

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANCAISE**

N°2000545

Mme X et autres

M. Stéphane Retterer
M. David Katz
Mme Emeline Theulier de Saint-Germain
Juges des référés

Audience du 24 septembre 2020
Ordonnance du 25 septembre 2020

54-035-03-03-01

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Les juges des référés statuant dans les conditions
prévues au troisième alinéa de l'article L.511-2 du
code de justice administrative

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 septembre 2020 à 22h44 heure de métropole, soit 10h44, heure locale, Mme X et autres, représentés par Me Millet, demandent au juge des référés :

1°) sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution de l'arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020, modifié par l'arrêté n° 1233 CM du 12 août 2020, portant mesures de prévention pour faire face à l'épidémie de covid-19 ;

2°) sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative, de condamner la Polynésie française à leur verser la somme de 500 000 F CFP.

Ils soutiennent que :

- Sur les atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales :

- le règlement litigieux rend obligatoire le port du masque de protection pour toute personne âgée d'au moins onze ans, dans tous les lieux clos et établissements recevant du public, ainsi qu'aux professionnels et leurs clients dans certaines circonstances ; ces mesures portent une atteinte grave à la liberté d'aller et venir, à la liberté individuelle, au droit au respect de la vie privée et familiale, à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie, au principe de légalité des peines et au droit à la protection de la santé ;

- l'arrêté critiqué a été adopté par la Polynésie française alors que celle-ci n'a pas compétence pour intervenir dans un domaine qui affecte la garantie des libertés publiques, lequel domaine est réservé à l'Etat ;

- le port du masque constitue une entrave à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et

venir, dans la mesure où cela gêne la respiration et entraîne de nombreux désagréments ; le fait de ne pas porter le masque interdit aux personnes concernées l'accès aux lieux clos ;

- le fait de ne pas porter le masque interdit aux personnes concernées de travailler et porte directement atteinte à la liberté d'entreprendre ;

- l'acte contesté ne fournit aucune définition du « masque » dont le port est rendu obligatoire, alors que cette obligation est assortie d'une sanction pénale ; cela contrevient au principe de légalité des peines, crée une insécurité juridique et introduit un risque sanitaire au regard de l'utilisation de masques inadaptés ;

- l'arrêté du 16 juillet 2020, modifié le 12 août 2020, impose le port du masque dans tous les lieux clos et établissements recevant du public sans énumérer les établissements accueillant du public qui pourraient être concernés, ni donner une définition précise de ce qu'est un « lieu clos » ; cela contrevient au principe de légalité des peines, crée une insécurité juridique

- l'absence de gratuité des masques dont le port est rendu obligatoire porte atteinte au droit à la protection de la santé ;

- l'arrêté litigieux ne prévoit aucune limitation dans le temps des obligations exceptionnelles qu'il impose ;

- l'arrêté litigieux ne prévoit aucune dérogation à l'obligation du port du masque ; cette absence de dérogation porte une atteinte injustifiée au droit à la protection de la santé, notamment en imposant le port du masque aux personnes malades présentant une contre-indication médicale ;

- l'obligation du port du masque est imposée aux personnes évoluant dans leur lieu d'habitation ou dans des locaux professionnels, tels des bureaux, qu'elles occupent seules est injustifiée et porte atteinte aux libertés fondamentales invoquées ;

- Sur l'urgence :

- les requérants ne peuvent plus avoir de contacts physiques avec leur proches, ils ne peuvent plus accéder aux lieux clos, ni à de nombreux lieux extérieurs sans porter de masque au risque de commettre une infraction pénale ; le port du masque constitue un désagrément ; ils ne peuvent plus travailler sans porter de masque ; ils sont confrontés à une charge financière supplémentaire, à une insécurité juridique majeure, à un risque sanitaire dans la mesure où les masques ne sont pas normés ; M. Y., dont l'état de santé lui interdit de porter un masque, justifie incontestablement d'une situation d'urgence ;

Par un mémoire enregistré le 24 septembre 2020 à 7h53 heure locale, soit 19h53 heure de métropole, le président de la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;

- les mesures prises sont adaptées à la situation et proportionnées, et ne peuvent être regardées comme portant une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- la « loi du pays » n° 2020-11 du 21 avril 2020 sur la prévention et la gestion des menaces sanitaires graves et des situations d'urgence ;

- l'arrêté n° 1605 CM du 16 juillet 2020 portant mesures de prévention pour faire face à l'épidémie de covid-19, modifié par l'arrêté n° 1233 CM du 12 août 2020 ;

- le code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Le président du tribunal a désigné M. Katz, M. Retterer, Mme Theulier de Saint-Germain pour statuer sur les demandes de référé.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à la suite du rapport de M. Katz, juge des référés, les observations de Me Millet, représentant Mme X et autres, ainsi que les observations de M. Lebon, représentant la Polynésie française, qui ont repris les moyens et arguments sus analysés.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience, le 24 septembre 2020 à 11h00, heure locale, soit 23h00 heure de métropole.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

2. La liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie, le droit au respect de la vie privée et familiale, la protection de la santé, la liberté d'aller et de venir et le droit de chacun au respect de sa liberté individuelle, qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui, constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de cet article.

Sur la condition tenant à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale :

3. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020. La propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre des solidarités et de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion. Le législateur, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020, puis, par l'article 1^{er} de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, a prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus. Les mesures prises sur le fondement de ces textes ont été rendues applicables en Polynésie française.

4. Il résulte de l'instruction que depuis le 4 mai 2020 et jusqu'au 25 juillet 2020, aucune personne contaminée par le virus SARS-Cov-2 n'a plus été recensée sur le territoire de la Polynésie

française. Cependant, à compter du 25 juillet 2020, deux personnes ont été infectées par ce virus et celui-ci s'est ensuite propagé subitement du 2 au 11 août 2020, période durant laquelle 77 nouveaux cas ont été identifiés sur une population totale de près de 275 000 habitants. Cette situation impose aux pouvoirs publics de la Polynésie française de prendre, dans un contexte d'insularité caractérisé notamment par l'existence de populations éloignées des infrastructures hospitalières, les mesures adaptées pour contenir la propagation d'une épidémie qui, à ce jour, a causé 3 décès sur le territoire de cette collectivité d'outre-mer, dont le premier est apparu le 11 septembre 2020.

5. Il résulte également de l'instruction, en l'état actuel des connaissances, que d'une part, le virus peut se transmettre par gouttelettes respiratoires, par contacts et par voie aéroportée et que, d'autre part, les personnes peuvent être contagieuses sans le savoir, notamment pendant la phase pré-symptomatique, de l'ordre de cinq jours en moyenne, de l'infection. Il résulte des avis rendus par le « conseil scientifique COVID-19 » le 2 juin 2020 et le 27 juillet 2020, sur lesquels les autorités polynésiennes indiquent s'être fondées, que l'usage d'un masque dans les lieux publics et dans les lieux confinés est recommandé.

6. En vertu de la « loi du pays » n° 2020-11 du 21 avril 2020 sur la prévention et la gestion des menaces sanitaires graves et des situations d'urgence, le conseil des ministres peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique « *toute mesure réglementaire proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences possibles sur la santé de la population de Polynésie française* ». Par un arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020, portant mesures de prévention pour faire face à l'épidémie de covid-19, modifié par l'arrêté n° 1233CM du 12 août 2020, le conseil des ministres de la Polynésie française a imposé une mesure de distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes « *en tout lieu et en toute circonstance* ». En outre, l'article 2 de cet arrêté rend obligatoire « *le port du masque de protection (...) pour toute personne âgé d'au moins onze ans dans les lieux clos et établissements recevant du public* ». L'article 2-1 du même arrêté précise que « *lorsque, par sa nature, une activité professionnelle, quel que soit son lieu d'exercice, ne permet pas de maintenir la mesure de distanciation [physique] entre le professionnel et le client ou l'usager, le port du masque est obligatoire* ». L'arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020 modifié prévoit aussi, en son article 2-2, les modalités particulières de l'utilisation du masque dans les restaurants et les débits de boissons et rend obligatoire, par son article 3, le port du masque de protection pour toute personne âgée de onze ans ou plus dans les transports publics terrestres et maritimes. Par ailleurs, il résulte de l'article 4 du même arrêté que la violation de ces mesures est punie d'une contravention de quatrième classe. Enfin, ces mesures sont prises sans limitation de durée et sont applicables sur tout le territoire de la Polynésie française.

7. En premier lieu, les requérants soutiennent que les mesures prescrites à peine de sanction par l'arrêté du 16 juillet 2020, modifié le 12 août 2020, portent aux libertés fondamentales mentionnées au point 2 une atteinte grave et manifestement illégale, dès lors que la Polynésie française ne tirerait d'aucun texte une compétence pour adopter de telles mesures et que lesdites mesures relèveraient exclusivement de la compétence de l'Etat. Toutefois, l'arrêté litigieux a été pris sur le fondement des dispositions précitées de la « loi du pays » n° 2020-11 du 21 avril 2020, qui ont pour objet de permettre 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. Ces dispositions ne se rattachent pas, pour l'application de la loi organique du 27 février 2004, à la sécurité civile mais à la santé publique. Elles entrent ainsi dans le champ de compétence de la Polynésie française. Par suite, aucune atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne peut être caractérisée du seul fait que le port du masque de protection a été rendu obligatoire par la Polynésie française.

8. En deuxième lieu, les requérants soutiennent qu'il est porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales mentionnées au point 2, ainsi qu'au principe de la légalité des peines, dès lors que l'arrêté critiqué ne comporte aucune définition de la notion de « masque de protection » dont le port est rendu obligatoire. Toutefois, dans le contexte rappelé ci-dessus, la notion de « masque de protection » s'entend nécessairement d'un dispositif qui couvre le nez et la bouche tout en permettant de respirer. La circonstance que la réglementation litigieuse n'énonce pas les caractéristiques techniques précises auxquelles doit répondre ce dispositif, alors qu'il existe en métropole une réglementation fiscale spécifique concernant notamment la forme, la composition et le niveau de filtration des masques de protection, ne permet pas de caractériser une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées, ni au principe de légalité des peines.

9. En troisième lieu, les requérants font valoir que l'absence de gratuité des masques serait de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la protection de la santé, compte tenu notamment des difficultés économiques rencontrées par une grande partie de la population polynésienne. Toutefois, ce droit n'implique pas que les autorités de la Polynésie française assurent la gratuité des masques de protection dont le port est imposé par la réglementation litigieuse. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que cette réglementation porte une atteinte grave et manifestement illégale à la protection de la santé ou à une des autres libertés fondamentales qu'ils invoquent.

10. En quatrième lieu, en rendant obligatoire le port du masque de protection pour toute personne âgée d'au moins onze ans « dans les lieux clos et établissements recevant du public », l'arrêté litigieux a nécessairement entendu s'appliquer aux seuls lieux publics, ainsi qu'aux établissements recevant du public, en excluant de son champ d'application les lieux privés, notamment les habitations. Dans ces conditions, contrairement à ce que soutiennent les requérants, les dispositions litigieuses ne les obligent pas à porter un masque de protection dans leur habitation ou dans un bureau où chacun se trouve seul. Par ailleurs, l'autorité administrative pouvait, sans atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, s'abstenir de définir plus précisément la notion de « lieu clos », cette notion étant suffisamment claire pour permettre d'identifier les lieux concernés par l'obligation du port du masque.

11. En cinquième lieu, les requérants soutiennent que l'obligation du port du masque pour les professionnels porte atteinte à la liberté d'entreprendre, dans les cas où ils opèrent en lieu clos ou lorsqu'il leur est impossible de respecter une distanciation physique d'au moins un mètre. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la restriction à cette liberté soit telle qu'il y soit porté une atteinte grave et manifestement illégale.

12. En sixième lieu, le caractère proportionné d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Les dispositions de la « loi du pays » n° 2020-11 du 21 avril 2020 rappellent en ce sens que le conseil des ministres peut prescrire des mesures réglementaires dans l'intérêt de la santé publique, à la condition qu'elles soient proportionnées aux risques encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Or, ainsi que le soutiennent les requérants, l'arrêté litigieux ne prévoit pas sa sortie de vigueur ni ne limite dans le temps les mesures qu'il impose, parmi lesquelles l'obligation du port d'un masque de protection. En ne prévoyant aucune limite temporelle à ces mesures restrictives de libertés, alors que celles-ci doivent être adaptées à la situation sanitaire qui n'a cessé d'évoluer depuis le début de l'épidémie, il est porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et de venir et au droit de chacun au respect de sa liberté individuelle.

13. En septième lieu, ainsi que le soutiennent les requérants, les dispositions litigieuses ne prévoient aucune dérogation à l'obligation du port d'un masque de protection pour les personnes dont l'état de santé leur interdit un tel dispositif. Par conséquent, pour les personnes justifiant médicalement de l'impossibilité de porter un masque, la mesure litigieuse a pour effet de les exposer à un risque personnel de santé plus important que le risque lié à l'épidémie de covid-19 ou de les contraindre à rester dans des lieux privés où le port du masque n'est pas obligatoire. Par suite, en ne prévoyant pas une dérogation pour ces personnes, l'arrêté du 16 juillet 2020, modifié le 12 août 2020, porte une atteinte grave et manifestement et illégale aux droits au respect de la vie et à la protection de la santé, ainsi qu'à la liberté d'aller et venir.

Sur la condition d'urgence :

14. Les mesures identifiées aux points 12 et 13 portent une atteinte immédiate à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle des personnes appelées à se déplacer sur le territoire de la Polynésie française, ainsi qu'aux droits au respect de la vie et à la protection de la santé. Il n'apparaît pas, eu égard aux motifs exposés aux points précédents, qu'un intérêt public suffisant s'attache au maintien de ces mesures dans leur intégralité. La condition d'urgence prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est par suite remplie.

Sur les mesures devant être prescrites :

15. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre à la Polynésie française de prendre, au plus tard le vendredi 2 octobre 2020, un nouvel arrêté ou de modifier l'arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020, dans sa version issue de l'arrêté n° 1233 CM du 12 août 2020, en prévoyant, d'une part, une limite temporelle aux mesures qu'il impose et, d'autre part, la possibilité pour les personnes justifiant médicalement de l'impossibilité de porter un masque de protection de déroger à l'obligation du port du masque.

Sur les frais liés au litige :

16. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la Polynésie française la somme demandée par les requérants au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E

Article 1^{er} : Il est enjoint à la Polynésie française de prendre, au plus tard le vendredi 2 octobre 2020, un nouvel arrêté ou de modifier l'arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020, dans sa version issue de l'arrêté n° 1233 CM du 12 août 2020, en prévoyant, d'une part, une limite temporelle aux mesures qu'il impose et, d'autre part, la possibilité pour les personnes justifiant médicalement de l'impossibilité de porter un masque de protection de déroger à l'obligation du port du masque. A défaut, l'exécution de l'arrêté n° 1065 CM du 16 juillet 2020, modifié le 12 août 2020, sera suspendue.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme X, désignée comme représentante unique de l'ensemble des requérants, et au président de la Polynésie française. Copie en sera adressée au haut-commissaire de la république en Polynésie française.

Fait à Papeete, le 25 septembre 2020.

Le juge des référés

Le juge des référés

Le juge des référés

S. Retterer

D. Katz

E. Theulier de Saint-Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Un greffier,