

N° 456004 Mme L C...
N° 456447 M. TH...
N° 456714 Syndicat des agents publics de Polynésie
N° 456879 TU...
N° 456886 M. SE...
N° 456888 Mme V...
N° 456930 Syndicat Rassemblement des travailleurs
N° 456935 Mme TU...
N° 456955 UNSAF UNSA/PF
N° 456978 M. TA...
N° 457001 FNEC

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 29 novembre 2021
Lecture du 10 décembre 2021

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, rapporteur public

Mary Mallon est passée à la postérité comme la première personne identifiée aux Etats-Unis comme un porteur sain du virus de la typhoïde. Travaillant comme cuisinière, elle change fréquemment d'employeurs car la fièvre typhoïde ne manque jamais de se déclarer quand elle arrive dans une nouvelle maison. Mary Typhoïde, du surnom que lui a donné la presse américaine, est à l'origine d'une cinquantaine de contaminations et de trois décès. Elle refusera toujours d'admettre sa responsabilité et de changer de métier.

C'est à la même époque, en 1902, que le législateur français impose la première vaccination obligatoire, contre la variole. De nombreuses autres suivront. Les progrès de la vaccination modifient la lutte contre les maladies épidémiques : il ne s'agit plus d'empêcher par des mesures rigoureuses, notamment de quarantaine, la propagation d'une épidémie menaçante mais de conférer une immunité préalable à des sujets médicalement indemnes afin de les préserver d'une contamination éventuelle¹.

Les vaccinations obligatoires ont une longue histoire mais celle dont vous avez à connaître aujourd'hui est originale à au moins trois titres.

¹ F. Moderne, Le régime juridique des vaccinations obligatoires, AJDA 1965, p. 195

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

D'abord, elle porte sur un virus, le covid-19, dont l'existence est connue depuis moins de deux ans, et contre lequel des vaccins ont été mis au point dans un délai rapide et selon des procédés parfois innovants. Il en est résulté d'intenses controverses sur l'existence d'alternatives thérapeutiques et sur l'efficacité et l'inocuité des vaccins. Les onze requêtes dont vous êtes saisis s'en font largement l'écho. Vous n'êtes pas des scientifiques - les requérants non plus d'ailleurs. Si vous connaissez fréquemment de contestations dirigées contre la réglementation sanitaire, vous faites preuve de retenue sur ses aspects les plus techniques en vous en remettant à l'état des connaissances tel qu'il est établi par les grandes institutions scientifiques, ce qui ne veut pas dire que vous occultiez les incertitudes ou les signaux d'alerte dont les pouvoirs publics doivent tenir compte.

Ensuite, l'obligation vaccinale contestée est issue d'une « loi du pays » polynésienne. La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire qui a institué une obligation vaccinale pour les professionnels des secteurs sanitaire et médico-social n'a pas été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, au motif de la compétence qui est la leur en matière de santé publique. Les choix qui ont été faits par les autorités locales sont sensiblement différents de ceux du législateur, que ce soit sur l'étendue de l'obligation, sur sa sanction ou sur les mesures d'accompagnement prévues. Mais le respect des principes supérieurs ne commandait pas nécessairement une solution unique et vous devrez en tout état de cause apprécier la « loi du pays » au regard de la situation sanitaire locale.

Enfin, l'obligation vaccinale a été édictée en pleine crise épidémique. Elle ne vise pas seulement à se protéger soi et à protéger les autres contre une maladie potentiellement grave. Elle a aussi pour objectif d'amortir les effets de l'épidémie en cours sur le fonctionnement des services essentiels et en particulier sur celui des services hospitaliers.

C'est ce contexte de crise qui explique la précipitation des autorités polynésiennes. La loi du pays relative à la vaccination obligatoire dans le cadre de la gestion sanitaire liée à la covid-19 a été adoptée le 20 août 2021 et promulguée le 23 août suivant, en méconnaissance des délais prévus par la loi organique statutaire. Le cas de figure s'est déjà présenté dans le cadre de la crise du covid-19. Par votre décision M. TH... et autres du 22 juillet 2020², vous avez jugé que la promulgation anticipée n'était pas illégale si elle était justifiée par des circonstances exceptionnelles. Vous avez précisé que, par exception, la loi du pays pouvait alors faire l'objet d'un recours par voie d'action malgré sa promulgation.

Ce mode d'emploi en tête, vous pouvez aborder l'examen des requêtes en commençant par débroussailler quelques questions préalables.

Vous donnerez acte du désistement de MM. W... et S....

² n° 440764, au recueil

Vous admettez l'intervention de Mme F... et d'une centaine d'autres personnes visées par l'obligation vaccinale au soutien de la requête n° 456004. Vous admettez également l'intervention de Mmes G.. et R... au soutien de la même requête mais uniquement en ce qu'elle s'associe aux conclusions dirigées contre la « loi du pays » elle-même. Les conclusions de leur intervention dirigées contre l'acte de promulgation, qui n'est pas attaqué par la requête, peuvent être requalifiées en recours distinct contre cet acte dès lors qu'elles ont été présentées dans le délai de recours contentieux³.

Plusieurs des requêtes soulèvent des questions de recevabilité qui font parfois l'objet de fins de non-recevoir en défense. Vous n'aurez pas besoin d'y répondre si vous nous suivez pour rejeter les requêtes après les avoir jointes.

Deux moyens sont articulés à l'encontre de l'acte de promulgation.

Le premier est tiré de son caractère prématuré. Si certains requérants vous invitent à revenir sur votre décision TH..., qu'ils estiment préjudiciable à l'effectivité du droit au recours, l'encre nous en paraît trop fraîche pour envisager un réexamen en l'absence de changement de circonstances. Il faut en outre relever que par deux ordonnances du 12 octobre 2021⁴, votre juge des référés a accepté de connaître de demandes de suspension de la « loi du pays » qui vous est soumise au motif, inspiré de votre décision TH..., que si le contrôle juridictionnel spécifique des lois du pays exclut en principe la possibilité de former un référé-suspension ou un référé-liberté, il en va autrement en cas de promulgation prématurée. Une voie de droit existe donc pour paralyser en urgence une « loi du pays » illégale lorsque le contrôle a priori n'a pas pu avoir lieu.

Votre décision TH... avait qualifié l'épidémie de covid-19 de « circonstances exceptionnelles » justifiant la promulgation anticipée d'une « loi du pays » sanitaire en Polynésie française. Ces circonstances exceptionnelles ont toujours cours et elles sont même plus impérieuses : la Polynésie a fait face à l'été 2021 à un fort rebond de l'épidémie. Le taux d'incidence y était de 2 863 pour 100 000 habitants à la fin août 2021 alors qu'il ne dépassait pas 250 sur le territoire national. Cette situation a justifié la déclaration de l'état d'urgence sanitaire en Polynésie française le 12 août 2021⁵ puis sa prolongation jusqu'au 15 novembre 2021⁶. Face à cette situation, il ne serait pas concevable d'empêcher la Polynésie française d'agir avant l'expiration du délai de promulgation, qui peut dépasser les quatre mois dans l'hypothèse où un recours contentieux a été introduit. Certes, la « loi du pays » contestée laisse deux mois aux personnes visées par l'obligation vaccinale pour s'y conformer mais on ne peut y voir le signe qu'il n'y avait pas d'urgence : un délai était indispensable pour se conformer à l'obligation de vaccination. Enfin, plusieurs requérants vous expliquent que la

³ CE, 10 août 2005, Association France nature environnement, n° 265034, aux tables

⁴ nos 456589 et 456936

⁵ décret n° 2021-1068 du 11 août 2021

⁶ Loi n° 2021-1172 du 11 septembre 2021 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire dans les outre-mer

Polynésie française aurait dû prendre des mesures pour prévenir le rebond épidémique et qu'elle ne peut invoquer des circonstances exceptionnelles dont elle est responsable. Cet argument est à notre avis inopérant : lorsque la maison brûle, on envoie les pompiers même si l'incendie aurait pu être évité.

L'autre moyen dirigé contre l'acte de promulgation est tiré de ce qu'il a été contresigné par certains ministres alors que seule la signature du président de la Polynésie française serait prévue. Outre que le contresignement des ministres concernés était imposé par l'article 66 de la loi organique statutaire⁷, nous ne voyons pas en quoi un contresignement superflu entacherait l'acte d'illégalité⁸.

Vous en viendrez alors à la « loi du pays » elle-même, qui fait l'objet de moyens nombreux que nous n'aborderons pas tous, d'autant que le contrôle juridictionnel spécifique que vous exercez sur les lois du pays n'implique pas que vous répondiez à l'ensemble des moyens soulevés devant vous⁹.

Les requérants estiment qu'en imposant la vaccination obligatoire contre le covid-19, la Polynésie française a empiété sur la compétence que la loi organique de 2004 réserve à l'Etat. Le raisonnement s'inspire de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la Nouvelle-Calédonie, que les mesures que le Premier ministre et le ministre chargé de la santé peuvent prendre, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et du régime transitoire qui en organise la sortie, se rattachaient à la garantie des libertés publiques et donc à la compétence de l'Etat¹⁰. On ne saurait en déduire que toute mesure de lutte contre l'épidémie de covid-19 relèverait de la compétence de l'Etat. Au contraire, vous avez jugé dans votre décision TH... du 27 juillet 2020 que les dispositions d'une « loi du pays » permettant au gouvernement de la Polynésie française de prendre par arrêté des mesures sanitaires permettant de prévenir et de limiter les conséquences possibles sur la santé de la population polynésienne d'une crise sanitaire grave entraient dans le champ de compétence de la Polynésie française. La frontière entre santé publique et garantie des libertés publiques est ténue dans le contexte de crise sanitaire. Mais si la vaccination obligatoire met en cause des droits de première importance, comme celui de disposer de son corps, c'est une mesure de police sanitaire de droit commun, à la différence des restrictions à visée sanitaire apportées aux libertés de circulation ou de rassemblement. Même édictée pour faire face à une crise épidémique, la vaccination obligatoire relève de la compétence de la Polynésie française, ce que votre section de l'intérieur avait déjà indiqué dans un avis du 14 mai 2003 (n° 368861), rendu sous l'empire du précédent statut organique.

⁷ CE, 22 mars 2006, M. X... et autres, n° 288490, au recueil

⁸ voir pour des signatures superflues : CE, 27 avril 1962, Sicard et autres, p. 279 ; Sec. 11 mai 1962, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale et Sieur Bazin, p. 312

⁹ CE, 5 novembre 2009, Haut-Commissaire de la République en Polynésie française, n° 328776, au recueil

¹⁰ n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020

Le conseil économique, social, environnemental et culturel prévu par l'article 151 de la loi organique de 2004 n'avait pas à être consulté sur la « loi du pays » contestée. Pour reprendre la distinction présentée par Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur une décision M. T... du 12 avril 2019¹¹, il ne suffit pas qu'un texte ait des effets économiques et sociaux pour y voir un texte à caractère économique ou social. Il faut s'attacher à l'objet du texte, ce qui exclut par exemple de qualifier de texte à caractère économique une « loi du pays » portant sur la fiscalité¹², sur la fonction publique¹³ ou encore sur la profession de chirurgien-dentiste¹⁴. La vaccination obligatoire n'a un objet ni social ni économique et la « loi du pays » n'avait dès lors pas à être soumise au conseil économique, social, environnemental et culturel, alors même qu'elle a, comme on le verra, une incidence sur l'exercice de certaines activités professionnelles et sur la prise en charge des frais de santé des personnes soumises à l'obligation vaccinale.

Nous en arrivons au cœur du litige qui porte sur l'obligation vaccinale. Une telle obligation met en cause de nombreuses libertés fondamentales : le droit à la vie et à l'intégrité physique, le principe de dignité humaine, la liberté de conscience, pour ne citer que quelques unes de celles qui sont invoquées par les requérants. Pour autant la vaccination obligatoire ne se heurte, dans son principe, ni aux exigences constitutionnelles¹⁵ ni aux normes internationales, et en particulier pas la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁶. Elle doit en revanche être justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi. Le cadre d'analyse a été fixé en dernier lieu par une décision Ligue nationale pour la liberté des vaccinations du 6 mai 2019¹⁷, rendue à propos des onze vaccinations obligatoires pour la population générale. Il doit exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter.

Il n'est pas besoin de revenir sur la situation sanitaire catastrophique prévalant en Polynésie française à l'été 2021, nous vous l'avons exposée. Le bénéfice attendu des vaccins au regard de cette situation tient en particulier à la réduction de près de 95 % du risque d'hospitalisation en cas de contamination, y compris à l'égard du variant Delta. Ce chiffre mis en avant par l'étude d'impact de la loi du 5 août 2021 est issu d'une étude anglaise en vie réelle¹⁸ sur laquelle la Haute autorité de santé s'est fondée pour émettre un avis favorable à

¹¹ Nos 427062,427063,427065,427200

¹² CE, 15 mars 2006, FL... et autres, n° 288390, au recueil

¹³ décision M. T... du 12 avril 2019

¹⁴ CE, 12 février 2020, M. T..., n° 437351

¹⁵ décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015

¹⁶ CEDH, 15 mars 2012, Solomakhin c. Ukraine, n° 24429/03

¹⁷ n° 419242, au recueil

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'obligation vaccinale au plan national. Une étude publiée en octobre 2021 par EPI-Phare, un groupement associant l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé et la Caisse nationale d'assurance maladie, parvient à un chiffre similaire au terme du suivi d'une population de plus de 22 millions de personnes entre le 1er février et le 20 juillet 2021, grâce aux données du Système national des données de santé. A cela, les requérants objectent que la protection vaccinale contre les formes symptomatiques de l'infection n'est que de 50 %. Mais c'est un niveau de protection comparable à celui du vaccin contre la grippe. Les requérants font également valoir que les personnes vaccinées infectées peuvent infecter leur entourage. C'est exact, mais la vaccination diminue le risque de transmission de l'infection, comme l'indique notamment une étude de l'Institut Pasteur¹⁹. L'efficacité des vaccins ne se résume donc pas à la réduction des formes graves, avantage déjà considérable puisqu'il permet de limiter la tension sur les capacités hospitalières : elle contribue aussi à ralentir la propagation du virus.

L'essentiel de l'argumentation des requérants porte en réalité sur les risques et les effets indésirables présentés par les vaccins contre le covid-19. Sur ce point, il faut tordre le cou à l'idée selon laquelle ces vaccins seraient expérimentaux et les rendre obligatoires reviendrait à organiser des essais cliniques sans le consentement des participants²⁰. Certes, les vaccins ont reçu des autorisations de mise sur le marché conditionnelles et ces autorisations reposent sur des données moins complètes que celles exigées normalement, l'allègement du dossier de demande devant permettre une mise à disposition plus rapide des médicaments, dans les situations d'urgence notamment. Néanmoins, une autorisation de mise sur le marché conditionnelle ne peut être accordée que si, malgré des données incomplètes, il est démontré que le rapport bénéfice / risque du médicament est positif et si les bénéfices pour la santé publique découlant de la disponibilité immédiate du médicament concerné sur le marché l'emportent sur le risque inhérent au fait que des données supplémentaires sont encore requises²¹. Un médicament qui a suivi cette procédure a suffisamment fait ses preuves pour être commercialisé.

¹⁸ Public Health England, Stowe J, Andrews N, Gower C, Gallagher E, Utsi L, et al. Effectiveness of COVID-19 vaccines against hospital admission with the Delta (B.1.617.2) variant. London: PHE; 2021

¹⁹ Paolo Bosetti, Cécile Tran Kiem, Alessio Andronico, Vittoria Colizza, Yazdan Yazdanpanah, et al.. Epidemiology and control of SARS-CoV-2 epidemics in partially vaccinated populations: a modeling study applied to France. 2021. ([pasteur-03272638v2](#)). Voir également les études anglaises et néerlandaises citées par la Haute autorité de santé dans sa recommandation sur la place du vaccin à ARNm SPIKEVAX dans la stratégie de vaccination contre la Covid-19 (novembre 2021).

²⁰ Voir l'article de Philippe SE..., Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-Covid, RDLF 2021 chron n° 20 ; et la mise au point de Caroline Lantero et de David Braunstein sur la notion d'AMM conditionnelle, RDLF 2021, chron n° 25.

²¹ Article 4 du règlement (CE) n o 507/2006 de la Commission du 29 mars 2006 relatif à l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle de médicaments à usage humain relevant du règlement (CE) n o 726/2004 du Parlement européen et du Conseil

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérants font cependant valoir que, pour les personnes jeunes sans comorbidités, le risque d'effets indésirables est supérieur au risque de développer une forme grave de la maladie. Cela ne nous semble pas ressortir des pièces du dossier. En tout état de cause, le rapport bénéfice / risque de la vaccination obligatoire ne doit pas être apprécié au niveau de chaque individu mais, comme l'a rappelé votre décision Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, en introduisant dans la balance le bénéfice retiré par la collectivité toute entière.

Les risques doivent également être appréciés en tenant compte de l'existence de contre-indications médicales à la vaccination. Sur ce point, la « loi du pays » n'envisage expressément que les contre-indications mentionnées dans l'autorisation de mise sur le marché et elle est en décalage avec le dispositif national qui envisage d'autres contre-indications valant dispense d'obligation vaccinale²². Le principe d'une liste limitative n'est pas en soi condamnable. Vous avez jugé à deux reprises que des dispositions législatives instituant une vaccination obligatoire devaient être lues comme permettant au pouvoir réglementaire de lister les contre-indications justifiant dispense, et en dernier lieu par une décision qui voit dans une liste limitative une mesure propre tant à assurer la vaccination dans les conditions techniques les meilleures qu'à faire respecter l'obligation de vaccination²³.

Il nous semble toutefois que la « loi du pays » ne peut être lue comme faisant obstacle à ce que d'autres contre-indications conduisent à une dispense de l'obligation vaccinale. Il n'est pas dérogé aux articles L. 1110-5 et L. 1111-2 du code de la santé publique²⁴ dont vous déduisez qu'il appartient aux prescripteurs de la vaccination de vérifier l'absence de contre-indication à la vaccination et d'antécédents familiaux ou personnels survenus à la suite d'une vaccination²⁵. Nous ne déduisons pas de ces dispositions régissant la délivrance des soins que les contre-indications justifiant la dispense d'obligation vaccinale auraient été laissées à l'appréciation de chaque médecin. Nous relevons en revanche que l'article LP 5 de la « loi du pays » prévoit qu'un arrêté pris en conseil des ministres précise quelles sont les personnes concernées par l'obligation vaccinale, ce qui permet d'en exclure celles pour lesquelles il y a une contre-indication. A cet égard, le conseil des ministres a une obligation d'actualisation puisqu'en vertu de l'article LP 6 de la « loi du pays », il lui appartient « compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques » de suspendre l'obligation vaccinale pour tout ou partie des personnes qu'elle vise.

Ces personnes sont celles qui exercent une activité professionnelle ou bénévole les exposant ou exposant les personnes dont elles ont la charge à des risques de contamination, les personnes exerçant au contact du public, les personnes exerçant une activité essentielle au fonctionnement de la Polynésie française, les personnes exerçant des activités dans des conditions ne permettant pas le respect des gestes barrières et enfin les personnes présentant

²² Décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire

²³ Ass. 12 décembre 1953, UNAF, p 545 ; 6 octobre 2000, ALIS, n° 206677

²⁴ qui sont applicables Polynésie française : article L. 1541-1 du code de la santé publique.

²⁵ décision Ligue nationale pour la liberté des vaccinations du 6 mai 2019

certaines affectations. Nous mettons temporairement de côté cette dernière catégorie sur laquelle nous reviendrons.

Le périmètre des personnes concernées est défini avec une précision suffisante, quand bien même il laisse une certaine marge de manœuvre au conseil des ministres. Il repose sur des critères en rapport avec l'objet de la vaccination obligatoire. Enfin, il nous semble proportionné à l'objectif de santé publique poursuivi. Au vu de la situation sanitaire en Polynésie française, la « loi du pays » pouvait aller plus loin que le dispositif national, qui ne vise que les professionnels en contact avec des personnes vulnérables. Elle pouvait inclure toutes les situations professionnelles à risque de transmission, y compris dans les écoles, ainsi que les activités essentielles, préoccupation d'ailleurs présente à l'esprit du législateur quand il a visé les professionnels de santé. Les requérants ne peuvent utilement soutenir qu'appliquer aux habitants de Polynésie française une obligation vaccinale plus étendue qu'en métropole méconnaîtrait le principe d'égalité : la différence de traitement résulte de ce que l'Etat n'est pas compétent en Polynésie française pour instituer une vaccination obligatoire.

Vous pourrez donc écarter les nombreux moyens mettant en cause la constitutionnalité et la conventionnalité de l'obligation vaccinale polynésienne sur les terrains notamment du principe d'égalité, des exigences constitutionnelles relatives à la protection de la santé et à la sauvegarde de la dignité humaine ainsi que des articles 2 et 3 de la CEDH.

Les requérants contestent en outre les conséquences de la méconnaissance de l'obligation vaccinale. La « loi du pays » n'envisage expressément qu'une amende administrative et elle ne dit pas si le défaut de vaccination fait obstacle à la poursuite des activités qu'elle liste, là où le législateur a prévu un mécanisme de suspension avec interruption de la rémunération qui peut déboucher, au-delà de deux mois, sur un licenciement. On ne peut déduire du silence de la « loi du pays » qu'elle n'aurait aucune conséquence sur l'emploi ou l'activité des intéressés et nous nous séparons sur ce point de votre juge des référés et des défendeurs qui se réfugient derrière sa décision. Il nous paraît en effet difficile de considérer qu'en imposant que les personnes exerçant certaines professions soient vaccinées sous peine d'amende la « loi du pays » n'aurait mis une condition supplémentaire à l'exercice de ces professions. Et s'il n'est pas prévu que les employeurs vérifient le respect de l'obligation vaccinale, on ne peut exclure que des procédures, disciplinaires ou de licenciement, puissent être diligentées à l'encontre de salariés ou d'agents notoirement récalcitrants à la vaccination, et ce d'autant plus que l'employeur est tenu à une obligation de sécurité que les autres salariés pourraient lui rappeler. Ceci étant dit, même en allant jusqu'à tirer de la « loi du pays » une interdiction d'exercer en cas de non-respect de l'obligation de vaccination, l'atteinte au droit d'obtenir un emploi protégé par le cinquième alinéa du Préambule de 1946 nous paraît justifiée par la finalité de santé publique.

Quant à l'amende administrative, ni son montant élevé, près de 1 500 euros, ni son caractère forfaitaire ne méconnaissent les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines garantis par l'article 8 de la Déclaration de 1789. Certes, le montant est dix fois

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

plus élevé que celui de la contravention de quatrième classe qui s'applique dans le dispositif national mais les requérants ne peuvent utilement invoquer le plafonnement à hauteur des standards métropolitains prévu à l'article 20 de la loi organique statutaire, qui ne concerne que les sanctions pénales, pas plus qu'ils ne peuvent mobiliser le principe d'égalité pour contester une différence qui résulte là encore de l'exercice par la Polynésie française de sa compétence. Toujours sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, les mineurs et les majeurs protégés ne sauraient être passibles de l'amende à raison de l'opposition de leurs représentants légaux à leur vaccination et le principe de personnalité des peines n'est donc pas méconnu. Enfin, si l'amende est encourue non seulement par les personnes s'étant soustraites à leur obligation vaccinale mais aussi par celles ayant cherché à entraver l'exécution de la « loi du pays », cette disposition ne saurait être lue comme interdisant la propagande antivaccinale.

Le prononcé de l'amende n'intervient qu'après une information permettant à la personne mise en cause de présenter ses observations ou de régulariser sa situation. Elle peut, même si la « loi du pays » ne le rappelle, pas avoir accès au dossier²⁶ et se faire assister au cours de la procédure. Ce sont des garanties procédurales habituelles qui s'appliquent même sans texte. Le délai de trente jours imparti au contrevenant pour régulariser sa situation est compatible avec le délai minimal entre deux doses. S'il se révélait trop court malgré les efforts de l'intéressé, en raison par exemple d'une tension sur les capacités vaccinales, ce serait un motif faisant obstacle au prononcé de la sanction. En outre et contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'amende ne s'applique qu'en cas de refus de régulariser sa situation, elle ne s'applique pas si l'intéressé choisit de renoncer à l'activité soumise à obligation vaccinale.

L'autorité administrative qui prononcera l'amende aura nécessairement connaissance du statut vaccinal de l'intéressé, de même que, de manière indirecte, les services chargés du recouvrement des amendes. C'est inévitable. Il en va de même des établissements scolaires s'agissant du statut vaccinal des enfants puisque l'article R. 3111-8 du code de la santé publique subordonne leur admission dans ces établissements à la présentation du carnet de santé sur lequel est reporté les vaccinations. La « loi du pays » implique nécessairement cette atteinte au secret médical²⁷.

Nous en venons au point le plus délicat de la « loi du pays » qui porte sur l'obligation vaccinale des personnes présentant une des affections listées par un arrêté pris en conseil des ministres. La « loi du pays » n'explicite pas les critères devant guider l'inscription d'une affection sur cette liste mais il ressort tant de l'objet de la disposition que de ses travaux préparatoires, auxquels vous vous référez²⁸, que les personnes visées sont celles qui sont le

²⁶ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1789

²⁷ comp. la décision CE, 28 avril 2000, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, n° 210055, jugeant qu'un arrêté avait pu exiger des professionnels de santé tenus d'être vaccinés contre l'hépatite B de fournir une attestation médicale indiquant la date et le résultat du contrôle du taux des anticorps anti-HBs dès lors que la loi impliquait nécessairement que ces informations soient communiquées au médecin du travail de leur établissement afin d'éviter des rappels inutiles

plus susceptibles de développer une forme grave du covid-19. C'est d'ailleurs bien ainsi que le conseil des ministres a compris la « loi du pays » puisque l'arrêté liste notamment les personnes atteintes de pathologies chroniques respiratoires graves, de cancers et d'obésité sévère ou encore les personnes immunodéprimées.

Cibler l'obligation vaccinale sur les personnes à risques ne nous semble pas soulever de difficulté. C'est une approche classique en matière de vaccination obligatoire, si ce n'est que l'on prend généralement en compte un risque d'infection ou de transmission, à raison d'un milieu de vie ou de l'exercice d'une activité, alors qu'ici il est tenu compte d'un risque de forme grave de la maladie combattue par le vaccin. Ce critère est cohérent avec l'un des objectifs poursuivis qui est d'éviter la saturation des capacités hospitalières.

La sanction choisie prête plus à hésitation. L'amende administrative n'est pas applicable aux personnes à comorbidités. L'article LP9 de la « loi du pays » prévoit à la place que le non-respect de l'obligation de vaccination donne lieu à une majoration du ticket modérateur pour la prise en charge de tous les actes, prescriptions et prestations dispensés à l'assuré et elle renvoie à un arrêté le soin de fixer le nombre de points de majoration, qui a été établi à 20 points.

Ce mécanisme pose une question de principe dont la portée dépasse la présente affaire : peut-on lier le niveau de prise en charge des frais de santé aux risques pris par les assurés ? L'assurance maladie cherche de longue date à responsabiliser les assurés, comme en témoignent les différents mécanismes prévoyant leur participation aux dépenses qu'ils génèrent (ticket modérateur, franchises, etc). Cette participation peut tenir compte du caractère potentiellement coûteux de certains choix, comme celui de consulter directement un spécialiste sans que cela ait été jugé nécessaire par son médecin traitant. En revanche, elle ne dépend pas de la responsabilité que peut avoir l'assuré dans son état de santé. Les comportements à risque sont parfois taxés, comme l'usage du tabac ou de l'alcool, et ils contribuent ainsi au financement de l'assurance maladie, mais le cancer des poumons et la cirrhose sont pris en charge dans les mêmes conditions pour tous les assurés.

L'évolution vers une prise en compte du risque propre à chaque individu a été envisagée et déplorée dès 1995 par Pierre Rosanvallon qui écrivait, dans « La Nouvelle question sociale. Repenser l'État providence », que « *l'acceptation de la solidarité commence à s'accompagner d'une exigence de contrôle des comportements. Bientôt le fumeur sera requis de choisir entre son vice et le droit à un accès égal aux soins et le buveur d'alcool sera menacé du paiement de surcotisations salariales* ». Cette évolution peut cependant se heurter au principe constitutionnel de protection de la santé garanti par le onzième alinéa du Préambule de 1946.

²⁸ voir par exemple : CE, 28 juin 2017, Société Pearly Investissements, n° 407125 ; CE, 16 octobre 2013, Société Electricité de Tahiti, nos 365067,365068

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le Conseil constitutionnel déduit de ce principe l'obligation de prévoir des mécanismes de prise en charge des soins, selon des modalités laissées à l'appréciation du législateur, mais qui doivent conduire à ce que le reste à charge des assurés ne compromettent pas leur accès effectif aux soins. La création de la participation forfaitaire à un euro puis celle des franchises médicales ont ainsi été validées sous réserve que leur montant soit fixé à un niveau tel que ne soit pas remis en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de 1946²⁹. Vous appréciez le respect de ces exigences d'une part, compte tenu de l'ensemble des dispositions en vertu desquelles des sommes sont susceptibles d'être laissées à la charge des assurés sociaux à raison des dépenses de santé qu'ils exposent, et, d'autre part, au regard des incidences des mesures de participation sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées³⁰.

Certes, il suffit en l'espèce aux personnes concernées de se faire vacciner pour échapper à la majoration de leur ticket modérateur, ce qui est une différence notable avec la participation forfaitaire et les franchises médicales. Il nous semble néanmoins qu'une sanction qui reviendrait à priver d'accès aux soins les récalcitrants à la vaccination obligatoire serait disproportionnée et méconnaîtrait le principe constitutionnel de protection de la santé.

La « loi du pays » semble apporter peu de garanties de ce point de vue puisqu'elle se borne à écarter le cumul de la majoration qu'elle institue avec la majoration applicable en cas de méconnaissance du parcours de soins coordonné. Mais, pour qu'il y ait majoration du ticket modérateur, encore faut-il qu'il y ait ticket modérateur. La majoration ne s'appliquera pas aux soins qui ne font pas l'objet d'un ticket modérateur, comme l'a confirmé la mesure d'instruction que vous avez diligentée auprès des défendeurs. Il ressort en outre des indications fournies qu'il n'y a pas d'autre participation à la charge de l'assuré que le ticket modérateur et que celui-ci n'est pas applicable en cas d'hospitalisation, pour la plupart des soins en lien avec une affection de longue durée, pour les enfants, les femmes enceintes et les invalides. Il ne l'est pas non plus pour les personnes à faibles ressources recourant aux structures sanitaires publiques et inscrites au régime de solidarité territoriale. Le champ d'application de la majoration pour défaut de vaccination tient ainsi compte de la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées. Cela ne résulte pas de la « loi du pays » elle-même mais de règles de même niveau que la « loi du pays » n'avait pas besoin de recopier. Quant au montant de la majoration, il devra être fixé à un niveau ne remettant pas en cause l'accès aux soins. Sous cette réserve, l'article LP9 de la « loi du pays » ne nous paraît pas illégal.

Deux dernières questions méritent encore d'être mentionnées.

En premier lieu, la loi du 5 août 2011 a prévu que la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire contre le covid-19 était assurée

²⁹ décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 ; décision n° 2007-558 DC du 13 décembre 2007

³⁰ CE, 6 mai 2009, Association FNATH, n° 312462, au recueil

conformément à l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, c'est-à-dire par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, au titre de la solidarité nationale. Les requérants reprochent à la « loi du pays » de n'avoir pas prévu une disposition équivalente. Mais la « loi du pays » n'écarte pas la possibilité d'engager la responsabilité de la collectivité à raison de la vaccination obligatoire et elle pouvait laisser jouer les règles habituelles de la responsabilité de la puissance publique sans prévoir de mécanisme spécifique. En matière de vaccination obligatoires, ces règles reposent notamment sur un régime de faute présumée³¹.

En second lieu, il est fait grief à la « loi du pays » d'avoir institué une obligation vaccinale permanente alors qu'elle vise à répondre à une situation de crise sanitaire. La loi du 5 août 2021 n'a pas non plus fixé de durée à la vaccination obligatoire contre le covid-19. Il aurait été hasardeux d'en fixer une et les autorités polynésiennes pouvaient privilégier une mesure permanente à réévaluer en fonction de la situation sanitaire plutôt que des dispositions temporaires à reconduire au coup par coup. La « loi du pays » a d'ailleurs facilité la réévaluation du cadre juridique qu'elle fixe en habilitant le conseil des ministres à suspendre tout ou partie de ses dispositions. Si cette habilitation est présentée comme une simple faculté, le refus du conseil des ministres de faire usage de ses pouvoirs pourra être contrôlé par le juge.

Au bénéfice de ses observations, **nous concluons à ce que vous donniez acte de leur désistement à MM. W... et S..., à ce que vous admettiez l'intervention de Mme F... et autres, ainsi que celle de Mmes G.. et R... en tant seulement qu'elle s'associe aux conclusions dirigées contre la loi du pays elle-même, à ce que vous rejetiez les requêtes ainsi que les conclusions présentées par la Polynésie française et l'assemblée de la Polynésie française au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

³¹ CE, 7 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Santé publique c/ Déjous