

N° 458526

Mme V V... et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 13 février 2023

Décision du 15 mars 2023

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, rapporteur public

Les outre-mer, comme la métropole, ont été frappés, différemment dans chaque cas, par la pandémie de Covid19. En Nouvelle-Calédonie, l'état d'urgence sanitaire avait été déclaré en mars 2020 (loi du 23 mars 2020) puis en octobre 2020 (décret du 14 octobre 2020) et il y avait été prorogé, cependant que la diffusion du virus avait été maîtrisée, en particulier grâce à des restrictions appliquées aux transports par voie aérienne et maritime, aux mesures de quarantaine et deux périodes de confinement, en mars 2020 puis en mars 2021.

A la rentrée 2021, après la période estivale, la situation s'est dégradée, avec l'arrivée et la diffusion du variant Delta. La Nouvelle-Calédonie a alors connu ses premiers décès causés par le Covid19.

Dès le 3 septembre, une délibération n° 44/CP de la commission permanente du congrès de la Nouvelle-Calédonie a instauré l'obligation vaccinale (v. en référé, 10 JS, 11 février 2022, Association Ensemble pour la planète et autres, n° 457818). La population a été confinée du 7 septembre au 10 octobre. L'état d'urgence sanitaire a été, à nouveau, déclaré, à compter du 9 septembre (décret n° 2021-1161 du 8 septembre 2021 déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie) et il a été appliqué jusqu'au 15 novembre 2021 (loi n° 2021-1172 du 11 septembre 2021 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire dans les outre-mer), date à laquelle la situation s'est améliorée (avant de se dégrader à nouveau au début de l'année 2022)¹.

C'est dans ce contexte que le gouvernement a adopté un décret du 17 septembre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, et dont l'objet était essentiellement de renforcer les conditions nécessaires pour voyager entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie ou Wallis-et-Futuna, entre la Nouvelle-Calédonie ou Wallis-et-Futuna et la métropole et entre la Nouvelle-Calédonie ou Wallis-et-Futuna et un pays étranger.

¹ V. notamment Ch. Froger, « L'état d'urgence sanitaire et sa sortie en Nouvelle-Calédonie. Retour sur dix-huit mois de covid-free », AJDA, 2022, n° 5, p. 264

Pour les déplacements de métropole vers la NC, toute personne de douze ans ou plus devait justifier que son déplacement est fondé sur un motif impérieux d'ordre personnel ou familial, un motif de santé relevant de l'urgence ou un motif professionnel ne pouvant être différé ; elle devait accepter la réalisation d'un test ou examen de dépistage à son arrivée et attesté du lieu de quarantaine ou d'isolement ; et enfin, présenter un justificatif de son statut vaccinal ou, pour les personnes âgées de douze à dix-sept ans et les personnes présentant une contre-indication médicale, le résultat négatif d'un examen réalisé moins de 72 heures avant le déplacement ou d'un test réalisé moins de 48 heures avant le déplacement.

Pour les déplacements de la NC vers la métropole, toute personne de douze ans ou plus devait justifier de son statut vaccinal (sauf les personnes mineures accompagnant une ou des personnes majeures qui en sont munies) ; à défaut de statut vaccinal, le déplacement devait être justifié par un motif impérieux d'ordre personnel ou familial, un motif de santé relevant de l'urgence ou un motif professionnel ne pouvant être différé.

Mme V V... et M. L W..., originaires de Nouvelle-Calédonie et résidant en métropole, ainsi que l'association Ensemble pour la planète, localisée en Nouvelle-Calédonie, vous demandent d'annuler le décret du 17 septembre 2021.

Le premier moyen de leur requête est tiré de ce que le décret attaqué a été pris sans consultation préalable du gouvernement de Nouvelle-Calédonie, alors qu'en vertu de l'article 133 de loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie le gouvernement est consulté par le haut-commissaire sur les projets de décrets comportant des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie.

Mais la consultation n'était pas obligatoire, car le décret ne comporte pas des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie.

Dans votre jurisprudence, ne sont pas spécifiques les dispositions réglementaires qui se bornent à reproduire les prescriptions législatives (4 juillet 1997, CTC, n° 176644, aux T.). Ce n'est pas le cas en l'espèce, car si la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, qui constitue la base législative du décret, prévoyait que le Premier ministre pouvait imposer des justificatifs aux personnes souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, il appartenait au Premier ministre, et c'est l'objet du décret attaqué, d'en fixer les modalités particulières d'application, notamment selon les territoires concernés.

Ne sont pas non plus spécifiques les dispositions qui se contentent d'étendre les règles définies sur le reste du territoire national (14 octobre 2021, T... et autres, n° 441059, aux T.). Ce n'est pas non plus le cas en l'espèce : il n'y avait pas une réglementation générale des déplacements au départ ou à destination de la métropole qui aurait été étendue à la Nouvelle-Calédonie.

Relèvent en revanche de la consultation obligatoire, toujours selon votre jurisprudence, les dispositions qui, adaptées aux particularités de la collectivité ou ne concernant qu'elle, sont spécifiques à cette collectivité (Section, 5 novembre 2014, C... et a., n° 378140 et a., A).

Or, en l'espèce, d'une part, les dispositions en cause ne concernent pas que la Nouvelle-Calédonie. Le texte d'origine, ce sont les dispositions des articles 23-2 et 23-3 du décret du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, issues du décret n° 2021-724 du 7 juin 2021. Remarquons d'ailleurs que le décret en litige a été pris au titre du régime général de gestion de la sortie de crise sanitaire, et qu'il n'a pas été pris au titre du régime d'état d'urgence sanitaire alors applicable sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

Ces dispositions du décret du 1^{er} juin ainsi modifié ont mis en œuvre le dispositif de « passeport sanitaire » prévu par la loi du 31 mai 2021 aussi bien pour Saint-Barthélemy, Saint-Martin, la Guadeloupe et la Martinique, que La Réunion et Mayotte, la Guyane, Saint-Pierre-et-Miquelon, ou encore la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna. Le passeport sanitaire ne concernant pas seulement la Nouvelle-Calédonie, les dispositions qui le régissent ne lui sont donc pas spécifiques à ce titre.

D'autre part, si, pour chacune de ces collectivités, des règles propres ont été édictées, nous n'y voyons pas des adaptations aux particularités de la collectivité, c'est-à-dire à son statut, son organisation ou son fonctionnement, mais seulement des ajustements décidés en fonction de la situation sanitaire locale. Il n'y a donc pas eu, dans le décret du 1^{er} juin 2021, plusieurs dispositions spécifiques à plusieurs collectivités, mais un régime général, celui du passeport sanitaire, ajusté aux besoins, différents selon les territoires, de la lutte contre l'épidémie de Covid19.

Si bien que, pas plus que le gouvernement n'avait consulté, avant de prendre le décret du 7 juin 2021, les institutions des collectivités de l'article 74 de la Constitution qui doivent, en vertu de cet article 74 et selon les modalités prévues par leur statut, être consultées sur les projets de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité (et de même pour la Collectivité de Corse), il ne devait consulter le gouvernement de Nouvelle-Calédonie avant de prendre le décret du 17 septembre 2017.

Vous pourrez donc, et tout en sachant qu'en pratique, les autorités de la Nouvelle-Calédonie n'étaient évidemment pas dans l'ignorance du texte à intervenir, écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 133 du statut organique de la Nouvelle-Calédonie.

Si vous étiez d'un autre avis, ie si vous considérez que, compte-tenu de la nature des mesures prises, elles doivent être regardées comme spécifiques à la Nouvelle-Calédonie, et que donc la consultation du gouvernement était formellement obligatoire, vous pourrez aussi écarter le moyen, car, au regard de la situation sanitaire, l'urgence de la situation commandait que les dispositions en cause soient prises dans les délais les plus brefs. L'article 133 prévoit que le gouvernement, saisi pour avis, le rend dans un délai d'un mois, ce qui n'est pas compatible avec l'urgence de la situation. Cet article prévoit certes, également, que le délai d'un mois est ramené à quinze jours en cas d'urgence (et que dans ce cas la question est inscrite à l'ordre du

jour de la première séance du gouvernement qui suit la réception de la demande), mais il ne s'agit donc que d'une procédure accélérée, qui demeure incompatible avec la situation à laquelle la Nouvelle-Calédonie était confrontée au mois de septembre 2021.

Sur le fond, les requérants font tout d'abord valoir que, par le décret attaqué, qui par principe impose de justifier d'un statut vaccinal, le Premier ministre a méconnu les termes pourtant tout à fait clairs de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021, selon lesquels, d'une part, pour le « passe sanitaire voyage » (ou « passeport sanitaire »), il pouvait imposer aux personnes souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 **ou** un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 (II, A, 1^o), alors que pour « le passe sanitaire activités », il pouvait subordonner l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation **soit** du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, **soit** d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, **soit** d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 (II, A, 2^o).

Pour les requérants, tandis qu'avec les « soit » du passe sanitaire le Premier ministre devait choisir l'un des justificatifs, avec les « ou » du passeport sanitaire il devait laisser le choix aux personnes concernées de présenter l'un des trois justificatifs envisagés par l'article.

Il résulte toutefois des intéressants échanges qui ont lieu en commission mixte paritaire (rapport du 20 mai 2021, n° 4182 AN et 621 Sénat), sur les différences entre une virgule et un point-virgule et sur la distinction entre un « ou » et un « soit », que les sénateurs et les députés, en adoptant l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021, ont bien entendu permettre au Premier ministre d'imposer, pour les voyages, le statut vaccinal seul, le cas échéant cumulé avec le résultat négatif d'un examen de dépistage virologique, tandis qu'ils ont clairement opté pour le caractère alternatif des trois documents dans le cas du passe sanitaire.

Cette interprétation du texte promulgué a déjà été retenue par le juge des référés (JRCE, 26 août 2021, M. X... et autres, n° 455385) et reprise par la 10^{ème} chambre jugeant seule (29 décembre 2022, M. X... et autres, n° 455384). Nous vous proposons de la consacrer par votre formation de chambres réunies.

Il en résulte qu'en imposant le statut vaccinal pour les voyages entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie, et en ne retenant un résultat négatif que pour certaines exceptions, le décret attaqué n'a pas méconnu l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021.

Toujours sur le fond, les requérants soutiennent que le décret attaqué a porté une atteinte disproportionnée à leur liberté d'aller et de venir.

Ils font valoir, nous citons, que les personnes voulant se rendre en Nouvelle-Calédonie se trouvent dans l'absolue nécessité de se vacciner. L'obligation ainsi instituée entraverait alors

directement la liberté d'aller et venir des personnes souhaitant se rendre sur le territoire néo-calédonien. Nous serions tentés de répondre que la liberté d'aller et venir n'est donc pas entravée, puisqu'il suffit d'être vacciné pour se rendre en Nouvelle-Calédonie.

Mais il faut ajouter, en premier lieu, que la vaccination, si elle n'empêche pas d'être infecté, réduit cependant ce risque (ainsi que celui de développer une forme grave de la maladie) et limite donc le risque de diffusion du virus. Compte-tenu de la situation sanitaire en Nouvelle-Calédonie au mois de septembre 2021, et sachant que le taux de vaccination localement était encore faible et que les moyens hospitaliers y sont limités (moins d'une cinquantaine de lits de réanimation), la vaccination, couplée à un test ou examen de dépistage à l'arrivée en Nouvelle-Calédonie et une mesure de quarantaine, était justifiée et proportionnée au but poursuivi. A cet égard, le moyen tiré de la méconnaissance de « liberté de conscience » garantie les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté (6 mai 2019, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, n° 419242, A ; 10 décembre 2021, L... et autres, n°s 456004 et autres numéros, A).

Il faut ajouter, en deuxième lieu, que, par ailleurs, la commission permanente du Congrès de la Nouvelle-Calédonie avait, quelques jours avant le décret attaqué, institué, par la délibération n° 44/CP du 3 septembre 2021, une obligation de vaccination contre le virus SARS-CoV-2, applicable, sauf contre-indication médicale, à l'ensemble des personnes majeures présentes sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, avec certes cependant un délai de mise en œuvre échelonné. Mais ce faisant, le décret attaqué ne contredit pas cette délibération, il la complète utilement, dans un contexte où l'objectif était de parer à l'importation du virus sur le territoire calédonien.

Il faut enfin ajouter, en troisième lieu, que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, le recours à un test sérologique n'est pas, compte-tenu de son manque de précision, une mesure mieux adaptée que la vaccination. Les 1/4 CR l'ont déjà jugé en ce sens dans une décision du 14 mars 2022, B... et P-S... n°s 454794 et 455239, en se référant notamment aux avis du 3 mai 2021 du comité scientifique et du 17 juin 2021 de la Haute Autorité de santé : le résultat positif d'un test sérologique, indiquant l'existence d'anticorps contre le virus SARS-CoV2 chez une personne rétablie d'une infection à la maladie covid-19, ne permet d'attester ni de la date de son infection, ni, en l'état des données acquises de la science, de son niveau d'immunité contre cette maladie.

Les requérants ajoutent que le décret n'a prévu aucune limitation de durée, mais l'argument ne peut qu'être écarté car, en vertu même de la loi du 31 mai 2021, et en tout état de cause en vertu du régime général des mesures de police, il est mis fin sans délai aux mesures prises en application de cette loi lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

PCMNC Rejet de la requête.