

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 440002

UNION NATIONALE DES SYNDICATS
FORCE OUVRIERE SANTE PRIVEE
et autres

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ordonnance du 15 avril 2020

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 7 et 12 avril 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Union nationale des syndicats FO Santé privée, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière, l'Union départementale des syndicats CGT de Tarn-et-Garonne, l'Union des syndicats santé CGT de Tarn-et-Garonne, le syndicat CGT du centre hospitalier de Montauban, le syndicat CGT des EHPAD publics du Havre Les Escales et Mme A. A, demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé de prendre les mesures réglementaires propres à assurer le dépistage systématique et régulier des résidents, personnels et intervenants au sein de tous les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), y compris lorsqu'ils sont asymptomatiques, et prendre les mesures propres à affecter prioritairement à leur dépistage le matériel nécessaire ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé de prendre les mesures réglementaires propres à assurer l'usage systématique et régulier du matériel de protection par les résidents, personnels et intervenants au sein de tous les EHPAD et de prendre les mesures propres à assurer la production, l'affectation et la distribution des matériels de protection nécessaires ;

3°) d'enjoindre au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé de prendre les mesures réglementaires propres à assurer la production et la distribution aux EHPAD de matériels permettant une oxygénation à haut débit pour les résidents dont l'état ne nécessite pas une prise en charge dans un établissement hospitalier ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat le versement aux requérants de la somme de 3 000 euros, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- ils ont un intérêt à agir ;

- la condition d'urgence est remplie eu égard, d'une part, aux risques de contamination au virus covid-19 et de décès des résidents des EHPAD, en raison de leur fragilité et de leur sensibilité à l'agent infectieux, de leurs conditions de vie dans une inévitable promiscuité propice à une large diffusion de cet agent infectieux, et de leur accès réduit aux soins, notamment aux services d'urgence, de réanimation, de ventilation et aux soins palliatifs, et d'autre part, aux risques de contamination, faute de dispositions suffisantes, des personnels des EHPAD ;

- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, rappelé notamment à l'article 3 de la même convention, et au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé ;

- l'absence de mise en œuvre par le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé, sur le fondement des dispositions des articles L. 3131-15, L. 3131-16 et L. 3131-1 du code de la santé publique, en premier lieu, de mesures de dépistage systématique pour les résidents, les personnels et les intervenants dans les EHPAD, en deuxième lieu, de préconisations sur l'usage systématique de matériels de protection, tels que masques, gants, blouses et gel hydroalcoolique et, par suite, de fourniture de ce matériel aux EHPAD, et, en dernier lieu, de mesures assurant l'équipement des EHPAD en matériel permettant une oxygénation à haut débit pour les résidents dont l'état ne nécessite pas une prise en charge dans un établissement hospitalier, constitue une carence qui porte une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés qu'ils invoquent.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 avril 2020, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient que les requérants n'ont établi aucune action ou carence de l'autorité publique de nature à créer un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, et par suite à porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit d'observations.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, l'Union nationale des syndicats FO Santé privée et autres et, d'autre part, le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 13 avril 2020, à 10 heures :

- Me Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'Union nationale des syndicats FO Santé privée et autres ;

- le représentant de l'Union syndicale des syndicats FO Santé privée et autres ;
- les représentants du ministre des solidarités et de la santé ;

à l'issue de laquelle le juge des référés fixé la clôture de l'instruction au 14 avril 2020 à 19 heures.

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 14 avril 2020, par lequel le ministre des solidarités et de la santé maintient les conclusions de son mémoire en défense ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 14 avril 2020, par lequel l'Union syndicale des syndicats FO Santé privée et autres maintiennent leurs conclusions et leurs moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. L'article L. 511-1 du code de justice administrative dispose que : « *Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais.* » Aux termes de l'article L. 521-2 du même code : « *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.* ».

Sur l'office du juge des référés et les libertés fondamentales invoquées :

2. Il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2 du code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, résultant de l'action ou de la carence de cette personne publique, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai et qu'il est possible de prendre

utilement de telles mesures. Celles-ci doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises.

3. Pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le droit au respect de la vie et le droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de cet article. En outre, une carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en œuvre le droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, peut faire apparaître, pour l'application de ces dispositions, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée.

Sur les circonstances et les mesures prises par le Premier ministre :

4. L'émergence d'un nouveau coronavirus (covid-19), de caractère pathogène et particulièrement contagieux, et sa propagation sur le territoire français ont conduit le ministre des solidarités et de la santé à prendre, par plusieurs arrêtés à compter du 4 mars 2020, des mesures sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique. En particulier, par un arrêté du 14 mars 2020, un grand nombre d'établissements recevant du public ont été fermés au public, les rassemblements de plus de 100 personnes ont été interdits et l'accueil des enfants dans les établissements les recevant et des élèves et étudiants dans les établissements scolaires et universitaires a été suspendu. Puis, par un décret du 16 mars 2020 motivé par les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19, modifié par décret du 19 mars, le Premier ministre a interdit le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, à compter du 17 mars à 12h, sans préjudice de mesures plus strictes susceptibles d'être ordonnées par le représentant de l'Etat dans le département. Le ministre des solidarités et de la santé a pris des mesures complémentaires par des arrêtés des 17, 19, 20, 21 mars 2020.

5. Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a été déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. Par un nouveau décret du 23 mars 2020 pris sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique issu de la loi du 23 mars 2020, le Premier ministre a réitéré les mesures qu'il avait précédemment ordonnées tout en leur apportant des précisions ou restrictions complémentaires. Leurs effets ont été prolongés en dernier lieu par décret du 14 avril 2020.

Sur la demande en référé :

6. Les requérants demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, qu'il enjoigne au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé, en premier lieu, de prendre les mesures réglementaires propres à assurer le dépistage systématique et régulier des résidents, personnels et intervenants au sein de tous les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), y compris lorsqu'ils sont asymptomatiques, et de prendre les mesures propres à affecter prioritairement à leur dépistage le matériel nécessaire, en deuxième lieu de prendre les

mesures réglementaires propres à assurer l'usage systématique et régulier du matériel de protection par les résidents, personnels et intervenants au sein de tous les EHPAD et de prendre les mesures propres à assurer la production, l'affectation et la distribution des matériels de protection nécessaires, enfin en troisième lieu, de prendre les mesures réglementaires propres à assurer la production et la distribution aux EHPAD de matériels permettant une oxygénation à haut débit pour les résidents dont l'état ne nécessite pas une prise en charge dans un établissement hospitalier.

En ce qui concerne les tests de dépistage :

7. Il résulte de l'instruction que par un avis du 31 mars 2020, le Haut conseil de santé publique, dans l'état des connaissances et des ressources disponibles, a recommandé de donner la priorité, en matière de réalisation des tests diagnostiques dits RT-PCR, aux patients présentant des symptômes sévères de covid-19 et aux personnels de structures médico-sociales présentant des symptômes évocateurs de ce virus, ainsi qu'à l'exploration des foyers de cas possibles au sein des structures d'hébergement collectif, en se limitant, dans cette dernière hypothèse, à trois tests par unité. Dans le même avis, il a exclu des indications prioritaires l'exploration de cas possibles en EHPAD lorsque le diagnostic a déjà été porté chez trois résidents, et exclu des indications de diagnostic par RT-PCR les personnes présentant peu de symptômes du covid-19 et les personnes ayant été au contact d'un cas de covid-19 confirmé.

8. Allant au-delà de ces recommandations, le ministre des solidarités et de la santé a annoncé, le 6 avril 2020, qu'une campagne de dépistage systématique serait engagée en faveur du personnel et des résidents des EHPAD dans lesquels un cas de contamination au covid-19 a été constaté. Comme le relèvent les requérants, certaines collectivités territoriales, dans les zones particulièrement touchées, ont par ailleurs annoncé des campagnes de dépistage des personnels et résidents de tous les EHPAD de leur ressort territorial. Il ressort des indications données par les représentants du ministre lors de l'audience de référé du 13 avril 2020, confirmées par son mémoire du 14 avril, que la capacité de tests de dépistage de la présence virale par test RT-PCR s'élevait, à la date du 11 avril 2020, à 21 000 tests par jour ouvré. Par le décret n° 2020-400 du 5 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les préfets ont été habilités, en cas d'insuffisance, dans leur département, des capacités de réalisation de l'examen de « détection du génome du SARS-CoV-2 par RT PCR », à ordonner la réquisition des équipements et des personnels nécessaires au fonctionnement des laboratoires de biologie médicale qui réalisent cet examen. Enfin, des commandes ont été passées, portant d'une part sur vingt automates d'extraction, d'une capacité théorique maximale de 48 000 tests par jour, lesquels sont en cours d'installation, d'autre part sur les fournitures nécessaires à la réalisation de tests RT-PCR supplémentaires, avec l'objectif d'atteindre les chiffres de 40 000 tests par jour avant la fin du mois d'avril et 60 000 tests par jour dans les semaines suivantes.

9. Dans ces conditions, et alors qu'il est matériellement impossible de soumettre, à bref délai, à des tests de dépistage systématiques et réguliers l'ensemble des personnels et résidents des EHPAD, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'action de l'Etat en faveur de la réalisation de tests de dépistage du covid-19 dans les EHPAD, compte tenu des moyens dont dispose l'administration et des mesures déjà prises, caractériserait une carence portant une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales qu'ils invoquent.

En ce qui concerne les matériels de protection :

10. Il résulte de l'instruction que, comme l'indiquent les requérants, la position du ministère des solidarités et de la santé depuis le 21 mars 2020, en présence d'un nombre insuffisant de masques de protection à la disposition de l'Etat, est de donner la priorité aux professionnels de santé amenés à prendre en charge des patients atteints du covid-19, ainsi qu'aux personnes intervenant auprès des personnes âgées en EHPAD. Pour ces derniers, la dotation annoncée est de cinq masques chirurgicaux par lit ou place et par semaine, avec un objectif chiffré de 500 000 masques chirurgicaux par jour, la dotation attribuée à chaque établissement devant permettre de couvrir en priorité les besoins des professionnels œuvrant auprès de patients possibles ou confirmés de covid-19.

11. Il résulte des déclarations des représentants du ministre lors de l'audience du 13 avril 2020 et des indications figurant dans son mémoire du 14 avril que les autorités de l'Etat ont pris des mesures pour augmenter le nombre de masques de protection disponibles, en déployant une politique d'importation massive et en encourageant la production nationale, qui devrait passer d'environ 6 millions de masques par semaine en mars à plus de 10 millions par semaine en mai 2020. Au 10 avril 2020, le total des commandes notifiées représentait un volume de plus de 2 milliards de masques, dont environ trois quarts de masques chirurgicaux et un quart de masques FFP2. Les livraisons effectives, qui dépendent des capacités de production et d'acheminement de fournisseurs localisés majoritairement en Chine, et de la situation de forte concurrence sur le marché mondial, se sont élevées à plus de cinquante millions de masques depuis le début du mois d'avril. Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin d'enjoindre aux autorités de l'Etat de modifier leur politique de réquisition encadrée par les dispositions de l'article 12 du décret du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'attitude des autorités administratives, compte tenu des moyens dont elles disposent et des mesures déjà prises, serait constitutive d'une carence caractérisée portant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, justifiant que le juge des référés ordonne à bref délai des mesures de sauvegarde.

12. Les conclusions relatives aux matériels de protection autres que les masques ne sont pas assorties de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

En ce qui concerne les matériels d'oxygénation :

13. Enfin, si les requérants soutiennent qu'aucun plan n'a été mis en place au niveau national pour la production et la distribution aux EPHAD de matériel permettant une oxygénation à haut débit pour les résidents dont l'état ne nécessite pas une hospitalisation, il résulte de l'instruction que le ministre chargé de la santé a défini une stratégie de gestion de l'oxygène médical en EHPAD et à domicile, qui a fait l'objet d'une diffusion aux agences régionales de santé le 2 avril 2020 et que, compte tenu des tensions observées sur l'approvisionnement en concentrateurs individuels, de nouvelles consignes relatives à la gestion de l'oxygène en EHPAD ont été diffusées par le ministère le 11 avril, en vue d'assouplir les conditions d'accès à des solutions alternatives d'oxygénation. Il résulte de ces éléments non contestés que ne peut être relevée à l'encontre des autorités de l'Etat aucune carence de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

14. Il découle de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, les conclusions à fin d'injonction doivent être rejetées, ainsi que les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La requête de l'Union nationale des syndicats FO Santé privée et autres est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Union nationale des syndicats FO Santé privée, premier requérant dénommé, et au ministre des solidarités et de la santé.

Copie en sera adressée au Premier ministre.