

N° 440741, 441059, 442045
M. T... et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 22 septembre 2021
Lecture du 14 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, rapporteur public

Si la loi du 23 mars 2020 a déclaré l'état d'urgence sanitaire sur la totalité du territoire national, son application en Nouvelle-Calédonie a soulevé une question de répartition des compétences avec l'Etat. La loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 attribue en effet à la Nouvelle-Calédonie la compétence en matière de « 4° Protection sociale, hygiène publique et santé, contrôle sanitaire aux frontières ». En guise de compromis, les premières mesures prises localement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire l'ont été par des arrêtés cosignés par le haut-commissaire et par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

La situation sanitaire locale s'est rapidement singularisée par rapport à celle de la métropole : au moment où s'amorce le premier déconfinement, en mai 2020, cela fait plus d'un mois que le dernier cas de covid a été détecté. On en avait recensé 18 seulement depuis le début de l'épidémie. Compte tenu de cette situation favorable, les tenants de la compétence néo-calédonienne pour gérer l'épidémie de covid-19 se sont irrités que continuent de s'appliquer en Nouvelle-Calédonie les mesures restrictives uniformément prises par l'Etat pour l'ensemble du territoire national.

Les élus du groupe FNLKS du Congrès de Nouvelle-Calédonie vous ont alors saisis de trois requêtes.

La première tend à l'annulation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-463 du 22 avril 2020 adaptant à la Nouvelle-Calédonie le régime de l'état d'urgence sanitaire issu des articles L. 3131-15 et suivants du code de la santé publique. Pour mémoire, et ainsi que vous l'avez jugé par votre décision Association Juristes pour l'enfance du 16 décembre 2020¹, ce régime permet au Premier ministre de prendre certaines mesures limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion ou procédant à des réquisitions, c'est l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, et au ministre chargé de la santé de prendre les mesures générales touchant au dispositif de santé, notamment aux établissements et services, aux professionnels, aux actes et aux produits de santé, qui ne relèvent pas de la compétence du Premier ministre, c'est l'article L. 3131-16. Ces dispositions sont applicables

¹ n°s 440214 et 440316 au recueil

en Nouvelle-Calédonie en vertu de l'article L. 3841-2 du code de la santé publique, issu de l'ordonnance attaquée. Ce même article adapte l'article L. 3131-17 qui permet au Premier ministre ou au ministre chargé de la santé d'habiliter le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre les mesures générales ou individuelles d'application des mesures qu'ils édictent, voire pour certaines catégories de mesures, à les décider lui-même. Il résulte de l'ordonnance attaquée qu'en Nouvelle-Calédonie le haut-commissaire peut en outre être habilité à adapter les mesures prises par le Premier ministre et le ministre de la santé en fonction des circonstances locales, après consultation du gouvernement de la collectivité.

La deuxième requête est dirigée contre le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Pris sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, ce décret organise la deuxième phase du déconfinement. Les requérants en contestent les dispositions qui prévoient son application en Nouvelle-Calédonie.

Les requérants vous demandent enfin d'annuler, dans la même mesure, le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 fixant les mesures applicables à la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Ce décret est pris sur le fondement de la loi n°2020-856 du 9 juillet 2020, dont l'article 5 prévoit l'application en Nouvelle-Calédonie.

La question de compétence a été tranchée par le Conseil constitutionnel à qui vous aviez renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les requérants à l'appui de leurs recours contre les décrets. Par une décision du 4 décembre 2020², le Conseil a jugé conformes à la Constitution les dispositions rendant applicables en Nouvelle-Calédonie le régime de l'état d'urgence sanitaire et le régime transitoire qui en organise la sortie. Le Conseil constitutionnel a d'abord admis que les compétences définitivement transférées à la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 étaient protégées en vertu du titre XIII de la Constitution et que la méconnaissance de ce domaine de compétences pouvait être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il a ensuite jugé que les dispositions contestées permettaient de prendre des mesures qui, si elles poursuivaient un objectif de protection de la santé publique, se rattachaient à la garantie des libertés publiques qui demeure de la compétence de l'Etat en vertu de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999.

Vous tirerez les conséquences de cette décision sur les trois requêtes dont vous êtes saisis.

S'agissant du recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance, le délai d'habilitation est expiré et l'article L. 3842-1 du code de la santé publique intervient en matière législative. Conformément à votre décision d'assemblée CFDT Finances du 16 décembre 2020³, la conformité de ces dispositions aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité. Le moyen

² n° 2020-869 QPC

³ n°s 440258, 440289, 440457 au recueil

tiré de la méconnaissance de la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie est irrecevable faute d'avoir été présenté dans un mémoire distinct. Mais ce moyen a été soulevé avant l'expiration du délai d'habilitation, à un moment où l'exigence de mémoire distinct ne s'imposait pas⁴. Comme l'indiquait Vincent Villette dans ses conclusions sur la décision d'assemblée, dans ce cas de figure il ne paraît pas possible d'opposer l'irrecevabilité au requérant sans l'inviter à régulariser la présentation de son moyen. Compte tenu de l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel, vous pourrez vous abstenir de cette invitation à régulariser et rejeter en tout état de cause le moyen comme portant sur des dispositions déclarées conformes à la Constitution.

Ou plutôt déclarées conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit. Car la décision du Conseil constitutionnel n'épuise pas la question de la constitutionnalité de l'ordonnance. Vous restez compétents pour vous prononcer sur sa contrariété avec d'autres règles de valeur constitutionnelle, notamment l'objectif d'accessibilité et intelligibilité de la loi⁵. A cet égard, si l'ordonnance indique que les mesures que le haut-commissaire peut être habilité à prendre ou à adapter doivent relever de la compétence de l'Etat, cette précision superflue ne conduit pas à considérer que le texte méconnaît cet objectif.

Enfin, les requérants soutiennent que le Gouvernement a méconnu l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020 dès lors que cette dernière prévoyait, ce qui n'était qu'un rappel, que les mesures d'adaptation du régime de l'état d'urgence sanitaire devaient respecter les compétences de la Nouvelle-Calédonie. Mais il résulte de la décision du Conseil constitutionnel que ces compétences ont été respectées.

Vous en viendrez alors aux deux décrets attaqués dont la structure et le contenu sont très proches et qui sont contestés par des moyens identiques.

Le premier de ces moyens est tiré de l'incompétence du Premier ministre pour intervenir dans une matière transférée à la Nouvelle-Calédonie. La décision du Conseil constitutionnel valide à cet égard la base légale des décrets attaqués mais il vous appartient de vous assurer que cette base légale a été respectée et, à défaut, de vous demander si les mesures prises se rattachent à une compétence de l'Etat. Les dispositions contestées sont, dans la mesure où elles s'appliquent en Nouvelle-Calédonie, les restrictions des rassemblements⁶ et des déplacements maritimes⁷ et aériens⁸, les pouvoirs de mise en quarantaine et de placement à l'isolement⁹, la réglementation des établissements recevant du public¹⁰ et les pouvoirs de réquisition des acteurs du système de santé¹¹. Toutes ces mesures relèvent bien de l'article L.

⁴ L'article 3 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 habilitait le Gouvernement pendant un délai de deux mois à compter de sa publication, qui a eu lieu le 24 mars 2020. La requête, qui soulève le moyen en cause, a été introduite le 20 mai 2020.

⁵ Point 8 de la décision d'assemblée

⁶ Article 3.

⁷ Articles 5 à 9 rendus applicables par l'article 23

⁸ Articles 10 à 13 rendus applicables par l'article 23

⁹ Articles 24 et 25

¹⁰ Articles 27 à 29 rendus applicables par l'article 30

¹¹ Article 50 du décret du 31 mai 2020 et article 48 du décret du 10 juillet 2020

3131-15 du code de la santé publique et il n'y a donc pas de difficulté pour le décret du 31 mai 2020. En revanche, la liste des mesures permises par l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2020 est plus limitée puisque n'y figurent ni les quarantaines ni les réquisitions. L'article 5 de la loi adapte cette liste pour son application en Nouvelle-Calédonie en l'étendant aux mesures de quarantaine mais il ne dit rien des réquisitions.

Les mesures correspondantes du décret du 10 juillet 2020 ne peuvent trouver dans leur base légale dans la loi du 9 juillet 2020. Il nous semble qu'elle est à rechercher dans l'article L. 3131-8 du code de la santé publique, applicables en cas de menace sanitaire grave. Nous vous proposons de suivre le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel sur l'article L. 3131-15 et de considérer qu'il s'agit de mesures de police touchant aux libertés publiques et relevant par conséquent de la compétence de l'Etat.

Vous pourriez enfin avoir un doute sur la base légale des articles 1^{er} et 2 du décret du 10 juillet 2020, qui sont également attaqués. Ces articles imposent le respect des gestes barrières « en tout lieu et en toute circonstance ». Ils ne relèvent avec évidence d'aucun des items prévus par la loi du 9 juillet 2020. Ils peuvent cependant se rattacher aux pouvoirs propres du Premier ministre lui permettant d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire (voir, à propos du décret du 16 mars 2020 pris avant l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire : 22 décembre 2020, M. Nyamat, nos 439800,439818,439855, aux tables sur ce point). Au total, les décrets attaqués ne sont pas intervenus dans un domaine réservé à la Nouvelle-Calédonie et vous pourrez écarter le moyen d'incompétence, de même que le moyen tiré de ce que l'immixtion de l'Etat dans la compétence locale constituerait un détournement de pouvoir.

Les requérants soutiennent ensuite que les décrets attaqués sont irréguliers en l'absence de consultation du gouvernement de Nouvelle-Calédonie. L'article 133 de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que « *Le gouvernement est consulté par le haut-commissaire sur : / 1° Les projets de décrets comportant des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie ;* ». Vous jugez que cette consultation constitue une garantie au sens de la jurisprudence Danthony¹². La notion de dispositions spécifiques ne nous paraît pas devoir être comprise différemment de celle de dispositions particulières, qui figure à l'article 74 de la Constitution et qui a essaimé jusqu'à la loi organique relative à la Nouvelle Calédonie dont l'article 90 prévoit, depuis sa modification en 2009, la consultation du Congrès sur les projets de loi comportant des dispositions particulières au territoire.

Vous pourrez donc appliquer votre grille de lecture habituelle : les dispositions spécifiques à un territoire sont celles qui sont adaptées à ses particularités ou qui ne concernent que ce territoire¹³. Il doit donc s'agir de dispositions qui s'écartent sur le fond du droit commun.

¹² 17 juin 2015, Province Sud, n° 375703, aux tables

¹³ Section, 5 novembre 2014, M. C... et autres, nos 378140 378563 379696 379697 379711 380403, au recueil

La simple mention de l'applicabilité des dispositions du décret à la Nouvelle-Calédonie n'est pas une disposition spécifique. Certaines dispositions dont l'annulation est demandée vont cependant au-delà d'une telle mention. Ces dispositions sont fondées sur les possibilités d'adaptation ouvertes par la loi. Ainsi l'article 3 des décrets attaqués, qui restreint les rassemblements, habilite le haut-commissaire à adapter ces restrictions aux circonstances locales, là où en métropole le préfet de département peut seulement ajouter de nouvelles restrictions. L'article 10 des décrets, qui énumère les motifs autorisant un déplacement aérien entre la France continentale et la Corse et l'outre mer, ouvre la faculté au haut-commissaire de compléter ces motifs.

Ces dispositions ouvraient la voie à un régime différencié et allégé en Nouvelle-Calédonie par rapport au régime de droit commun. Il ne s'agissait cependant que d'une faculté. Or, vous jugez que ne constitue pas une adaptation imposant la consultation des collectivités d'outre-mer la simple faculté reconnue à l'autorité réglementaire, par les dispositions d'une ordonnance, de prévoir une telle adaptation¹⁴. Cette solution nous paraît pouvoir être transposée à la présente affaire, étant précisé qu'en vertu de l'article L. 3841-2 du code de la santé publique et de l'article 5 de la loi du 9 juillet 2020, le gouvernement de la collectivité doit être consulté sur les adaptations décidées par le haut-commissaire.

Nous retrouvons ensuite l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, qui est également invoqué à l'encontre des décrets. Le moyen vise l'article 23 des décrets qui prévoit que les dispositions relatives aux déplacements aériens et maritimes sont applicables en Nouvelle-Calédonie « dans le cadre des compétences exercées par l'Etat ». Le recours à des mentions de ce type n'est pas très heureux. Vous avez d'ailleurs eu l'occasion de censurer, pour défaut d'intelligibilité, des dispositions prévoyant l'application d'un décret dans les eaux s'étendant au large de la Polynésie française « dans les matières relevant de la compétence de l'Etat » compte tenu des incertitudes qui en résultaient sur le champ d'application du décret¹⁵. En l'espèce cependant, il ne nous semble pas faire de doute que les dispositions rendues applicables en Nouvelle-Calédonie s'imposent à tous les transports aériens et maritimes.

Le dernier moyen, qui n'est pas le plus simple, met en cause la proportionnalité des mesures adoptées au regard de la situation sanitaire locale. Les requérants estiment qu'en l'absence de cas de covid en Nouvelle-Calédonie, il suffisait de contrôler étroitement les entrées, ce qui était facile compte tenu de l'insularité, et de soumettre les arrivants à un régime sévère de quarantaine dans des lieux dédiés. En revanche, il était inutile d'obliger des populations exemptes du virus à porter un masque, de leur interdire de se rassembler et de restreindre les activités impliquant l'accueil du public.

Le ministre affirme que les dispositions contestées visent à éviter une incohérence dans la lutte contre la propagation de l'épidémie sur l'ensemble du territoire compte tenu des déplacements des personnes. Mais ces déplacements étant, sauf motif impérieux, interdits

¹⁴ 26 février 2007, Réunion des organismes conventionnés assureurs et autres, n° 289744, aux tables

¹⁵ 11 décembre 2015, Polynésie française, n° 378622

entre la métropole et l'outre-mer, le risque d'incohérence paraît faible et il était donc possible de faire varier la rigueur des mesures prises en fonction de la situation sanitaire locale, comme cela a d'ailleurs été fait avec le système des zones vertes et oranges. Était-ce pour autant une obligation ? Même si l'article L. 3131-15 du code de la santé publique prévoient que les mesures prises sur son fondement doivent être appropriées aux circonstances de temps et de lieu, on peut hésiter à s'engager dans un examen territorialisé de la légalité de mesures décrétées au niveau national. Une décision de votre 10^{ème} chambre a déjà validé l'application de restrictions indifférenciées à l'ensemble du territoire national « en dépit des disparités observées entre départements en termes de prévalence de l'épidémie »¹⁶. Avant cela, une ordonnance remarquée de votre juge des référés a relevé que la simplicité et la lisibilité d'une mesure de police participent de son effectivité et peuvent justifier un champ d'application élargi au-delà des zones où cette mesure est strictement nécessaire¹⁷.

Il nous semble néanmoins qu'en l'espèce aucun motif de lisibilité n'imposait de traiter la Nouvelle-Calédonie comme le reste du territoire national et qu'une appréciation des circonstances locales s'imposait s'agissant d'une collectivité soumise au principe de spécialité et pour laquelle le Premier ministre ne pouvait, par conséquent, faire l'économie de se demander s'il y avait matière à ce que les mesures prises s'y appliquent.

Les circonstances locales justifiaient-elles les mesures contestées ? Nous avons hésité sur ce point. A la réflexion, nous vous proposons de répondre par l'affirmative pour trois séries de considérations.

D'abord, vous appréciez la légalité des mesures de lutte contre la propagation du covid-19 au vu de l'état des connaissances à la date à laquelle ces mesures ont été prises¹⁸. Il convient donc de se replacer à l'époque où les décrets ont été adoptés. L'on sortait tout juste de la première vague de l'épidémie et l'on savait peu de chose sur sa dynamique. Il n'y avait pas de tests antigéniques et les tests PCR étaient moins nombreux et moins rapides. L'absence de cas avéré de covid pendant quelques semaines ne signifiait pas nécessairement la disparition du virus. Et si nous devons pécher par anachronisme et apprécier les décisions prises en mai et juillet 2020 à la lumière de ce qui s'est passé ensuite, les enseignements que nous en tirons sont, d'une part, qu'un territoire « covid-free » ne le reste pas éternellement et, d'autre part, que le virus peut se propager très rapidement lorsqu'il touche un territoire jusqu'ici relativement épargné.

Or, et c'est la deuxième raison qui nous incline au rejet du moyen, la Nouvelle-Calédonie serait dans une position très délicate en cas de flambée épidémique. Comme l'indiquent les requérants eux-mêmes, les facteurs de comorbidités sont fréquents sur le territoire si bien que la population est particulièrement exposée au virus et à ses formes graves. L'éloignement fait que la Nouvelle-Calédonie ne peut compter que sur les structures hospitalières locales qui risquent d'être rapidement dépassées. Les autorités néo-

¹⁶ 4 février 2021, M. M..., n° 440118

¹⁷ 6 septembre 2020, Ministre des solidarités et de la santé, n° 443750.

¹⁸ 21 avril 2021, Association française de l'industrie des fontaines à eau, n° 440451

calédonniennes sont bien conscientes de cette fragilité : le Congrès vient de rendre la vaccination obligatoire pour tous les adultes.

Enfin, nous ne pensons pas qu'il suffisait de réagir au premier signalement de nouveaux cas, par exemple en donnant les pouvoirs nécessaires au haut-commissaire. L'épidémie ne se manifeste qu'avec un temps de décalage. Un nouveau cas est le signe avant-coureur que le virus circule déjà. Il circule d'autant plus vite si la population y a été jusqu'ici peu exposée et si aucune précaution n'était prise pour éviter les transmissions. Il est alors trop tard pour enrayer la reprise de l'épidémie par des mesures de distanciation et l'on en vient au confinement de la population, c'est ce qui vient d'être décidé en Nouvelle-Calédonie, voire à des confinements à répétition comme on l'a vu en Nouvelle-Zélande. De telles mesures nous paraissent beaucoup plus attentatoires aux libertés.

Nous vous proposons donc de juger que les mesures prescrites par les décrets attaqués étaient proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées à la situation qui prévalait en Nouvelle-Calédonie.

PCMNC au rejet des trois requêtes.