décision du Conseil d'Etat n° 456936 du 12 octobre 2021

Section du Contentieux

Juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 22 et 30 septembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme B A, première requérante dénommée, demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) à titre principal, de suspendre l'exécution de l'acte de promulgation de la loi du pays n° 2021-37 du 23 août 2021 ;

2°) à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution de la loi du pays n° 2021-37 du 23 août 2021.

Elle soutient que :

- les requérants justifient d'un intérêt à agir dès lors qu'ils sont soumis à la loi du pays attaquée ;
- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, d'une part, l'application de la loi du pays contestée est de nature à porter une atteinte irréversible à l'intégrité physique des personnes soumises à l'obligation vaccinale ainsi qu'à leur liberté d'exercer une activité professionnelle et, d'autre part, imposer la vaccination à des personnes persuadées d'encourir un risque du fait de celle-ci est source d'importantes difficultés psychologiques ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité des décisions contestées ;
- l'acte de promulgation de la loi du pays du 23 août 2021 méconnaît la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 dès lors qu'il intervient trois jours après son adoption et non un mois après sans que cela ne soit justifié par des circonstances exceptionnelles et imprévisibles et une urgence caractérisée ;
- la loi du pays attaquée méconnaît la loi organique du 27 février 2004 dès lors que, en premier lieu, son adoption n'a pas été précédée d'une consultation du Conseil économique, social, environnemental et culturel, en deuxième lieu, le rapport n° 117-2021 n'a pas pu être porté à la connaissance des membres de l'assemblée de la Polynésie française dans le délai de douze jours prévu et, en dernier lieu, ses dispositions relèvent de la compétence de l'Etat et non des autorités de la Polynésie française ;
- la loi du pays attaquée méconnaît des normes juridiques internationales et européennes dès lors qu'elle ne permet pas de formuler un consentement libre et éclairé eu égard aux données disponibles sur la vaccination ;
- les dispositions de la loi du pays du 23 août 2021 sont insuffisamment précises dès lors qu'elles définissent de manière trop vague les conditions pour entrer dans le périmètre de l'obligation vaccinale ;
- elle méconnaissent le droit à la vie privée en ce qu'elles n'imposent pas que le certificat médical ne contienne pas de précision sur l'état de santé de la personne présentant une contre-indication à la vaccination.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1er octobre 2021, le Président de la Polynésie française conclut, d'une part, au rejet de la requête et, d'autre part, à ce que soit mise à la charge des requérants la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il soutient que la

condition d'urgence n'est pas satisfaite, et que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par un mémoire en observation, enregistré le 1er octobre 2021, le ministre des Outre-mer soutient, d'une part, que la Polynésie française est compétente en matière de vaccination obligatoire et, d'autre part, que la compétence de l'Etat en matière de fonction publique civile et militaire de l'Etat ne saurait empêcher la Polynésie française d'exercer pleinement sa compétence en matière sanitaire.

Par un mémoire en observation, enregistré le 4 octobre 2021, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient les écritures en défense produites par le Président de la Polynésie française et les observations produites par le ministre des outre-mer.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ;
- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme A, première requérante dénommée, et d'autre part, le président de la Polynésie française, le ministre des Outre-mer et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 4 octobre 2021, à 15 heures 30 :

- Me Poulet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mme A et autres ;
- Me Doumic-Seiller, avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocate du président de la Polynésie française ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a reporté la clôture de l'instruction au 5 octobre 2021 à 19 heures.

Considérant ce qui suit :

1. 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 ".

Sur la recevabilité d'une demande de référé suspension à l'encontre d'un acte de promulgation et d'une loi du pays :

2. Par une délibération du 20 août 2021, l'assemblée de Polynésie a adopté une loi du pays relative à la vaccination obligatoire de certaines catégories de personnes dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée à la Covid-19. Le président de la Polynésie française a promulgué cette loi du pays le 23 août 2021. Mme A et quatre-vingts autres requérants demandent, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'acte de promulgation de cette loi du pays, ou, à défaut, de la loi du pays elle-même, les requérants ayant introduit à l'encontre de ces deux actes un recours en annulation.

3. En vertu de l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004, les lois du pays peuvent, après leur adoption, être contestées devant le Conseil d'Etat, dans le délai fixé par cet article, par le haut-commissaire, le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de Polynésie ou six de ses membres. Parallèlement, la loi est publiée pour information au journal officiel de la Polynésie française, afin que dans un délai d'un mois à compter de cette publication, toute personne y ayant intérêt puisse introduire devant le Conseil d'Etat un recours à l'encontre de cette loi. A défaut de recours, en vertu de l'article 178 de la même loi, le président de la Polynésie française dispose d'un délai de 10 jours pour promulguer la loi. Le Conseil d'Etat dispose d'un délai de trois mois pour statuer sur un recours, au terme duquel, en vertu de l'article 177 de la loi organique, il est loisible au président de la Polynésie française de promulguer la loi du pays. Toutefois, le Conseil d'Etat reste saisi du recours. Au terme du délai de recours, aucune action directe à l'encontre de la loi du pays n'est recevable. Ses dispositions peuvent cependant être alors contestées par voie d'exception devant toute juridiction, qui doit dans ce cas transmettre le moyen soulevé au Conseil d'Etat, en vertu de l'article 179.

4. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions organisant le recours contre les lois du pays, que l'article 140 de la loi qualifie de spécifique, qu'en dehors des prévisions des articles précités, aucun recours contre une loi du pays n'est recevable. Cette irrecevabilité s'étend par voie de conséquence à la saisine du juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. En tout état de cause, l'introduction d'une demande d'annulation, à laquelle la recevabilité de la demande de suspension est subordonnée, n'étant elle-même possible que dans les cas prévus par la loi organique, c'est à dire à un moment où, non encore promulguée, la loi du pays ne peut de ce fait être susceptible de créer une situation d'urgence au sens des articles L. 521-1 du code de justice administrative, faute d'être entrée en vigueur.

5. En ce qui concerne l'acte de promulgation, il peut être contesté devant le Conseil d'Etat, au motif qu'il méconnaît les exigences qui découlent de l'article 177 de la loi organique ou qu'il est entaché d'un vice propre, même si son irrégularité est sans incidence sur la légalité des dispositions de la " loi du pays " ainsi promulguée. Il en résulte qu'un recours en suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative est recevable à son encontre, dans la limite inhérente aux recours à son encontre.

6. Toutefois, il en va différemment quand l'acte dit " loi du pays " a été prématurément promulgué, que cette promulgation intervienne avant l'expiration du délai d'un mois prévu au premier alinéa de l'article 178 de la loi organique ou, si le Conseil d'Etat a été saisi, avant l'expiration du délai de trois mois prévu au I de l'article 177.

7. En cas de promulgation prématurée, si le Conseil d'Etat est saisi d'un recours dirigé seulement contre l'acte de promulgation, lequel, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, peut être contesté au motif qu'il méconnaît les exigences qui découlent de l'article 177 de la loi organique ou qu'il est entaché d'un vice propre, et si le Conseil d'Etat prononce l'annulation de cet acte, la " loi du pays " cesse d'être exécutoire et la publication qui a été faite de la " loi du pays " promulguée vaut publication pour information, ouvrant le délai de recours par voie d'action prévu par les dispositions citées au point 2 de l'article 176 de la loi

organique.

8. Si, en cas de promulgation prématurée, le Conseil d'Etat est simultanément saisi de conclusions dirigées contre l'acte de promulgation et contre la " loi du pays " promulguée et s'il annule l'acte de promulgation, le recours dirigé contre la " loi du pays " est alors regardé comme un recours tendant à déclarer non conforme au bloc de légalité défini au III de l'article 176 de la loi organique la délibération adoptée par l'assemblée de la Polynésie française. S'il rejette les conclusions dirigées contre l'acte de promulgation, le recours dirigé contre la " loi du pays " présente le caractère d'un recours en annulation.

9. Dans ces hypothèses, l'introduction devant le juge des référés d'une demande de suspension demeure recevable dans les limites ci-dessus rappelées à l'encontre d'un acte de promulgation, et l'est également à l'encontre d'une loi du pays ainsi promulguée si les conditions posées par l'article L. 521-1 sont réunies.

10. Le recours de Mme A et autres relève de ce dernier cas, la loi du pays critiquée ayant été promulguée par l'acte de promulgation attaqué trois jours seulement après l'adoption de la première, soit de manière anticipée au regard du délai fixé par l'article 178 de la loi organique.

Sur les conclusions dirigées contre l'acte de promulgation :

11. Sans contester l'existence de circonstances exceptionnelles ayant conduit à une promulgation anticipée de la loi, les requérants estiment qu'elles ne pouvaient être regardées comme imprévisibles, ce qui interdirait de les invoquer. Toutefois, la seule circonstance que des circonstances exceptionnelles aient pu être anticipées ou auraient pu faire l'objet de mesures destinées à les prévenir n'est pas de nature à empêcher que l'autorité administrative puisse légalement s'en prévaloir pour fonder les décisions par lesquelles elle entend y remédier. En l'espèce, la brutale aggravation de la situation sanitaire due à la soudaine croissance des contaminations par les différentes formes du virus de la Covid-19, ayant d'ailleurs conduit à la prolongation de l'état d'urgence sanitaire en Polynésie, la saturation des capacités hospitalières dans un contexte géographique rendant difficile l'acheminement des malades, et l'insuffisance des vaccinations volontaires, contribuant à expliquer l'ampleur de la reprise épidémique, constituaient, à la date de la promulgation, des circonstances exceptionnelles pouvant légalement fonder une promulgation anticipée. Sans qu'il soit besoin d'examiner l'urgence qui s'attacherait à la suspension demandée, elle ne peut donc en tout état de cause qu'être rejetée faute de tout doute sérieux quant à la légalité de la décision de promulgation contestée.

Sur les conclusions dirigées contre la loi du pays :

En ce qui concerne la régularité de la procédure d'adoption :

12. En premier lieu, les requérants estiment que la loi a été adoptée selon une procédure irrégulière faute que le conseil économique social, environnemental et culturel de Polynésie ait été consulté. En vertu de l'article 151 de la loi organique, ce conseil doit être consulté sur tout projet de loi du pays à caractère " économique ou social ". Un projet de loi instaurant pour certaines professions une obligation vaccinale, dans le cadre de la politique de santé publique conduite par la Polynésie, n'est pas un projet à caractère économique et social. Il s'ensuit que le défaut de consultation du conseil ne peut être regardé comme jetant un doute sérieux sur la procédure d'adoption de la loi.

13. En deuxième lieu, la requête critique la méconnaissance des dispositions de l'article 130 de la loi organique qui fixe le délai de douze jours dans lequel le rapport sur le projet de loi du pays aurait dû être communiqué à l'assemblée. Toutefois, les circonstances exceptionnelles mentionnées ci-dessus permettent en l'espèce de considérer que le non-respect de ce délai est resté sans incidence sur la légalité de la loi critiquée.

En ce qui concerne la méconnaissance des normes mentionnées à l'article 177 de la loi organique :

14. Il est soutenu d'abord que la loi du pays méconnaîtrait la répartition des compétences entre l'Etat et le territoire dès lors que l'Etat demeure, en vertu de l'article 14 de la loi organique, seul compétent en matière de " garanties des libertés publiques ". Toutefois, le territoire est compétent en matière de santé, domaine dont relève un texte instituant une obligation vaccinale, sans que la circonstance qu'il puisse, le cas échéant, avoir des conséquences quant aux modalités d'exercice de certaines libertés publiques puisse le faire regarder comme relevant de cette matière, qui ne comprend que les textes dont l'objet principal est d'en définir le régime et ses garanties.

15. En deuxième lieu, la loi serait affectée de diverses incompétences négatives, moyen que le gouvernement de Polynésie estime inopérant à l'encontre d'une loi du pays. Bien qu'ayant la nature d'un acte réglementaire, à l'encontre duquel la critique tirée d'une incompétence négative de leur auteur est en principe inopérante, l'intervention de la loi du pays dans le domaine législatif, permise par la loi organique, impose à l'autorité qui l'adopte d'énoncer l'ensemble des règles et principes à défaut desquels les garanties qui relèvent du domaine de la loi ne seraient pas suffisamment précisées. En l'espèce, il est soutenu que la loi du pays serait illégale pour n'avoir pas suffisamment énoncé la nature des affections dont les porteurs sont soumis à obligation vaccinale, ou les professions soumises à cette obligation. Il ressort cependant des articles LP2 à LP4 que l'assemblée a déterminé avec suffisamment de précision, au regard des objectifs à atteindre, les principes déterminant le choix par les auteurs des arrêtés à intervenir des limites de l'obligation vaccinale.

16. La requête invoque également la violation de plusieurs textes européens ou internationaux relatifs notamment au consentement de participants à une expérimentation médicale. Toutefois la seule circonstance que les vaccins utilisés contre la Covid-19 aient fait l'objet d'une autorisation conditionnelle par l'agence européenne du médicament, conformément aux règles régissant la mise sur le marché de tout médicament, n'a pas pour conséquence de transformer la vaccination en expérimentation médicale ou en essai clinique, qui sont régis par d'autres textes et se déroulent à d'autres fins. Par suite, l'ensemble des moyens articulés sur ce fondement sont inopérants.

17. Contrairement à ce qui est encore soutenu, le caractère obligatoire de la vaccination pour certaines catégories apprécie de manière équilibrée le bénéfice tiré de la vaccination en matière de protection de la santé de catégorie essentielles à divers services publics dont ceux de santé, et de limitation de la contagion, au regard des cas rares, isolés ou non établis allégués par la requête, d'effets secondaires. Les allégations de méconnaissance de diverses libertés ou droits fondamentaux résultant de l'obligation vaccinale ne sont assorties d'aucune précision qui permettraient d'en apprécier la portée. Et la seule circonstance que certaines catégories de population, telle que celle des élus, auraient, selon les

requérants, dû également être soumises à cette obligation, n'est pas de nature à entraîner une rupture fautive de l'égalité devant la loi.

18. Enfin, en prescrivant qu'à défaut de vaccination puisse être produit par la personne soumise à une obligation vaccinale un certificat médical de contre-indication, la loi du pays n'a aucunement porté atteinte au secret médical dès lors qu'elle n'impose pas la mention du motif de contre-indication.

19. Faute qu'aucun des moyens dirigés contre la loi du pays soit susceptible de faire naître un doute sérieux sur sa légalité, la requête de Mme A et autres ne peut qu'être rejetée, sans qu'il soit besoin de statuer sur l'urgence, et y compris en tant qu'elle tendait à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la Polynésie française, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dont les dispositions y font obstacle faute que la Polynésie soit la partie perdante.

20. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge des requérants la somme de 5 000 euros que demande la Polynésie Française.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de Mme A et des autres requérants est rejetée.

Article 2 : La demande du président de la Polynésie française ainsi que ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme B A, première requérante dénommée, et au président de la Polynésie française.

Copie en sera adressée au ministre des Outre-mer et au ministre des solidarités et de la santé. 4569364