

L'ingérence de l'État dans les pratiques de soins dans le cadre de la Covid-19

Aurore Catherine



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/8118>

DOI : [10.4000/crdf.8118](https://doi.org/10.4000/crdf.8118)

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 9 septembre 2021

Pagination : 65-74

ISBN : 978-2-38185-028-3

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Aurore Catherine, « L'ingérence de l'État dans les pratiques de soins dans le cadre de la Covid-19 », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 01 mai 2022, consulté le 06 avril 2023. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8118> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.8118>

L'ingérence de l'État dans les pratiques de soins dans le cadre de la Covid-19*

Aurore CATHERINE

Maître de conférences en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. Les pratiques de soins aux prises avec les contraintes structurelles
 - A. Les conséquences sur les pratiques de soins de la réorganisation en urgence du système de santé
 - B. La pénurie des moyens de protection des professionnels de santé, une contrainte forte dans la prise en charge sanitaire
 - II. Les ingérences matérielles de l'État dans les pratiques de soins
 - A. La liberté de prescription en question
 - B. Le secret médical en danger

La crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 a eu des répercussions considérables sur la vie quotidienne des populations. Partout à travers le monde, les pouvoirs publics ont été amenés à prendre des mesures très contraignantes pour tenter de stopper la propagation du virus, réduire le plus possible l'encombrement des services de réanimation ainsi que le nombre de décès. En France, ces mesures, prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire¹, font l'objet de larges commentaires, critiques ou non, relayés dans les médias en interrogeant toujours davantage leur légitimité au fur et à mesure de l'accroissement des connaissances sur le virus. Les incertitudes demeurent vertigineuses, notamment sur les traitements, sur l'évolution du virus et de ses variants, sur ses causes de propagation ou encore sur l'efficacité et les effets secondaires des vaccins. C'est à l'aune de ces inquiétudes que les pouvoirs publics français ainsi que les acteurs du secteur sanitaire sont conduits à œuvrer dans un but de sauvegarde de la santé

des personnes. Les professionnels de santé agissent au regard des données acquises de la science avec les moyens dont ils disposent. Mais ils sont également amenés à composer avec les différentes mesures prises par l'État dont les termes, pour les raisons sus-évoquées, sont parfois obscurs et souvent contestés. L'État et les professionnels de santé collaborent dans la gestion de cette crise pandémique. Il s'agit d'un devoir déontologique du médecin puisque, selon l'article R. 4127-12 du Code de la santé publique (CSP), il « doit apporter son concours à l'action entreprise par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé et de l'éducation sanitaire » et il « participe aux actions de vigilance sanitaire ». Il est ainsi à la fois « au service de l'individu et de la santé publique »². Pourtant, de fortes tensions existent entre l'État et ces professionnels, lesquels dénoncent, entre autres, le manque de moyens dont ils disposent pour mener à bien les missions qui sont les leurs.

* Nous remercions le D^r Sharmini Varatharajah, chirurgienne digestive et des sarcomes au Centre de lutte contre le cancer François Baclesse de Caen, pour son partage d'expériences et sa précieuse relecture.

1. L'état d'urgence sanitaire est déclaré pour la première fois en France dans le cadre de la pandémie de Covid-19 par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

2. CSP, art. R. 4127-2.

Dans le cadre de la gestion de cette crise qui perdure³, les autorités ont dû prendre, tout en essayant d’agir de concert avec les professionnels du secteur sanitaire, des mesures⁴ qui ont contraint et contraignent toujours les pratiques de soins. L’enjeu est celui du juste équilibre à trouver entre la sauvegarde de l’ordre public sanitaire et les droits et libertés mais aussi les obligations des médecins qui sont autant de conditions pour assurer une prise en charge pertinente et la plus efficace possible des patients. Le Conseil d’État est venu rappeler que ces dispositions doivent « être nécessaires, adaptées et proportionnées à l’objectif de sauvegarde de la santé publique qu’elles poursuivent »⁵.

C’est cette proportionnalité qui est remise en cause par des professionnels de santé et qui les a conduits à interroger la légalité d’un certain nombre de dispositions devant le juge administratif. En effet, certaines mesures sont perçues comme particulièrement coercitives ou ne les protégeant pas en retour suffisamment dans l’exercice de leur art. En outre, les réorganisations répétées de l’offre de soins, des prises en charge et de certaines prescriptions ont retenti sur la pratique des professionnels de santé. Les conséquences sur la prise en charge des patients ainsi que sur la relation médecin-patient ne sont pas neutres, avec, en toile de fond, la pesante question de la responsabilité des professionnels de santé.

Ainsi, si un cadre structurel inédit pèse sur les pratiques de soins (I), celles-ci subissent aussi d’importantes ingérences matérielles de l’État qui mettent à mal la relation soignant-soigné (II).

I. Les pratiques de soins aux prises avec les contraintes structurelles

La réorganisation en urgence du système de santé a eu de fortes répercussions sur les prises en charge médicales (A). Par ailleurs, les professionnels de santé dénoncent un manque de moyens matériels et de protection qui n’est pas sans incidences sur l’exercice de leurs missions (B).

A. Les conséquences sur les pratiques de soins de la réorganisation en urgence du système de santé

La pandémie de Covid-19 a révélé les limites du système de santé français et son incapacité à prendre en charge

l’afflux de patients infectés par le virus et notamment ceux nécessitant une hospitalisation en réanimation. Et pour cause, les fermetures de lits d’hospitalisation s’élèvent à près de 100 000 sur les vingt dernières années. Entre 2013 et 2018, ce sont 17 500 lits d’hospitalisation conventionnelle qui ont été fermés, soit une baisse de 4,2 % en cinq ans⁶, à laquelle ont été associées des suppressions de postes importantes. C’est dans ce contexte, pour faire face à la saturation du système de soins et plus précisément pour assurer la disponibilité des lits de réanimation, que les pouvoirs publics ont été amenés à prendre un certain nombre de mesures qui ont conduit à modifier en profondeur l’organisation des soins, et de ce fait les pratiques des professionnels de santé.

En premier lieu, le Plan Blanc, déclenché le 6 mars 2020, a imposé la réorganisation des établissements, la reprogrammation des rendez-vous et des hospitalisations programmées. Ce dispositif a permis aux chefs d’établissement de rappeler le personnel soignant, d’ouvrir des lits supplémentaires – avec l’autorisation des agences régionales de santé (ARS) – ou encore d’annuler des prises en charge non urgentes. Il s’est progressivement appliqué à l’ensemble du territoire national, même dans les régions les moins touchées, dans l’objectif de juguler la propagation de l’épidémie. Cette mesure normative d’ampleur nationale a conduit à l’uniformisation des déprogrammations que l’établissement soit une structure de première, deuxième ou troisième ligne⁷. Ainsi, s’il revenait localement à chaque directeur d’établissement d’adapter la mise en œuvre du Plan Blanc sous l’égide des ARS, les contraintes ont néanmoins été fortes et particulièrement variables sur les pratiques des professionnels de santé. En effet, l’hétérogénéité des situations sur le territoire a pu être source d’incompréhensions pour les professionnels contraints de déprogrammer des chirurgies dans des établissements non sous tension. Comment admettre l’inertie en attendant la montée en pression au niveau local de la pandémie alors même que les patients non atteints de Covid-19 ont également besoin d’une prise en charge ?

En deuxième lieu, le confinement national mis en place par le décret du 16 mars 2020⁸ et les mesures adoptées pour qu’il soit effectif afin de lutter efficacement contre la pandémie ont conduit plus largement encore à une réorganisation des structures de prises en charge médicales afin de limiter cette fois un maximum les contacts entre les personnes. Ces décisions se fondent sur l’avis du Haut

3. L’état d’urgence sanitaire, déclaré par un décret du 14 octobre 2020, à partir du 17 octobre pour faire face à la seconde vague épidémique, a été prolongé une première fois jusqu’au 16 février 2021 par la loi du 14 novembre 2020. La loi n° 2021-160 du 15 février 2021 le prolonge à nouveau jusqu’au 1^{er} juin 2021.
4. Sur le fondement de l’article L. 3131-15 du CSP.
5. Voir notamment CE, ord., 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*, n° 439910.
6. Direction de la recherche, des études, de l’évaluation et des statistiques (DREES), *Études & résultats*, n° 1130, octobre 2019, p. 2, en ligne : <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/sites/default/files/2020-08/er1130.pdf>.
7. Ministère des Solidarités et de la Santé, *Préparation au risque épidémique Covid-19*, 20 février 2020, p. 9, en ligne : https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_methodologique_covid-19-2.pdf. Le stade 3 – stade épidémique – prévoit la « pleine mobilisation du système de santé dans toutes ses composantes » (*ibid.*, p. 6).
8. Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

conseil de la santé publique (HCSP) du 14 mars 2020⁹ qui préconise une « adaptation de la prise en charge thérapeutique » des patients, cette adaptation devant « reposer sur le choix d'un traitement oral plutôt que parentéral » ou encore sur « le recours à une prise en charge à domicile dans la mesure du possible ». Il peut être « aussi nécessaire de reconsidérer le contenu et le calendrier du protocole de soins en fonction des capacités hospitalières ».

Les contraintes sur les prises en charge se sont encore intensifiées avec l'article 3 du décret du 23 mars 2020¹⁰ qui est venu préciser, dans le cadre de la loi du même jour¹¹, qu'étaient autorisés les « déplacements pour motifs de santé, à l'exception des consultations et soins pouvant être assurés à distance et, sauf pour les patients atteints d'une affection de longue durée, de ceux qui peuvent être différés ». Chaque professionnel, y compris dans le secteur libéral, a ainsi été tenu de réorganiser l'accueil de ses patients et leurs prises en charge individuelles. Plus encore, il est apparu nécessaire pour « chaque professionnel et chaque patient d'évaluer ce qui pouvait être fait à distance de ce qui ne pouvait pas l'être, de distinguer ce qui pouvait être différé de ce qui ne pouvait pas l'être... »¹². Les questionnements ont été intenses sur fond d'interrogations éthiques mais également relatives à la perte de chance¹³ de chaque patient.

Dans ce contexte pandémique de réinvention constante des parcours de soins, des prises en charge mais aussi de tensions et de saturation sur les lits de réanimation, les professionnels de santé se trouvent confrontés à de nouvelles problématiques de soin qui engagent leurs valeurs de soignants, mais également leurs valeurs individuelles. Des questions tout à fait spécifiques à la crise sanitaire sont mises en exergue : celles relatives à la priorisation de l'accès aux soins critiques, à la réévaluation du niveau de soins nécessaires en fonction de l'évolutivité de la pandémie et du niveau de saturation, celles des conséquences sur la prise

en charge des autres pathologies médicales, chirurgicales ou traumatiques¹⁴...

Certes de nombreux guides institutionnels, diverses recommandations des sociétés savantes ont été édités pour guider les professionnels dans leurs prises de décisions¹⁵. Toutefois, leur application ne pouvait être que variable selon les territoires, les établissements, les pathologies et le patient lui-même. L'obligation d'information du patient à la charge du professionnel ainsi que la traçabilité du processus dans le dossier médical s'en sont trouvées considérablement complexifiées. Les pratiques des professionnels en ont été profondément bouleversées.

Les conséquences pour les soignants sont majeures : au-delà même de la perte de repères, c'est le risque du syndrome d'épuisement professionnel qui les guette¹⁶. Après la phase de sidération qu'ils ont vécue en mars 2020, ils ont dû faire face coûte que coûte aux situations qui se présentaient à eux, en tentant tant bien que mal d'appliquer les mesures imposées par l'État. Nul doute que les traumatismes seront importants comme en témoignent déjà de nombreux écrits¹⁷ et la mise en place d'études¹⁸.

Les répercussions sont également importantes pour les patients. Elles se cristallisent essentiellement autour des questions de continuité des soins mais également d'accès aux soins.

Tout d'abord, les mesures prises ci-dessus exposées pour pallier le manque de moyens ainsi que celles relatives à la prévention, telles que le confinement, ont mis en péril l'indispensable continuité des soins¹⁹. La réception de toutes ces mesures par les patients les a conduits à ne plus consulter les professionnels ou encore à ne pas réaliser leurs bilans de dépistages par crainte de mourir davantage de la Covid-19 que d'une autre pathologie²⁰.

Pour contrer cette tendance, le HCSP a dès le début préconisé le recours à la télémédecine²¹. Celle-ci a été envisagée comme un « moyen d'assurer la continuité des soins »²². Son

9. HCSP, « Avis provisoire. Recommandations relatives à la prévention et à la prise en charge du Covid-19 chez les patients à risque de formes sévères », 14 mars 2020, p. 5, en ligne : <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=775>.

10. 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.

11. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

12. A. Catherine, S. Varatharajah, « La continuité des soins à l'épreuve de la pandémie Covid-19 », in *Covid-19*, t. I, *La peur des virus : décider face à l'urgence*, C. Byk (dir.), Paris, MA Éditions, 2020, p. 135.

13. *Ibid.*, p. 142 sq. (pour une étude prospective sur le contentieux relatif à la responsabilité médicale en la matière).

14. A. Lamblin, S. de Montgolfier, M. Trousselard, S. Buosi, « Quelle démarche éthique pour réguler l'accès et la prise en charge des patients en soins critiques dans le contexte de pandémie de covid-19 ? », in *Covid-19*, t. II, *Reconstruire le social, l'humain et l'économique*, C. Byk (dir.), Paris, MA Éditions, 2020, p. 32 sq.

15. Par exemple : Institut national du cancer, « Préconisations pour l'adaptation de l'offre de soins des établissements accueillant les patients atteints de cancer dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 », 16 avril 2020.

16. M. Trousselard, A. Lamblin, S. Buosi, F. Canini, « Incertitude et stress en situation de pandémie COVID-19 : dilemmes éthiques et prise de décision chez les soignants », in *Covid-19*, t. II, *Reconstruire le social, l'humain et l'économique*, p. 65 sq.

17. Voir par exemple S. Cabut, « Confrontés au Covid-19, de nombreux soignants sont affectés par des troubles psychologiques », *Le Monde*, 26 novembre 2020. Voir également E. Azoulay et al., « Symptoms of Anxiety, Depression, and Peritraumatic Dissociation in Critical Care Clinicians Managing Patients with COVID-19. A Cross-Sectional Study », *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, vol. 202, n° 10, novembre 2020, en ligne : <https://www.atsjournals.org/doi/pdf/10.1164/rccm.202006-2568OC>.

18. Voir par exemple l'étude internationale COH-FIT (Collaborative Outcomes Study on Health and Functioning during Infection Times).

19. CSP, art. L. 6112-1.

20. A. Catherine, S. Varatharajah, « La continuité des soins... », p. 135.

21. HCSP, « Avis provisoire. Recommandations relatives à la prévention et à la prise en charge du Covid-19... », p. 4.

22. A. Cayol, « L'adaptation du système de santé français face à la pandémie de Covid-19 par le développement des usages de la télémédecine », in *Covid-19*, t. I, *La peur des virus...*, p. 152.

essor a été visible puisque l'Assurance maladie a dénombré 601 000 téléconsultations entre le 1^{er} et le 28 mars 2020, contre 40 000 le mois précédent²³. Les pouvoirs publics ont alors pris un certain nombre de mesures visant à faciliter l'accès à la télé-médecine. Cela a donné lieu, là encore, à une modification en profondeur de la prise en charge avec le risque de mal faire pour le professionnel puisque non rodé à l'exercice, tout comme le patient. Si, bien évidemment, l'outil a, dans une telle période de crise, des avantages indéniables, il a révélé aussi ses limites. Les pathologies chroniques peuvent en effet bénéficier d'un tel suivi, mais il en va différemment pour une prise en charge thérapeutique nouvelle ou aiguë qui nécessite un examen physique avec un entretien en présentiel²⁴.

Le recours à la télé-médecine a d'ailleurs fait l'objet d'un référé-liberté devant le Conseil d'État²⁵. Les associations requérantes demandaient la suspension du 3^o de l'article 1^{er} de l'arrêté du 14 avril 2020²⁶ par lequel, durant cette période, il est permis de pratiquer une interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse en dehors d'un établissement de santé jusqu'à sept semaines de grossesse (contre cinq en temps normal). La prise en charge est prévue par téléconsultation réalisée par un médecin ou une sage-femme. Les requérantes font valoir une disproportion de ces dispositions par rapport aux risques sanitaires encourus, ce que le juge rejette très rapidement, sans détailler son argumentation. Il ne relève pas même le risque invoqué pour la santé des femmes. Le juge fait manifestement prévaloir le fait que le protocole ait été validé par la Haute autorité de santé (HAS) ainsi que la nécessité de trouver des mesures permettant de diminuer la circulation du virus.

C'est ensuite la problématique de l'égal accès aux soins²⁷ qui est posée avec une acuité particulière dans ce contexte de pénurie de lits de réanimation. La médecine dite « de tri », les choix qu'il a fallu faire dans les prises en charge faute de lits ou de respirateurs disponibles ont été au cœur des préoccupations des médecins réanimateurs exerçant dans les établissements ayant connu la saturation. C'est la question du / des critère(s) du choix qui interroge les médecins. Comment demeurer le plus objectif possible face à la diversité des situations qui se présente à eux ?

Les associations et les patients eux-mêmes ont fait connaître leurs inquiétudes, certains saisissant le juge administratif afin qu'il enjoigne « à l'État de prendre toutes les mesures propres à faire respecter l'égal accès de toutes les personnes souffrant d'une infection susceptible d'être attribuée à la Covid-19 aux soins dispensés par les établissements de santé »²⁸. Les requérants soutiennent que

les critères habituels d'admission en réanimation ont été rendus plus stricts au détriment, notamment, des patients les plus âgés, en raison d'une anticipation d'une éventuelle saturation des structures de réanimation. Le Conseil d'État s'appuie sur les recommandations de plusieurs sociétés savantes relatives à la prise en charge en réanimation des personnes dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 pour rejeter la requête. Ces recommandations excluent une telle prise de décision sur le fondement du critère de l'âge ou de tout autre critère pris isolément ; au contraire, elles rappellent la nécessaire mise en œuvre des principes éthiques de non-malfaisance, d'autonomie, de dignité et de non-discrimination dans le cadre d'une décision qui doit être collégiale après une évaluation casuistique, individuelle de la situation du patient qui prenne en compte les caractéristiques médicales et le bénéfice attendu. En cette période de crise, le juge confirme que ce sont ces critères habituels qui doivent être mis en œuvre, ce qui fait écho à la contribution du Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Dès le 13 mars 2020, il abordait la question de la priorisation des soins dans une situation de rareté des ressources sanitaires²⁹. En pratique, la mise en place de ces principes traditionnels est toutefois complexifiée par le renouvellement des problématiques de prise en charge et par les urgences auxquelles il faut parer dans un contexte de manque de moyens et de personnel.

Outre les bouleversements suscités par l'état d'urgence sanitaire dans la réorganisation du système de santé, les professionnels de santé ont été contraints d'assurer leurs missions dans un contexte de pénurie de moyens de protection, leur faisant courir des risques pour eux-mêmes et leurs patients.

B. La pénurie des moyens de protection des professionnels de santé, une contrainte forte dans la prise en charge sanitaire

Les professionnels de santé ont très rapidement dénoncé un manque de moyens de protection pour eux-mêmes. Or, ces moyens constituent des conditions essentielles pour leur permettre d'exercer leurs missions dans un cadre qui soit sécurisé sur le plan sanitaire aussi bien pour eux que pour les patients qu'ils prennent en charge. Se considérant en danger, ils sont nombreux à avoir intenté un recours en justice en urgence par la voie essentiellement du référé-liberté, qui a pu être qualifié dans ce contexte de « contentieux de la carence »³⁰ ou encore de « référé de la pénurie »³¹.

23. C. Stomboni, « Face au coronavirus, l'essor de la télé-médecine », *Le Monde*, 30 mars 2020.

24. A. Catherine, S. Varatharajah, « La continuité des soins... », p. 138.

25. CE, ord., 22 mai 2020, *Association Alliance Vita et autres*, n° 440216 et n° 440317.

26. Arrêté du 14 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

27. CSP, art. R. 4127-7.

28. CE, ord., 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*.

29. CCNE, « Covid-19. Contribution du Comité consultatif national d'éthique : enjeux éthiques face à une pandémie », 13 mars 2020, en ligne : https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/reponse_ccne_-_covid-19_def.pdf.

30. C. Broyle, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2020, p. 1355.

31. *Ibid.*

Dans ces différents recours, les requérants demandent que soit enjoint à l'État de prendre toutes mesures urgentes afin d'assurer un approvisionnement suffisant en matériel pour permettre aux professionnels de santé de prendre en charge les patients dans de bonnes conditions, notamment ceux atteints de Covid-19. Ils demandent également que soit enjoint à l'État de prendre toutes les mesures de police et de réquisitions pour la fabrication / remise des stocks de masques de protection, et en particulier de masques FFP2, de gel hydroalcoolique, de surblouses, de charlottes, de gants, de surchaussures et de lunettes de protection. Ils invoquent pour cela une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales, notamment au droit à la vie, au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, au droit à la protection de la santé, au droit de recevoir les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé.

Le juge a toutefois à chaque fois rejeté les requêtes qui lui étaient présentées. Pour en comprendre les raisons, il est indispensable de rappeler que le référé-liberté donne au juge un pouvoir d'injonction qui lui permet d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale.

Le Conseil d'État ne relève aucune illégalité manifeste dans les ordonnances jusqu'à présent rendues en la matière. Cela peut apparaître surprenant au regard des revendications des professionnels et du vécu sur le terrain. D'ailleurs, dans l'ordonnance du 28 mars 2020 concernant les matériels de protection autres que les masques, le juge élimine rapidement la question considérant qu'

[...] il ne résulte pas de l'instruction que des difficultés notables d'approvisionnement justifieraient que soient prises au plan national d'autres mesures que celles qui sont, actuellement, mises en œuvre pour assurer le suivi des besoins en la matière³².

Son analyse est par contre beaucoup plus approfondie concernant l'approvisionnement en masques. Après avoir rappelé, comme il le fait systématiquement au début de ses ordonnances rendues au cours de cette période, que

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 prises³³,

il étudie avec minutie les diverses actions gouvernementales mises en œuvre depuis le début de la crise pour

assurer l'approvisionnement en question. Les différentes mesures et réquisitions ministérielles sont énumérées mettant au jour un contrôle poussé opéré par le juge. Parce qu'au moment où il statue, l'ensemble de ces éléments démontre que le gouvernement a tout mis en œuvre pour que la France soit approvisionnée en masques, le juge considère que l'État n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés invoquées. L'office du juge du référé-liberté permet d'expliquer cette décision : le juge ne peut enjoindre à l'État que des mesures que l'État peut effectivement mettre en œuvre à brefs délais dès lors qu'il s'agit de mettre fin à l'atteinte à une liberté fondamentale. C'est « la jauge de l'action du juge ; elle garantit son effet utile »³⁴. Par ailleurs, il ne revient pas au juge du référé-liberté de « prescrire des mesures d'ordre structurel qui traduisent des choix de politiques publiques »³⁵.

Certes, le juge ne peut agir qu'à bref délai et son appréciation s'inscrit dans cette exigence. Toutefois la temporalité dans laquelle le Conseil d'État s'est situé pour statuer mérite d'être relevée tant elle est particulière. Il apprécie les mesures prises au moment où il rend son ordonnance, ce qui est traditionnel, mais il opère également une projection dans un avenir plus ou moins proche, ce qui est davantage inédit. Le juge ne se contente pas en effet de saisir la situation en temps réel. Dans l'ordonnance du 28 mars 2020, évoquant la signature de commandes de plusieurs centaines de millions de masques annoncée quelques jours plus tôt par le gouvernement, le juge s'attache aux « premières livraisons [...] attendues prochainement » ainsi qu'au prévisionnel d'augmentation progressive de la capacité de production en France « à partir d'avril »³⁶. Plus encore, dans cette même ordonnance, tout en reconnaissant que « la dotation de masques chirurgicaux est encore, quantitativement insuffisante, pour que ceux-ci soient aussi portés, à défaut, par les patients pris en charge », le juge considère que « cette situation devrait connaître une nette amélioration au fil des jours et semaines à venir compte tenu des mesures »³⁷ prises. De même, dans l'ordonnance du 22 mai 2020, il admet que les « mesures n'ont pas encore permis de résorber entièrement la pénurie de sur-blouses [...] à laquelle sont confrontés de nombreux professionnels prenant en charge des patients atteints de covid-19 » mais qu'« elles sont de nature à y remédier d'ici le début du mois de juin »³⁸. Autrement dit, il est urgent d'attendre que les mesures prises se concrétisent. De nouveau, l'office de l'administration et celui du juge se fondent, « matériellement mais [finalement] aussi temporellement »³⁹. Une ordonnance relative aux masques FFP2 est pourtant de

32. CE, ord., 28 mars 2020, *M^{me} A. A. et autres*, n° 439693, cons. 6.

33. *Ibid.*, cons. 2. Mode d'appréciation de l'illégalité manifeste apparue au sujet du droit à l'hébergement d'urgence (CE, ord., 13 août 2010, *Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire c. Nzuzi*, n° 342330, tables du *Recueil Lebon*; CE, ord., 10 février 2012, *Fofana*, n° 356456, tables du *Recueil Lebon*).

34. C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté... ».

35. B. Stirn, « Le référé et le virus », *Revue française de droit administratif*, 2020, p. 634. Voir CE, 28 juillet 2017, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 410677.

36. CE, ord., 28 mars 2020, *M^{me} A. A. et autres*, cons. 7.

37. *Ibid.*, cons. 9.

38. CE, ord., 22 mai 2020, *Syndicat Jeunes médecins*, n° 440321, cons. 15.

39. C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté... ».

nouveau rendue en juin 2020⁴⁰ et elle relativise les quantités disponibles considérant que, vu le contexte, il n'y a pas de carence manifeste de l'État. La projection dans l'avenir et ainsi l'extension de la temporalité dans l'office du juge étaient-elles dès lors bien utiles ?

Si donc *a priori* l'État ne pouvait faire davantage que ce qu'il a mis en œuvre, et si la balance des intérêts s'est alors révélée défavorable aux requérants en raison de l'intérêt public attaché aux décisions attaquées et aux buts qu'elles poursuivaient⁴¹, il n'en reste pas moins que les insuffisances reconnues ont eu un impact sur les pratiques des professionnels de santé pour se protéger eux-mêmes mais aussi pour protéger leurs patients. Comme évoqué précédemment, la télémedecine est devenue une nouvelle modalité d'exercice, parfois inconfortable puisque mise en place dans l'urgence. Mais lorsque le présentiel s'est imposé, le manque de moyens a engendré chez les professionnels de santé un stress supplémentaire, ces derniers craignant d'être contaminés par le virus au détour d'une prise en charge, d'être en situation d'arrêt de travail et d'amplifier alors le manque de personnel. Ces inquiétudes ont pu être décuplées chez les médecins généralistes, oubliés des mesures de protection comme en témoigne l'ordonnance du 22 mai 2020 dans laquelle le Conseil d'État évoque la liste des professionnels auxquels sont distribués prioritairement les masques FFP2⁴² dont ils ne font pas partie. Pourtant, le médecin généraliste, en première ligne dans les prises en charge, n'est-il pas amené à vérifier régulièrement les voies aériennes de ses patients pour des angines, rhino-pharyngites, rhumes et autres pathologies similaires ?

Le risque de contamination par des patients des professionnels, insuffisamment protégés, en est devenu un pour les autres patients non infectés. Les répercussions peuvent être importantes sur la santé des patients, mais aussi sur leurs droits, tout particulièrement sur celui de recevoir des soins dans la meilleure sécurité sanitaire possible⁴³. En vertu de l'article L. 1411-1 du CSP, la politique de santé, qui relève de l'État, garantit « le droit à la protection de la santé de chacun », droit certes fondamental⁴⁴ mais dont l'effectivité reste à bien des égards un vœu pieux.

La France ne s'est pas préparée à faire face à une telle crise sanitaire ou du moins a cessé de s'y préparer, renonçant à des protocoles établis par la gestion de la situation H1N1. Si les pouvoirs publics sont responsables de la situation, si une faute peut leur être imputée, ce n'est pas par la voie du référé-liberté que la question pourra être résolue mais à l'occasion d'un recours indemnitaire⁴⁵. Une

action est en cours également devant la Cour de justice de la République⁴⁶.

Au-delà des difficultés dans l'organisation des soins et relatives à la protection des professionnels de santé liées aux décisions des pouvoirs publics faisant peser des contraintes structurelles sur le système de santé, des ingérences matérielles ont eu cours également dans les pratiques de soins.

II. Les ingérences matérielles de l'État dans les pratiques de soins

Les principales ingérences matérielles dans l'art médical ont concerné la liberté de prescription de l'hydroxychloroquine (A) et le secret médical (B).

A. La liberté de prescription en question

Devant l'absence de traitement identifié pour soigner la Covid-19, la liberté de prescription des médecins est au cœur des débats depuis mars 2020 avec la question de l'utilisation de l'hydroxychloroquine, un traitement de la famille des antirhumatismes.

Il convient de rappeler que la liberté de prescription d'un médicament par un médecin n'est pas un principe absolu : il connaît, en période ordinaire, des restrictions commandées par la sécurité sanitaire ainsi que par la nécessité de réaliser des économies sur le système de santé. Certaines d'entre elles sont d'ailleurs mentionnées à l'article R. 4127-8 du CSP qui dispose que :

Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance.

Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins.

Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles.

L'autorisation de mise sur le marché (AMM), qui précise dans quelles indications un médicament peut être prescrit et par quels prescripteurs, limite également cette liberté. La prescription hors AMM ne peut être réalisée qu'en l'absence d'alternative thérapeutique médicamenteuse appropriée et uniquement si elle est considérée

40. CE, ord., 8 juin 2020, *Syndicat Médecins, ingénieurs, cadres et techniciens CGT du CHU de Lille*, n° 440701.

41. N. Symchowicz, « État d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2020, p. 2001.

42. CE, ord., 22 mai 2020, *Syndicat Jeunes médecins*.

43. CSP, art. L. 1110-1.

44. En vertu de l'article L. 1110-1 du CSP mais pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c. Bunel*, n° 284803.

45. C. Broyelle, « Regard sur le référé-liberté... ».

46. Recours du collectif C-19 devant la Cour de justice de la République sur le fondement de l'article 223-7 du Code pénal à l'encontre de l'ancien Premier ministre Édouard Philippe, l'ancienne ministre de la Santé Agnès Buzyn et Olivier Véran, ministre de la Santé, pour manquement à leur devoir de prévention et mauvaise gestion de la crise sanitaire.

comme indispensable à l'amélioration ou la stabilisation de l'état clinique⁴⁷, ce qui engage fortement la responsabilité du médecin.

L'hydroxychloroquine ne disposant pas de l'AMM pour le traitement du virus de la Covid-19, de nombreuses questions se sont posées : Comment faire devant des connaissances médicales à l'état embryonnaire ? De quelle liberté dispose le médecin en l'absence de consensus scientifique ?

La réponse est rapidement donnée par les pouvoirs publics⁴⁸ et elle témoigne de la prégnance des incertitudes des connaissances médicales relatives à la Covid-19. Par les décrets des 25 et 26 mars 2020⁴⁹, le Premier ministre a limité la prescription de l'hydroxychloroquine aux patients atteints de Covid-19 pris en charge dans un établissement de santé, sous la responsabilité du médecin prescripteur et dans le respect des recommandations du HCSP. Il a également limité l'usage du traitement en médecine de ville, en interdisant sa dispensation hors AMM en pharmacie d'officine.

Ces dispositions ont été vécues par une partie du corps médical comme une ingérence injustifiée de l'État dans leur liberté de prescription, considérant que ce traitement suscitait pourtant des espoirs de guérison⁵⁰. Outre les tribunes et autres actions de contestation de certains médecins, le nombre de recours devant le juge administratif pour tenter de faire annuler ces dispositions en témoigne. Entre mars 2020 et mars 2021, ce sont plus d'une trentaine d'ordonnances qui ont été rendues sur le sujet par le Conseil d'État. Celui-ci a toutefois rejeté à chaque fois la requête considérant les dispositions litigieuses légales.

Il appert que ces mesures sont légales notamment en raison du « défaut de "données acquises de la science" à

ce jour »⁵¹ relatives à l'hydroxychloroquine. En effet, les données acquises de la science sont un critère fondamental dans la prescription médicale. Dès l'arrêt *Mercier* de 1936⁵², les juges indiquaient que les soins du médecin ne devaient pas être « quelconques [...], mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science [...] ». Les juges ont depuis longtemps considéré que les « règles consacrées de la pratique médicale »⁵³ devaient être respectées lorsqu'elles ont « dépassé le stade de l'expérimentation scientifique pour entrer dans la pratique courante »⁵⁴. La donnée acquise est alors définie comme une donnée au caractère sinon incontestable, qui fait au moins l'objet d'un large consensus médical fondé sur l'étude et l'expérimentation, et doit avoir été publiée⁵⁵. Une opinion isolée ne peut ainsi être assimilée à une donnée acquise⁵⁶. Pour faciliter la pratique du médecin et identifier plus facilement les données acquises de la science, l'élaboration de recommandations de bonnes pratiques et de références médicales opposables, « à partir de critères scientifiques reconnus »⁵⁷, s'est développée dans les années 1990. Leur augmentation exponentielle a d'ailleurs permis d'identifier une « normalisation »⁵⁸ des données de la science, et une juridicisation des référentiels médicaux⁵⁹. Ces nouvelles « normes » sont devenues un outil supplémentaire, non seulement dans l'exercice de la médecine, mais aussi pour les juges dans l'évaluation des pratiques et la détermination de la responsabilité médicale⁶⁰. Elles ne sont toutefois qu'une partie des données acquises de la science et le médecin doit évaluer plus largement les données de la science dont il a besoin, étant ainsi astreint à une obligation de vigilance des nouvelles données⁶¹. Dès lors, le médecin doit délivrer des soins dont « l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire

47. CSP, art. L. 5121-12-1.

48. Loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 et décret n° 2020-293 du 23 mars 2020.

49. Décret n° 2020-314 du 25 mars 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 ; décret n° 2020-337 du 26 mars 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.

50. D. Provence, « Liberté de prescription du médecin : mythe ou réalité ? », *Village de la justice*, 6 avril 2020, en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/liberte-prescription-medecin-mythe-realite,34550.html>.

51. Voir notamment CE, ord., 28 mars 2020, *Syndicat des médecins d'Aix et Région*, n° 439726 ; *M. B. et autres*, n° 439765. Les requérants invoquent dans ces affaires « une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie et au droit 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 ».

52. Cass., civ., 20 mai 1936, *Mercier, Dalloz Périodique*, 1936, 1, p. 88, note E. P., rapp. L. Josserand, concl. P. Matter.

53. Cette expression a été utilisée à plusieurs reprises : par exemple à propos de l'application de rayons (Cass., 1^{re} civ., 12 mai 1964, *Gazette du Palais*, 1964, 2, p. 267) ou d'injections (Cass., 1^{re} civ., 28 octobre 1974, *La semaine juridique, édition générale*, 1974, IV, p. 410).

54. Cour d'Aix, 14 février 1950, *Dalloz*, 1950, 322 ; *Gazette du Palais*, 1950, 1, p. 282.

55. La Cour de cassation a ainsi admis que les livres classiques (Cass., 1^{re} civ., 13 mai 1959, *Bulletin civil I*, n° 240, p. 202), les traités médicaux les plus récents (Cass., 1^{re} civ., 27 octobre 1970, *Bulletin civil I*, n° 283), les articles d'éminents spécialistes (Cass., 1^{re} civ., 23 mai 1973, *Bulletin civil I*, n° 180), les avis unanimes exprimés par les auteurs de manuels, traités ou articles (Cass., 1^{re} civ., 13 mai 1997, n° 95-15.303, inédit) sont des éléments exposant les données acquises de la science.

56. P. Sargos, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *La semaine juridique, édition générale*, n° 19, 10 mai 2000, doct. 226.

57. Code de la Sécurité sociale, art. L. 162-12-15.

58. Voir notamment C. Masclet, « Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », *Médecine & droit*, n° 93, 2008, p. 165-171.

59. « On peut dès lors conclure de l'ensemble de cette analyse que les RMO [références médicales opposables], comme les recommandations de bonnes pratiques ne peuvent être, par principe, que la traduction des données acquises de la science » (P. Sargos, « Références médicales opposables et responsabilité des médecins », *Médecine & droit*, n° 28, 1998, p. 10).

60. J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, LGDJ, 1973.

61. La nécessité d'une formation continue des médecins s'est ainsi imposée : CSP, art. L. 4133-1.

et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées»⁶². Le Code de déontologie médicale précise que : « Les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé »⁶³. À défaut, le médecin commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

Ainsi, si

[...] la liberté d'exercice et l'indépendance professionnelle des médecins dans la pratique de leur art, qui s'exerce dans l'intérêt des patients, revêtent [...] le caractère de libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2⁶⁴

l'absence de données acquises de la science conduit le juge à conclure que les mesures gouvernementales ne permettant pas la prescription, en dehors d'essais cliniques, de l'hydroxychloroquine par les médecins exerçant en ville pour le traitement de patients atteints de Covid-19, ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés⁶⁵.

On en comprend également les raisons à la lumière de l'office du juge des référés. « Parce que le référé s'inscrit dans une logique de l'évidence, les incertitudes scientifiques et les débats médicaux appellent une retenue particulière [...] »⁶⁶. Dès lors, devant tant d'inconnues sur l'utilisation du médicament hors AMM, le doute profite à l'État.

Ces incertitudes ont d'ailleurs conduit l'exécutif à poser une interdiction plutôt que de s'en remettre à l'appréciation du seul médecin. Cette façon de procéder a été contestée devant le Conseil d'État par un requérant selon lequel « l'État n'est pas compétent pour déterminer le stade auquel les médecins sont légalement autorisés à administrer un médicament à leur patient »⁶⁷. Plus précisément, il demande que l'État n'impose pas une interdiction de prescrire l'hydroxychloroquine mais émette plutôt des recommandations. C'est la question des contours des interventions de l'État dans l'art médical qui est posée. Cela ne viendrait-il pas en effet entraver le principe même de l'indépendance des médecins, principe intangible⁶⁸ de l'exercice de la médecine en France⁶⁹ et en Europe⁷⁰ ? En l'absence de traitement disponible pour lutter contre la Covid-19, n'était-il pas envisageable de

laisser une certaine liberté d'appréciation au médecin en vertu de son indépendance, « l'exercice de la médecine [étant] personnel »⁷¹ et « chaque médecin [étant] responsable de ses décisions et de ses actes »⁷² ?

Le Conseil d'État, le 20 avril 2020, répond simplement que ce moyen « n'est pas propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées »⁷³. Plus encore, quelques jours plus tard, un décret du 11 mai 2020⁷⁴ met fin à la possibilité pour les médecins hospitaliers de prescrire l'hydroxychloroquine pour les malades atteints de Covid-19, ce qui fait l'objet d'un nouveau recours porté par le Syndicat des médecins d'Aix et Région (SMAER). Se référant à l'avis du HCSP du 24 mai 2020 et de nouveau en l'absence de données acquises de la science suffisantes, le Conseil d'État rejette la requête le 28 janvier 2021⁷⁵.

D'autres arguments ont par ailleurs été avancés par le juge pour légitimer l'action des pouvoirs publics. À l'occasion d'un recours dans lequel les requérants demandent au juge notamment d'enjoindre au gouvernement de saisir l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé en vue de l'élaboration d'une recommandation temporaire d'utilisation pour permettre la prescription, y compris en ambulatoire, de l'hydroxychloroquine aux patients manifestant des symptômes d'atteinte par la Covid-19 sans attendre le développement d'une détresse respiratoire, le Conseil d'État fait valoir que, si la prescription en ville devait être autorisée, elle supposerait un suivi resserré des patients, notamment sur le plan cardiaque, ce que ne sont pas en mesure de réaliser les médecins généralistes⁷⁶. La prise de position des pouvoirs publics à refuser de prendre d'autres risques, notamment ici dans la dispensation d'un médicament, est ferme. Et si, face au virus, certains patients et certains médecins étaient prêts à tout tenter, à défaut de traitement ayant fait ses preuves, quitte à prendre ou faire prendre des risques qui peuvent s'avérer inconsidérés ? Cette crainte des excès dans l'utilisation du produit semble avoir pris le pas sur toute autre considération. En témoigne un autre argument mis en exergue par le juge des référés : la forte tension possible sur l'approvisionnement d'hydroxychloroquine, si sa prescription était largement autorisée, risquant alors de mettre en difficulté les patients en ayant besoin dans

62. CSP, art. L. 1110-5. Voir également CSP, art. R. 4127-32.

63. CSP, art. R. 4127-39.

64. CE, ord., 22 avril 2020, *M. D. et autres*, n° 439951 ; *M. C. et autres*, n° 440009 ; *Union générale des travailleurs de Guadeloupe*, n° 440026.

65. *Ibid.*

66. B. Stirn, « Le référé et le virus ».

67. CE, 20 avril 2020, n° 440119.

68. Cass., 1^{er} civ., 13 novembre 2002, *Bulletin civil I*, n° 263, p. 205.

69. CSP, art. R. 4127-5.

70. CJUE, 11 octobre 2001, *Christiane Adam, épouse Urbing c. Administration de l'enregistrement et des domaines*, C-267/99, pt 39 ; directive n° 2018/958 du Parlement européen et du conseil du 28 juin 2018, cons. 30.

71. CSP, art. R. 4127-69.

72. *Ibid.*

73. CE, 20 avril 2020, n° 440119, cons. 10.

74. Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

75. CE, 28 janvier 2021, *Syndicat des médecins d'Aix et Région*, n° 441751.

76. CE, ord., 22 avril 2020, *M. C. et autres*. Voir également du même jour n° 439951 et n° 440026.

les indications de son AMM⁷⁷. En tout état de cause, le juge des référés a nettement fait pencher la balance des intérêts en faveur de l'intérêt général et non en faveur de ceux des requérants⁷⁸.

Là où l'on pouvait s'interroger sur un manque de confiance de l'État dans les professionnels de santé, il apparaît clairement que c'est le principe de précaution qui prévaut dans cette période de crise. La préservation de la sécurité sanitaire s'est étendue par la manière forte à la question de la prescription d'un médicament. Elle a également touché le sacro-saint secret médical, ce qui induit des inquiétudes quant à l'avenir de la relation soignant-soigné.

B. Le secret médical en danger

Dans l'objectif de rompre les chaînes de transmission virale, l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire a prévu la création d'un système d'information permettant de recenser les personnes infectées par le coronavirus et les personnes ayant été en contact avec celles-ci. La loi fait ainsi de la Covid-19 une maladie à déclaration obligatoire. Si ce dispositif a une durée limitée⁷⁹ et qu'il est d'emblée énoncé en dérogation à l'article L. 1110-4 du CSP, il a toutefois posé des questions d'importance concernant le secret médical puisque celui-ci est au fondement de la confiance au sein de la relation de soins.

En premier lieu, le consentement du patient n'est pas nécessaire à la transmission de ses données par les professionnels concernés sur les outils en question, ni même celui des personnes vivant dans son foyer ou des autres personnes contacts pour ce qui est de la transmission des informations qui les concernent. Le législateur a recherché l'efficacité du dispositif pour enrayer les chaînes de transmission virale. Ce sont les médecins généralistes et plus particulièrement les médecins traitants qui sont en première ligne même si cela concerne plus généralement tout médecin, en ville ou à l'hôpital. Ils sont seulement tenus de déclarer le patient positif, mais sont encouragés à déclarer aussi les cas contacts. Outre une surcharge de travail supplémentaire qui leur est imposée en période

d'épidémie, les professionnels peuvent par ailleurs se retrouver face à un patient qui refuse qu'une telle déclaration soit réalisée, les mettant ainsi dans une situation particulièrement délicate, notamment de perte de confiance de leurs patients. Le « pouvoir exorbitant »⁸⁰ qui leur est ainsi remis est susceptible d'entacher la relation de soins. Cette stratégie peut d'ailleurs s'avérer contre-productive : « Si aujourd'hui certains ne se font pas tester, si d'autres mentent sur leurs relations, [...] c'est principalement parce que les patients n'ont pas confiance »⁸¹.

En second lieu, les prérogatives remises entre les mains des professionnels sont particulièrement étendues, puisque, au-delà des données de santé, il s'agit aussi de collecter des données liées à l'environnement social de la personne : contacts, orientation des personnes infectées, mesures d'isolement nécessaires, de prophylaxie, etc. Ce dispositif est de nature à amplifier le climat de suspicion : « On ne surveille plus des maladies, ni même des malades mais les relations »⁸², peut-on lire. L'étendue du champ des personnes susceptibles d'avoir accès à ces données à caractère personnel est également source de grandes crispations⁸³. Ceci crée une tension supplémentaire sur les épaules du professionnel de santé et dans la relation de soins, même si certains médecins considèrent que ce dispositif s'impose pour sortir de la crise et revenir à une vie normale⁸⁴. Le Conseil national de l'Ordre des médecins fait également valoir la nécessaire et étroite collaboration des médecins avec l'État dans la gestion de la crise sanitaire. Il en appelle à ce titre au principe éthique de responsabilité qui doit animer tout médecin⁸⁵. Les données de santé intègrent toutefois dangereusement la vie privée⁸⁶, et le médecin est un acteur malgré lui de cette dérive au nom de l'ordre public sanitaire. Plus encore, mis en position de rouage du dispositif, il participe malgré lui à l'éventuelle désagrégation de la relation de confiance dont il est le pilier.

Enfin, le secret médical est mis à mal avec le développement exponentiel de la télémédecine, avec un risque accru pour les données de santé par l'utilisation en urgence pour certains de plateformes non sécurisées (telles que FaceTime, WhatsApp ou Skype) à défaut de mise à disposition d'outils dédiés. La question de la sécurité a été posée au juge administratif concernant la plateforme Health

77. Voir notamment CE, ord., 22 avril 2020, n°s 439951, 440009, 440026 et 440058.

78. N. Symchowicz, « État d'urgence sanitaire... ».

79. Il est prévu « aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 et pour la durée strictement nécessaire à cet objectif ou, au plus, pour une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence ». Par ailleurs, les données à caractère personnel ainsi collectées « ne peuvent être conservées à l'issue d'une durée de trois mois après leur collecte ».

80. B. Py, « Fallait-il sacrifier le secret professionnel sur l'autel de la santé publique ? », *Médecine & droit*, n° 166, 2021, p. 1.

81. *Ibid.* Voir également, en ce sens, B. Pitcho, « Vers un secret médical transparent », *Le club des juristes*, 29 juin 2020, en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/vers-un-secret-medical-transparent>.

82. B. Py, « Fallait-il sacrifier... », p. 2.

83. CC, déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*. Concernant les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage », le Conseil décide deux censures partielles et énonce trois réserves d'interprétation.

84. P. Biclet, « Non, le COVID ne mérite pas les justes combats de l'époque du Sida pour le respect du secret médical », *Médecine & droit*, n° 166, 2021, p. 3-4.

85. Conseil national de l'Ordre des médecins, « État d'urgence sanitaire : questions-réponses », 26 mai 2020, en ligne : <https://www.conseil-national.medecin.fr/publications/actualites/durgence-sanitaire-questions-reponses>.

86. B. Pitcho, « Vers un secret médical transparent ».

data hub, guichet unique auquel l'arrêté du 21 avril 2020⁸⁷ confie le traitement des données de santé. Arguant de l'urgence sanitaire, de l'utilité du traitement et de l'absence d'alternative technique immédiate, le Conseil d'État valide le dispositif⁸⁸. L'état d'urgence sanitaire justifie l'utilisation d'un système mis en place dans la hâte. Il est à souhaiter que ces traitements de données ne lui survivent pas, conformément aux préconisations du Conseil d'État dans son ordonnance du 19 juin 2020⁸⁹.

On peut craindre que l'inscription dans le droit de ces diverses dérogations au secret médical ne laisse des traces indélébiles et participe de l'acceptabilité sociale de telles pratiques dans le temps. Le médecin, au centre du dispositif, n'aura alors d'autre choix que de réinventer

le colloque singulier. La confiance altérée pourra-t-elle survivre à l'éradication de la pandémie Covid-19 ?

L'état d'urgence sanitaire met en tension les pratiques de soins et la relation soignant-soigné. Sous la plume du juge, il légitime à bien des égards l'étendue des pouvoirs publics en période de crise et laisse les professionnels en proie à des difficultés considérables.

Il n'en reste pas moins que l'urgence est aussi à la vigilance de la qualité et de la sécurité des soins en France. Des espoirs ont été suscités par le Ségur de la santé pour aussitôt s'évanouir... Mais le débat persiste. Le réenchantement de l'hôpital, et plus largement du système de soins, aura-t-il lieu ?

87. Arrêté du 21 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

88. CE, ord., 19 juin 2020, *Association le Conseil national du logiciel libre et autres*, n° 440916.

89. *Ibid.*, cons. 15.