

N° 440701

SYNDICAT MEDECINS, INGENIEURS,
CADRES ET TECHNICIENS CGT DU
CENTRE HOSPITALIER
UNIVERSITAIRE DE LILLE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 8 juin 2020

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

Par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 18 mai, 26 mai et 2 juin 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT (SMICT CGT) du centre hospitalier universitaire de Lille demande 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 ministre des solidarités et de la santé et, le cas échéant, au Premier ministre :

- de modifier la doctrine d'emploi des masques FFP2 en milieu hospitalier et de prescrire que ces masques doivent être portés, d'une part, par tout personnel soignant amené à réaliser des manœuvres au niveau des voies respiratoires d'un patient, que ce dernier ait ou non été identifié comme atteint par le covid-19 ou soit suspecté de l'être et, d'autre part, par tout personnel soignant intervenant dans la chambre d'un patient identifié comme atteint par le covid-19 ou suspecté de l'être ou dans tous lieux clos où un tel patient se trouve, que cette intervention porte ou non sur un acte invasif ou sur une manœuvre au niveau des voies respiratoires ;

- de doter le centre hospitalier universitaire de Lille d'un stock de masques FFP2 suffisant pour la mise en œuvre de cette doctrine modifiée pour une durée de deux semaines au moins, et d'assurer ensuite régulièrement le renouvellement de ce stock et, le cas échéant, de mettre

en œuvre les réquisitions nécessaires sur le fondement du 7° du I de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la condition d'urgence est remplie eu égard au risque de contamination auquel est exposé le personnel soignant et à la nouvelle accélération de la circulation du covid-19 dans la population qu'entraîne le déconfinement ;

- sont en cause le droit au respect de la vie et le droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants ;

- la position actuelle des autorités publiques, consistant à doter de masques FFP2 le seul personnel exerçant dans un service accueillant des patients identifiés comme atteints par le covid-19 ou suspectés de l'être et uniquement en cas d'intervention pour des actes invasifs déterminés ou en cas de manœuvre au niveau des voies respiratoires, et l'insuffisance du nombre de masques distribué exposent de nombreux membres du personnel des établissements hospitaliers à un danger caractérisé et imminent de contamination au covid-19 et porte ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales.

Par un mémoire en défense, enregistré le 25 mai 2020, le ministre des solidarités et de la santé conclut au rejet de la requête. Il soutient qu'il n'est pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, dès lors notamment que les autorités publiques compétentes ont adopté toutes les mesures appropriées qu'elles avaient les moyens de prendre afin de garantir la protection des professionnels de santé.

Par une intervention, enregistrée le 26 mai 2020, le syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse demande au juge des référés du Conseil d'Etat de faire droit aux conclusions de la requête du syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille. Il se réfère aux moyens exposés dans cette requête.

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, le syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille et le syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse, d'autre part, le Premier ministre et le ministre des solidarités et de la santé ;

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 3 juin 2020 à 9 heures 30 :

- Me Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille et du syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse ;

- les représentants du syndicat requérant ;

- les représentants du ministre des solidarités et de la santé ;

à l'issue de cette audience, le juge des référés a reporté la clôture de l'instruction au 4 juin 2020 à 23 heures puis au 5 juin à 16 heures ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 4 juin 2020, présenté par le ministre des solidarités et de la santé, qui conclut au rejet de la requête ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 5 juin 2020, présenté par le syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille, qui tend aux mêmes fins que la requête ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, et notamment son préambule ;
- 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 ;
- la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 ;
- le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 ;
- le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative : « *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'intervention du syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse :

2. Le syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse justifie d'un intérêt suffisant pour intervenir au soutien de la requête du syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille. Son intervention est, par suite, recevable.

Sur l'office du juge des référés :

3. 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.

4. Le droit au respect de la vie, ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, invoqués par le syndicat requérant, constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Sur les circonstances :

5. 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, prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus. Au vu de l'évolution de la situation sanitaire, de nouvelles mesures générales ont été adoptées par un décret du 11 mai 2020, puis par un décret du 31 mai 2020, pour assouplir progressivement les sujétions imposées afin de faire face à l'épidémie.

6. Il résulte de l’instruction que, lors du début de l’épidémie de covid-19, il ne restait qu’un stock d’Etat de 117 millions de masques anti-projections ou masques chirurgicaux et aucun stock stratégique d’Etat d’appareils de protection respiratoire de type FFP2, de capacité filtrante supérieure. Des mesures ont alors été prises pour renforcer la production nationale et des commandes massives de masques ont été passées à l’étranger en vue d’importations depuis les principaux pays fournisseurs, dont la Chine, sur un marché international extrêmement tendu. Des mesures de réquisition ont également été prises à compter du début du mois de mars 2020, afin d’en assurer un accès prioritaire aux professionnels de santé et aux patients. Pour mettre en œuvre les mesures nécessaires, une cellule interministérielle de coordination logistique a été mise en place au sein du ministère chargé de la santé, pour renforcer l’action de Santé Publique France et, notamment, organiser la distribution de masques aux professionnels des secteurs sanitaire et médico-social. La distribution aux établissements et services de santé, aux établissements médico-sociaux et aux transporteurs sanitaires a été assurée par l’intermédiaire des groupements hospitaliers de territoire.

Sur la doctrine d’utilisation des masques FFP2 :

7. Par une « fiche de doctrine » du 6 mai 2020, le ministère des solidarités et de la santé a fait connaître ses « recommandations d’utilisation des masques faciaux dans le contexte d’un processus progressif de déconfinement ». Cette fiche indique que, alors que les masques chirurgicaux ont, selon leur type, une capacité filtrante de 95 à 98 % des particules de 3 microns, l’appareil de protection respiratoire FFP2 a une capacité filtrante de 94 % des particules de 0,6 microns. Destiné à protéger son porteur contre les risques d’inhalation d’agents infectieux transmissibles par voie aérienne lors d’aérosolisation, il le protège a fortiori aussi contre le risque de transmission par gouttelettes. Pour ces masques FFP2, la fiche définit, en premier lieu, une « utilisation prioritaire », au titre de laquelle, « sans que cette liste soit exclusive », quatre catégories de professions de santé devant l’utiliser sont énumérées, à savoir, tout d’abord, les « soignants médecins et non médecins en service de soins critiques et d’anesthésie » pour les « gestes médicaux invasifs (ex. intubation endotrachéale) » et les « manœuvres au niveau des voies respiratoires chez les patients covid-19 avérés, chez tout patient suspect ou chez les patients contact avéré avec un patient covid-19 », ensuite, le « personnel médical et paramédical intervenant sur les voies respiratoires, dont le personnel réalisant les prélèvements nasaux pour la sérologie covid-19 », puis, les chirurgiens-dentistes et, enfin, les masseurs-kinésithérapeutes pour les séances de kinésithérapie respiratoire. La même note expose, en second lieu, une « extension d’utilisation », au titre de laquelle elle indique que : « Du fait de la qualité de la protection assurée par le masque FFP2, ce dispositif peut être utilisé par d’autres soignants que ceux pour lesquels il est prioritairement destiné, notamment les professions médicales et les infirmiers, pour l’ensemble de leurs activités de soins ». Elle précise à cet égard que : « L’attention des utilisateurs non habitués doit être attirée sur la bonne qualité du positionnement de l’appareil de protection respiratoire (avec un test d’étanchéité) qui garantit son efficacité. Mal utilisé l’appareil FFP2 peut être moins protecteur qu’un masque chirurgical bien utilisé ».

8. En outre, par une fiche « établissements de santé » du 11 mai 2020, relative aux distributions de masques sanitaires par l’Etat en sortie de confinement, le ministère des solidarités et de la santé indique calculer une dotation globale par région confiée à l’agence régionale de santé, en fonction, pour les masques FFP2, d’un ratio de 4 masques par professionnel travaillant en établissement de santé et par semaine, la distribution étant ensuite confiée aux groupements hospitaliers de territoire. La fiche précise que : « Les masques FFP2 sont réservés par priorité à la protection des professionnels de santé soumis à un fort risque d’aérosolisation à l’occasion de gestes invasifs et de manœuvres sur les voies respiratoires ».

9. Le syndicat requérant critique, en premier lieu, cette doctrine d'utilisation en ce qu'elle ne prévoirait pas le port d'un masque FFP2 par tout membre du personnel soignant amené à réaliser des manœuvres au niveau des voies respiratoires d'un patient, qu'il ait ou non été identifié comme atteint de covid-19 ou soit suspecté de l'être. Toutefois, l'existence d'une suspicion d'atteinte doit nécessairement être appréciée en fonction de l'importance de la circulation du virus au moment où le patient est accueilli dans l'établissement de santé. En outre, il résulte de la lettre même de la fiche de doctrine du 6 mai 2020 que l'ensemble du « personnel médical et paramédical intervenant sur les voies respiratoires » figure au nombre des professionnels de santé devant bénéficier de façon prioritaire d'un masque FFP2, et de la fiche du 11 mai 2020 que tous les « professionnels de santé soumis à un fort risque d'aérosolisation à l'occasion de gestes invasifs et de manœuvres sur les voies respiratoires » sont prioritaires pour l'utilisation d'un tel masque.

10. Le syndicat requérant critique, en second lieu, cette doctrine d'utilisation en ce qu'elle ne prévoit pas le port d'un masque FFP2 par tout personnel soignant intervenant dans la chambre d'un patient atteint de covid-19 ou suspecté de l'être ou dans tous les lieux clos où un tel patient se trouve. Il se prévaut, en particulier, d'un avis du Haut Conseil de la santé publique du 8 avril 2020 relatif au risque résiduel de transmission du SARS-CoV 2 sous forme d'aérosol. Dans cet avis, le Haut Conseil rappelle que le virus se transmet à partir de personnes déjà infectées, malades ou porteuses asymptomatiques du virus, principalement par l'émission de gouttelettes ou particules de 5 à 10 microns en toussant, en éternuant ou en parlant, et peut également se transmettre par aérosols, composés de particules de plus petite taille, à l'occasion d'actes spécifiques tels que l'intubation endotrachéale, la bronchoscopie, l'aspiration, la rotation du patient en position couchée, la déconnexion du patient du respirateur ou encore la réanimation cardiopulmonaire. Dans ce même avis, le Haut Conseil relève en outre qu'ont pu être constatées, indépendamment de la réalisation de tels actes, la dispersion et la persistance du virus sous forme de fines particules en suspension dans l'air. Bien que l'on ne sache pas si cette présence d'ARN viral est suffisante pour provoquer une infection, il estime qu'en l'état actuel des données de la littérature scientifique, on ne peut exclure une transmission par aérosol en milieu clos de soins, comme une chambre de patient infecté et excréteur, ou en environnement intérieur clos, confiné et mal aéré ou insuffisamment ventilé, notamment en présence de plusieurs patients dans un tel espace de petite taille. Cette appréciation rejoint les conclusions d'une méta-analyse publiée le 1^{er} juin 2020 sur le site internet de la revue « the Lancet », versée au dossier par le syndicat requérant, qui rappelle le consensus existant sur la propagation du SARS-CoV-2 principalement par larges gouttelettes et par contact et mentionne la poursuite du débat scientifique sur le rôle des aérosols, même s'il n'existe pas à ce jour de données établissant la possibilité que le virus présent dans l'air provoque une infection en dehors des actes générant des aérosols.

11. Toutefois, tout d'abord, il résulte de l'instruction que l'Organisation mondiale de la santé, dans ses orientations provisoires du 6 avril 2020, non modifiées à ce jour, préconise que le port d'un appareil de protection respiratoire, de type FFP2, soit réservé aux situations dans lesquelles les personnels de santé réalisent des soins directs aux « patients covid-19 » dans un contexte où sont souvent pratiqués des actes générant des aérosols, tels que intubation endotrachéale, ventilation non invasive, trachéotomie, réanimation cardio-respiratoire, ventilation manuelle avant intubation, bronchoscopie. L'organisation insiste par ailleurs sur le respect de mesures adaptées de nettoyage et de désinfection et sur la disponibilité de chambres d'isolement correctement ventilées pour les cas suspects ou confirmés de covid-19. Par un avis du 13 mai 2020, le centre européen de prévention et de contrôle des maladies rappelle quant à lui que les professionnels de santé devant bénéficier de la priorité la plus forte sont ceux accomplissant des

actes générant des aérosols et recommande en outre que tous les professionnels de santé en contact avec un patient atteint de covid-19 portent un masque chirurgical ou, s'ils en disposent, un appareil FFP2.

12. Ensuite, si la fiche de doctrine du 6 mai 2020 ne mentionne pas, au titre de l'utilisation prioritaire, le port d'un masque FFP2 par tout personnel soignant intervenant dans la chambre d'un patient atteint de covid-19 ou suspecté de l'être ou en tout lieu clos où un tel patient se trouve, cette fiche se borne à fixer une priorité et mentionne la possible utilisation du masque FFP2 par d'autres soignants que ceux pour lesquels il est prioritairement destiné, notamment par les professions médicales et les infirmiers, pour l'ensemble de leurs activités de soins.

13. Enfin, les dotations de masques FFP2 sont allouées aux établissements de santé sur la base d'un ratio de 4 masques par professionnel et par semaine, tous métiers confondus, correspondant à la distribution hebdomadaire de 6,8 millions de masques FFP2 aux établissements de santé pour la France entière. Il résulte des pièces versées au dossier, à la demande du juge des référés, que si, au cours de la semaine du 11 mai 2020, le ministère des solidarités et de la santé est resté en-deçà de l'objectif qu'il s'était fixé, il a pu toutefois répartir entre les groupements hospitaliers de territoire, pour leur distribution aux établissements de santé, au cours de la semaine du 18 mai, dernière semaine pour laquelle l'ensemble des chiffres sont disponibles, 6,9 millions de masques FFP2, dont 296 000 au profit des établissements de santé situés, comme le centre hospitalier universitaire de Lille, dans le département du Nord. Si le syndicat requérant fait valoir qu'un minimum de 10 masques FFP2 par professionnel et par semaine serait nécessaire pour ne pas dépasser une durée d'utilisation de quatre heures de chaque masque, la dotation est calculée, ainsi qu'il a été dit, comme une moyenne par rapport à l'ensemble des personnels, y compris administratifs, travaillant en établissement de santé et équivaut à une dotation de 10 masques par semaine au profit de 40 % du personnel. Il n'apparaît pas qu'une telle dotation traduise à ce jour, en l'état des données disponibles, une carence manifeste de l'Etat dans la couverture des besoins des personnels effectivement exposés au risque de contracter la maladie.

14. En définissant une « doctrine d'utilisation » des masques FFP2 qui établit des priorités conformes aux recommandations internationales, dans un contexte de forte tension d'approvisionnement en appareils de ce type, qui peut connaître des difficultés selon les arrivées des matériels commandés à l'étranger, et en mettant en œuvre le maximum de moyens pour assurer un approvisionnement régulier et équitable au profit des établissements de santé, permettant un usage, dans la mesure du possible, plus large des masques FFP2, eu égard à leur capacité filtrante supérieure, alors que des débats scientifiques demeurent sur la transmission du virus par aérosol, l'Etat ne peut être regardé comme portant une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales qu'invoque le syndicat requérant. Les conclusions de la requête du syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille doivent dès lors être rejetées, y compris celles présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'intervention du syndicat général CGT des personnels actifs et retraités du centre hospitalier universitaire de Toulouse est admise.

Article 2 : La requête du syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille est rejetée.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du centre hospitalier universitaire de Lille et au ministre des solidarités et de la santé.

Copie en sera adressée au Premier ministre.