

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA POLYNESIE FRANCAISE**

N°2000544

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 10h43, heure locale, à Mme X et autres, représentés par la SELARL MLDC, demandent au juge des référés:

1°) sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative, de suspendre l'arrêté HC 2866 CAB du 13 août 2020, modifié, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de la sortie de l'état d'urgence sanitaire ;

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

Ils soutiennent que :

- Sur le caractère manifestement illégal de l'arrêté :

- l'arrêté litigieux qui impose des mesures d'hygiène et de distanciation sociale sans aucune restriction, ni dérogation, ainsi que le port du masque obligatoire à l'extérieur et en lieux clos, porte atteinte 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 du commerce, au principe de légalité, au droit à la protection de la santé ;

- les exposants soulèvent « sur la légalité externe », le problème de la compétence de l'autorité dans la production des mesures réglementaires destinées à faire face à une épidémie ;

- l'arrêté contesté ne fournit aucune définition du « masque » dont le port est rendu obligatoire ; il est impossible en l'état de déterminer les caractéristiques du masque qui est imposé, alors que cette obligation est assortie d'une sanction pénale ; cela contrevient au principe de légalité

et introduit un risque sanitaire au regard de l'utilisation de masques inadaptés ;

- au regard notamment du droit à la protection de la santé, les pouvoirs publics doivent garantir la disponibilité de ces masques et leur gratuité ; cette prise en charge s'impose d'autant plus que la situation économique et sociale de la population polynésienne est particulièrement dégradée, et qu'il existe un très fort besoin d'assistance sociale ;

- en dehors d'une personne en situation de handicap, l'arrêté litigieux ne prévoit aucune autre dérogation médicale à l'obligation du port du masque ; cette notion de handicap mériterait d'être explicitée ;

- l'arrêté ne prévoit aucun tempérament sur l'obligation de respecter les mesures d'hygiène et les gestes barrières, en imposant aux membres d'une même famille, y compris dans leur domicile, de respecter ces gestes barrières en toutes circonstances, au risque d'une sanction pénale ; cet arrêté s'applique implicitement mais nécessairement aux enfants mineurs sans limitation ;

- le port du masque obligatoire présente un caractère disproportionné en l'absence de preuve de son utilité ; cette obligation est en contradiction avec les recommandations de l'OMS ; cette obligation est d'autant plus injustifiée qu'elle s'applique aux enfants ;

- l'arrêté contesté prévoit une obligation générale et absolue de port du masque dans les lieux non caractérisés par une forte densité de personnes ou par une difficulté à assurer le respect de la distance physique, comme les abords de l'aéroport de Faa'a et de la gare maritime, les lieux de culte, les abords des établissements scolaires, des crèches et garderies, des établissements permettant la pratique d'activités sportives ou culturelles, les espaces verts ; s'agissant des zones visées en annexe 1 de l'arrêté litigieux, il est parfois impossible de savoir où l'obligation s'applique ; les zones visées dans la commune de Arue n'apparaissent que sur une carte en partie blanchie et tous les lieux colorés ne sont pas légendés ; les zones des communes de Vairao, Toahotu et Teahupoo ne sont pas identifiées sur une carte ; les zones ciblées de la commune de Papeete ne sont ni nommées ni énumérées ; de nombreuses communes n'apparaissent pas sur les cartes ;

- l'obligation du port du masque en extérieur s'applique sans aucune restriction horaire, de sorte que cette obligation nocturne constitue pour les SDF une atteinte beaucoup plus grave à leurs droits fondamentaux ; les abords des écoles et des crèches ne sont fréquentés qu'aux heures où les parents déposent ou récupèrent leurs enfants, de sorte qu'il est excessif d'imposer le masque aux habitants de la zone ; il en est de même pour les marchés, les lieux de culte ; cette obligation est disproportionnée ;

- 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 ; 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 ; le port du masque constitue un désagrément ; l'urgence est caractérisée par le caractère provisoire de la réglementation qui s'applique jusqu'au 15 octobre.

Par un mémoire enregistré le 23 septembre 2020, à 22h09, heure locale, le haut-commissaire de la République en Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :

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

- l'obligation du port du masque relève de la compétence de la Polynésie française comme de l'Etat ;
- l'information donnée par les autorités sanitaires de la Polynésie française sur les caractéristiques des masques a été très complète ;
- les services de l'Etat procèdent à des opérations de mises à disposition gratuites des masques ;
- toute personne disposant d'un certificat médical est insusceptible de recevoir une contravention quelle que soit la nature de son affection ;
- le port du masque n'est pas obligatoire dans la sphère privée et ne peut être sanctionné par les forces de l'ordre ;
- le haut conseil de la santé publique recommande le port systématique du masque lequel constitue un moyen efficace dans la lutte contre la diffusion du virus ;
- l'arrêté en cause limite le port du masque obligatoire aux seules zones caractérisées par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique ; les mesures prises sont adaptées à la situation et proportionnées, et ne peuvent être regardées comme portant une atteinte grave aux libertés fondamentales.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 ;
- le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 ;
- le code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

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

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, à la suite du rapport de M. Retterer, Me Millet, représentant Mme X. et autres, et Mme Vacarro, représentant le haut-commissaire de la République en 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 jeudi 24 septembre à 11h.

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 1er 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. Au vu de l'évolution de la situation sanitaire, les mesures générales adoptées par décret ont assoupli progressivement les sujétions imposées afin de faire face à l'épidémie.

4. En vertu du I de l'article 1er de la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, du 11 juillet 2020 au 30 octobre 2020 inclus, applicable en Polynésie française, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19, réglementer la circulation des personnes. En vertu du deuxième alinéa du II du même article, lorsque ces mesures doivent s'appliquer dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département, le Premier ministre peut habiliter le représentant de l'Etat dans le département à les décider lui-même, après avis, rendu public, du directeur général de l'agence régionale de santé. Ces mesures, selon le III de cet article, « sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires ». Enfin, il résulte du VII du même article que la violation de ces mesures peut faire l'objet d'une amende d'un montant forfaitaire de 135 euros, et, en cas de récidive dans les quinze jours, d'une amende de cinquième classe ou, en cas de violation à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général. Aux termes du II de l'article 1er du décret du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire, applicable en Polynésie française : « Dans les cas où le port du masque n'est pas prescrit par le présent décret, le préfet de département est habilité à le rendre obligatoire, sauf dans les locaux d'habitation, lorsque les circonstances locales l'exigent ». Il résulte de l'annexe 1 de ce décret que le masque doit alors répondre aux caractéristiques techniques fixées par l'article 30-0 E de l'annexe IV au code général des impôts.

5. Par un arrêté n° 2866/CAB du 13 août 2020, modifié le 27 août 2020 par l'arrêté n° 1416 et le 15 septembre 2020 par l'arrêté n° 2995, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de la sortie d'urgence sanitaire, pris sur le fondement de l'article 1er du décret du 10 juillet 2020, le haut-commissaire de la République en Polynésie française a imposé les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, ainsi que le port du masque, à compter du 13 août 2020 et jusqu'au 15 octobre 2020 inclus, notamment à toute personne âgée d'au moins onze ans dans les lieux clos et les établissements recevant du public, dans un périmètre de 100 mètres autour des marchés, aéroports, gares maritimes, lieux de culte, établissements scolaires, enseignement supérieur, crèches et garderies et établissements permettant la pratique d'activités sportives ou culturelles, dans les espaces verts, parcs publics et parcs de loisirs et dans les zones reconnues pour leur importante fréquentation identifiées en annexe 1 de l'arrêté. En sont exceptées, d'une part, les personnes en situation de handicap qui sont munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation et qui mettent en œuvre les mesures sanitaires définies par le ministre de la santé de la Polynésie française de nature à prévenir la propagation du virus et, d'autre part, celles pratiquant une activité physique ou sportive.

6. En premier lieu, il résulte de l'instruction, que la circulation du virus sur le territoire de la Polynésie française s'est accélérée depuis le mois de juillet, suite à l'ouverture des frontières aériennes, entraînant l'apparition de nouveaux cas de la covid-19 sur le territoire de la Polynésie française liée à deux clusters. Les enquêtes du bureau de veille sanitaire ont mis en exergue le fait que la propagation du virus a pour origine des regroupements de personnes, notamment dans les restaurants, dans les discothèques et à l'occasion des rassemblements festifs, sans respect des gestes barrières. Cette situation impose aux pouvoirs publics 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. En l'état actuel des connaissances, d'une part, le virus peut se transmettre par gouttelettes respiratoires, par contacts et par voie aéroportée et, 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 de l'avis du 23 juillet 2020 du Haut Conseil de la santé publique relatif à l'actualisation des connaissances scientifiques sur la transmission du virus SARS-CoV-2 par aérosols et des recommandations sanitaires, appuyés sur les études épidémiologiques récentes et la revue de la littérature scientifique existante, que le port systématique d'un masque grand public (référence Afnor), couvrant le nez et la bouche, limite l'émission des particules respiratoires, et se révèle efficace pour réduire le risque de contamination par le SARS-CoV-2. Ainsi, il ne résulte pas de l'instruction que le port du masque obligatoire ne présenterait aucune utilité, comme le font valoir les requérants.

7. En deuxième lieu, en se bornant à indiquer qu'il existe une faille institutionnelle en ce qui concerne la compétence de l'autorité productrice des mesures réglementaires destinées à faire face à une épidémie, les requérants ne caractérisent pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

8. En troisième lieu, contrairement ce que soutiennent les requérants, la notion de « masque », dont le port est rendu obligatoire par l'arrêté critiqué, est précisément circonscrite par un renvoi à la définition des « masques » mentionnés à l'article 30-0 E de l'annexe IV au code général des impôts. La circonstance que ce texte de droit fiscal ne soit pas applicable en Polynésie française ne fait pas obstacle à ce qu'un règlement de police sanitaire, quant à lui applicable dans cette collectivité d'outre-mer, procède à la définition d'un produit par référence aux caractéristiques techniques énoncées dans un texte applicable en métropole.

9. En quatrième lieu, et contrairement à ce que font valoir les requérants, l'arrêté litigieux prévoit, comme il a été précisé au point 5, des dérogations à l'obligation de porter le masque notamment pour les personnes en situation de handicap qui sont munies d'un certificat médical. En permettant à une personne de déroger à l'obligation de porter le masque sur présentation d'un certificat médical justifiant de cette dérogation, le haut-commissaire de la République n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à une des libertés fondamentales invoquées.

10. En cinquième 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 l'Etat assure 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.

11. En sixième lieu, l'arrêté litigieux n'impose pas aux membres d'une même famille, d'une part, et contrairement à ce que font valoir les requérants, l'obligation de respecter les mesures d'hygiène, les gestes barrières, dans les lieux privés et notamment au sein de leur domicile, sous peine de sanction pénale. D'autre part, en alléguant que l'arrêté litigieux s'applique implicitement mais nécessairement aux enfants mineurs sans limitation, alors qu'il ne s'applique qu'aux enfants d'au moins onze ans, et en se bornant à faire valoir que l'arrêté litigieux impose des mesures d'hygiène et de distanciation sociale sans aucune restriction, ni dérogation, les requérants ne justifient pas d'une atteinte grave et manifestement illégale à une des libertés qu'ils invoquent.

12. En septième 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. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération. Il en résulte que le préfet, lorsqu'il détermine les lieux dans lesquels il rend obligatoire le port du masque, est en droit de délimiter des zones suffisamment larges pour englober de façon cohérente les points du territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique, de sorte que les personnes qui s'y rendent puissent avoir aisément connaissance de la règle applicable et ne soient pas incitées à enlever puis remettre leur masque à plusieurs reprises au cours d'une même sortie. Il peut, de même, définir les horaires d'application de cette règle de façon uniforme dans l'ensemble d'une même commune, voire d'un même département, en considération des risques encourus dans les différentes zones couvertes par la mesure qu'il adopte. Il doit, toutefois, tenir compte de la contrainte que représente, même si elle reste mesurée, le port d'un masque par les habitants des communes concernées, qui doivent également respecter cette obligation dans les transports en commun et, le plus souvent, dans leur établissement scolaire ou universitaire ou sur leur lieu de travail.

13. D'une part, en se bornant, par des considérations générales, à indiquer que l'obligation de porter le masque dans un périmètre de 100 mètres autour des marchés, aéroports, gares maritimes, lieux de culte, établissements scolaires, enseignement supérieur, crèches et garderies et établissements permettant la pratique d'activités sportives ou culturelles, dans les espaces verts, parcs publics et parcs de loisirs, n'est pas caractérisé par une forte densité de population, ni par une quelconque difficulté à assurer le respect des gestes barrières, les requérants n'apportent pas les éléments de nature à établir que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la mesure serait de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, alors que l'arrêté délimite ces zones de manière

suffisamment large pour englober de façon cohérente des points du territoire caractérisés par une difficulté à assurer le respect de la distance physique.

14. D'autre part, il ne résulte pas de l'instruction que, dans les lieux précités, il y aurait une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale en n'excluant pas certaines périodes horaires, qui ne pourraient être qu'une période nocturne d'un intérêt très limité, de l'obligation de port du masque.

15. Par ailleurs, dans les communes de Arue et de Papeete, la délimitation des zones où le port du masque a été rendu obligatoire, est cohérente, et en l'état de l'instruction, ne porte pas atteinte à une liberté fondamentale, alors même que certaines communes de Tahiti n'apparaissent pas sur les cartes de l'annexe 1 de l'arrêté querellé.

16. En revanche, l'arrêté du 27 août 2020, complétant l'arrêté litigieux, et imposant le port du masque obligatoire dans les lieux et aux abords de lieux situés dans les « sections de communes » de Vairao, Toahotu et Teahupoo, se borne à désigner des lieux par renvoi à un numéro de cadastre, et à indiquer le type de lieu, sans document graphique. L'objectif de simplicité et de lisibilité de l'obligation du port du masque vise à en assurer l'effectivité auprès des populations concernées en leur permettant d'appréhender de façon intelligible et cohérente les zones dont le port du masque est obligatoire. En procédant ainsi, alors que l'arrêté critiqué ne renvoi à aucune cartographie précise des lieux concernés et que les communes associées ont une population limitée à 2890 habitants pour Vairao, 3769 habitants pour Toahotu, et 1419 habitants pour Teahupoo, l'arrêté litigieux est, en l'espèce, de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle.

Sur la condition d'urgence :

17. Les mesures identifiées au point 16 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. 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 :

18. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre au haut-commissaire de la République en Polynésie française de prendre, au plus tard le vendredi 2 octobre 2020, un nouvel arrêté ou de modifier l'arrêté litigieux, afin de délimiter de façon cohérente et intelligible, l'obligation de port du masque dans les communes associées de Vairao, Toahotu et Teahupoo.

Sur les frais liés au litige :

19. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions des requérants présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE

Article 1^{er}: Il est enjoint au haut-commissaire de la République en Polynésie française de prendre, au plus tard le vendredi 2 octobre 2020, un nouvel arrêté ou de modifier l'arrêté HC n°2866/ CAB

du 13 août 2020, modifié le 27 août 2020 par l'arrêté n°1416/CAB, afin de délimiter de façon cohérente et intelligible l'obligation du port du masque dans les communes associées de Vairao, Toahotu, et Teahupoo. A défaut, l'exécution de l'arrêté HC n°2866/CAB du 13 août 2020, modifié le 27 août 2020 par l'arrêté n°1416/CAB, sera suspendue en tant qu'il concerne ces zones.

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

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme X, en tant que représentante désignée pour l'ensemble des requérants et 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,