

COMMUNIQUE DE PRESSE N°3 – LUTTE CONTRE
LE COVID-19 :
LE COMMUNIQUE DE PRESSE DU MINISTRE DES
SOLIDARITES ET DE LA SANTE PUBLIE LE 27 MAI
2020 « NE SAURAIT ETRE REGARDE COMME DE
NATURE A PRODUIRE DES EFFETS NOTABLES SUR
LES DROITS OU LA SITUATION DES
PROFESSIONNELS DE SANTE OU DES PATIENTS »

*« Tout ce qui existe dans l'univers est le fruit du
hasard et de la nécessité »*

Démocrite,

cité par **Jacques MONOD** en épigraphe de son
maître-ouvrage « *Le hasard et la nécessité* »,
Editions du Seuil, 1970

« Le Droit est la Raison universelle »

PORTALIS

Marseille, le 03 Août 2020

Dont acte !

Une **nouvelle victoire paradoxale** vient couronner nos efforts tendant à procurer à nos **semblables et concitoyens** la **protection de leur santé, droit constitutionnel** garanti par l'**alinéa 11** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946.

Je rappelle, dans cet ordre d'idées, que nos **requêtes** enregistrées le 26 Juillet 2020 (**recours pour excès de pouvoir**) et le 28 Juillet 2020 (**référé-suspension** – article **L. 521-1** du Code de justice administrative - CJA), que j'ai eu l'honneur, sur **mandats exprès**, de porter devant le **Conseil d'Etat**, tendaient respectivement à l'**annulation** et à la **suspension d'exécution** du **communiqué de presse** publié le 27 Mai 2020 sur le **site internet officiel** du **Ministère des solidarités et de la santé**, intitulé « **HYDROXYCHLOROQUINE** », acte de **droit souple** indiquant, en particulier, sous forme de **dispositions générales et impératives** et ayant pour **objet d'influer de manière significative** sur les **comportements des médecins prescripteurs** :

« (...)

Le décret publié ce 27 mai tire une nouvelle fois les conclusions de l'avis du HCSP et modifie les conditions dérogatoires de prescription de l'hydroxychloroquine : que ce soit en ville ou à l'hôpital, cette molécule ne doit pas être prescrite pour les patients atteints de Covid-19.

(...) ».

.../...

Le recours pour excès de pouvoir est, en effet, depuis 2016, **expressément ouvert** par le **Conseil d'Etat** à l'encontre des **actes dits de droits souple**, opposés aux **décisions**, en tant que, contrairement à celles-ci, ceux-là ne modifient pas l'**ordonnancement juridique**, mais :

1°) « revêtent le caractère de **dispositions générales et impératives** »,

ou

2°) « énoncent des **prescriptions individuelles** dont (leurs auteurs) pourraient ultérieurement **censurer la méconnaissance** »,

ou

3°) « sont de nature à produire des **effets notables**, notamment de nature **économique** »,

ou

4°) « ont pour **objet d'influer de manière significative** sur les **comportements des personnes auxquelles ils s'adressent** » :

« (...)

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par l'Autorité des marchés financiers :

4. Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de **dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des **prescriptions individuelles** dont ces autorités pourraient ultérieurement **censurer la méconnaissance** ; que ces **actes** peuvent également faire l'objet d'un tel **recours**, introduit par un requérant justifiant d'un **intérêt direct et certain** à leur **annulation**, lorsqu'ils sont de nature à produire des **effets notables**, notamment de nature **économique**, ou ont pour **objet d'influer de manière significative** sur les **comportements des personnes auxquelles ils s'adressent** ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les **vices** susceptibles d'affecter la **légalité** de ces actes en tenant compte de leur **nature** et de leurs **caractéristiques**, ainsi que du **pouvoir d'appréciation** dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des **pouvoirs d'injonction** qu'il tient du titre 1er du livre IX du code de justice administrative ;**

(...) »

(**CE, Ass. 21 Mars 2016, Société FAIRVESTA International GmbH et autres**, n°368082, 368083, 368084, Rec. 77, § 4 et **Société NC NUMERICABLE**, n°390023, Rec. p. 89, § 5 ; **CE, 20 Juin 2016, Fédération française des sociétés d'assurances**, n°384297, Rec. p. 653 ; **CE, 30 Juin 2016, Société Crédit agricole SA et a. c/ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution**, n°383822 ; **CE, Section, 13 Juillet 2016, Société GDF SUEZ**, n°388150, Rec. p. 384 ; **CE, 22 Juillet 2016, Syndicat Alliance française des industries du numérique - AFNUM -**, n°397014 ; **CE, 10 Novembre 2016, Mme E. et a. c/ Conseil supérieur de l'audiovisuel - CSA -**, n°384691, 384692, 394107 ; **CE, 19 Juillet 2017, Société Menarini France c/ Haute Autorité de santé et Agence nationale de sécurité du médicament**, n°399766, 399769, 399771, 399796, 399803, 399821, 402523, 40252 ;

CE, 07 Novembre 2018, Société Point d'appui et Association nationale des kinésithérapeutes fasciathérapeutes - ANKF - c/ Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires - MIVILUDES -, n°417998 ; CE, Ass., 19 Juillet 2019, Madame LE PEN, n°426389 ; CE, 16 Octobre 2019, Associations La Quadrature du net et Caliopen c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés - CNIL -, n°433069 ; CE, 04 Décembre 2019, Fédération des entreprises de la beauté, n°416798 ; CE, 31 Décembre 2019, Société BFM TV c/ Conseil supérieur de l'audiovisuel - CSA -, n°431164 et 432634).

Cette voie de droit est, cependant, tributaire, comme les autres, des dispositions réglementaires (spécialement celles qu'édicte le Premier ministre sous forme de décrets en Conseil d'Etat ou de décrets simples) ayant pour objet de réguler la procédure contentieuse.

Parmi elles, l'article **R. 122-12** du Code de justice administrative (CJA) donne le pouvoir notamment aux « *présidents de chambre* », au **Conseil d'Etat**, de :

« (...)

4° Rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ;

(...) »

C'est ce texte dont **Madame Pascale FOMBEUR**, Présidente de la Première Chambre de la Section du contentieux, juge des référés, a fait application dans son **ordonnance** du 31 Juillet 2020, qui m'a été communiquée ce matin.

Ainsi, après avoir fait l'**historique** des textes qui se sont succédé, en la matière, depuis le 25 Mars jusqu'au 27 Mai 2020 (§§ 3 à 6), l'**ordonnance** du 31 Juillet 2020 procède à une **interprétation neutralisante** du communiqué de presse publié le 27 Mai 2020, dans lequel elle ne voit ni **décision** ni **acte de droit souple** :

« (...)

7. Ce communiqué de presse se borne à informer les praticiens et le public des nouvelles mesures réglementaires prises et de leurs conséquences, sans en dénaturer la portée, et ne révèle par lui-même aucune décision. Il ne saurait être regardé comme de nature à produire des effets notables sur les droits ou la situation des professionnels de santé ou des patients. Par suite, il n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les conclusions tendant à son annulation sont ainsi manifestement irrecevables et il y a lieu, dès lors, de les rejeter sur le fondement de l'article **R. 122-12 du code de justice administrative, ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions de la requête à fin d'injonction et celles présentées au titre de l'article **L. 761-1** du code de justice administrative.**

(...) »

*

Sachant que « (...) *le but poursuivi par l'article 6, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (est d') assurer le contrôle de l'autorité judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable (...)* » (Cass. 3° Civ., 10 Mai 2007, n°05-21.290), quel **regard citoyen** peut-on porter sur la **décision** qui vient d'être rendue au plus haut sommet de l'Etat **juridictionnel** ?

D'une part, elle ne doit pas être critiquée en tant qu'elle fait application de l'article **R. 122-12, 4° CJA** (dont le pendant pour les **tribunaux administratifs** et **cours administratives d'appel** est l'article **R. 222-1, 4° CJA**) puisque le **pouvoir réglementaire** a investi le **juge administratif** du pouvoir d'apprécier, **en formation singulière**, le caractère **manifestement irrecevable** d'une requête (étymologiquement, qui **doit sauter aux yeux** de n'importe qui).

La **critique normative** devrait plutôt être adressée au **Premier ministre**, auteur du règlement, en tant qu'il confie à un **juge unique** un **pouvoir** que la **garantie des droits**, consacrée par l'article **16** de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**), à **pleine valeur constitutionnelle**, tend à attribuer à une **collégialité**, au terme d'une **procédure mûrie** et **contradictoire**.

Il est permis, d'autre part, d'être d'un **avis différent** de celui de l'**éminent magistrat**, signataire de l'**ordonnance** du 31 Juillet 2020, quant à la **portée** du **communiqué de presse** du 27 Mai 2020.

En effet, ni le **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié ni l'**arrêté** du 26 Mai 2020, qui en prend la suite, ne s'intéressent au **pouvoir de prescription** des **médecins**, lequel, il est utile de le rappeler, est garanti par l'article **L. 5121-12-1, I** du Code de la santé publique (**CSP**), invoqué par mes **requêtes en référé-suspension** des 05 Avril et 28 Juillet 2020, aux termes duquel:

« (...) En l'absence de recommandation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées, une spécialité pharmaceutique ne peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché qu'en l'absence d'alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation et sous réserve que le prescripteur juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique de son patient. .

(...) »

et **expressément visé** par l'**ordonnance de référé** que j'ai obtenue le 22 Avril 2020 (§§ **7** et **8**).

Seule est **réglementée**, dans les textes gouvernementaux, la **dispensation** en **pharmacies d'officine** du **PLAQUENIL** et des spécialités à base d'**hydroxychloroquine**, mais non pas la **prescription** de ces médicaments, notamment **en ville**.

Dès lors, en énonçant que le **décret n°2020-630 du 26 Mai 2020 abrogeant les dispositions dérogatoires** relatives à la **prescription**, à la **dispensation** et à l'**administration** de « (...) *l'hydroxychloroquine* et (de) *l'association lopinavir/ritonavir* (...) *sous la responsabilité d'un médecin aux patients atteints par le covid-19, dans les établissements de santé qui les prennent en charge, ainsi que, pour la poursuite de leur traitement si leur état le permet et sur autorisation du prescripteur initial, à domicile.* (...) » (article **19** du **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 - JORF 12 Mai 2020 – Texte 6 sur 83), « (...) **modifie** les conditions dérogatoires de **prescription** de *l'hydroxychloroquine* (...) », alors que seule sa **dispensation** est réglementée, le **communiqué de presse** litigieux **ne se borne pas**, contrairement à ce qu'indique erronément l'**ordonnance** du 31 Juillet 2020, « (...) à **informer les praticiens et le public des nouvelles mesures réglementaires prises et de leurs conséquences, sans en dénaturer la portée** (...) ».

Par son **communiqué de presse** du 27 Mai 2020, le **Ministre des solidarités et de la santé** a **ajouté** aux dispositions réglementaires, qu'il a voulu étendre au **pouvoir de prescription** des **médecins**, en méconnaissance de l'article **L. 5121-12-1, I CSP** précité.

En affirmant « (...) *que ce soit en ville ou à l'hôpital, cette molécule ne doit pas être prescrite pour les patients atteints de Covid-19.* (...) », l'autorité exécutive a eu pour but d'**influer de manière significative** sur les **comportements** des **médecins prescripteurs**, en laissant craindre a u x **réfractaires** d e s **poursuites disciplinaires**, eu égard notamment « à **l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques** (...) » (**CE, 27 Avril 2011, Association pour une formation médicale indépendante - FORMINDEP, n°334396**).

Le raisonnement que suit le **Conseil constitutionnel** pour contrôler, en application de l'article **61-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, la **constitutionnalité** d'une **loi** qui ne se borne pas à tirer les **conséquences nécessaires** des **dispositions inconditionnelles et précises** d'une **directive** (**CC, décision n°2019-810 QPC du 25 Octobre 2019, Société AIR FRANCE, §§ 6 à 10**), est, ici, parfaitement transposable. Le **communiqué de presse ministériel**, qui excède le cadre **normatif** en ayant pour objet d'**influer** sur le **comportement des personnes qui en sont les destinataires naturels**, comme, en l'occurrence, les **médecins prescripteurs**, se rend justiciable du **recours pour excès de pouvoir**.

On peut, dans ces conditions, au bénéfice d'une **analyse détaillée** des textes en cause, soutenir, comme le ferait une **personne non investie de pouvoirs juridictionnels**, mais, néanmoins, **raisonnable**, que le **recours pour excès de pouvoir** était, selon les **critères** définis par le **Conseil d'Etat** lui-même, ouvert à l'encontre du **communiqué de presse** attaqué, que l'on peut, partant, persister à considérer comme un **acte de droit souple**.

Cependant et au-delà des **divergences d'appréciation** entre l'**Etat juge**, d'une part et la **Société civile** - dont procède l'**Avocat, auxiliaire en justice** - d'autre part, il y a lieu de retenir de la **décision** qui vient d'être rendue que le **communiqué de presse** publié le 27 Mai 2020 sur le site internet du Ministère des solidarités et de la santé, - dont il n'est, au demeurant, pas dit qu'il n'aurait pas eu pour **objet d'influer de manière significative** sur les **comportements des médecins prescripteurs** -, « (...) *ne saurait être regardé comme de nature à produire des effets notables sur les droits ou la situation des professionnels de santé ou des patients.* (...) ».

Cette formule, que les précédents développements ne permettent pas d'approuver, aura, toutefois, l'avantage de faire l'**économie d'une instruction contradictoire** que la **motivation** retenue a, en application de la réglementation applicable au contentieux administratif, rendue inutile.

L'**ordonnance** rendue le 31 Juillet 2020 par **Madame la Présidente** de la **Première Chambre** de la **Section du contentieux** aura eu, ainsi, le **grand mérite** de confirmer **implicitement** mais **nécessairement**, nonobstant le rejet de la requête, ainsi que l'avait dit le **juge des référés** du **Conseil d'Etat** dans son **ordonnance** susmentionnée du 22 Avril 2020, que les **médecins**, qu'ils soient **généralistes** ou **spécialistes**, en **ville** ou à l'**hôpital**, peuvent **licitement**, dans le respect du **protocole** fixé par l'article **L. 5121-12-1, I CSP**, dont la **normativité législative** est supérieure aux dispositions **réglementaires** du Code de déontologie médicale, continuer à **prescrire l'hydroxychloroquine** à leurs patients atteints de **COVID-19**.

Il est bien entendu et parfaitement conforme à la **hiérarchie des normes** que le **communiqué de presse** du 27 Mai 2020 n'a pas pu **constitutionnellement** abolir la **liberté de prescription des médecins**, garantie par la **loi** (article **L. 5121-12-1, I CSP**), ce, d'autant moins que, selon le **Conseil d'Etat**, il n'a jamais intégré l'**ordonnancement juridique**.

Cela était, peut-être, évident pour certains, mais pas pour tous. La **saisine** du **Conseil d'Etat**, qu'avant le 27 Mai 2020, rien ne prédéterminait (le **hasard**), sinon la **soif de vérité et de justice**, a définitivement retiré au **communiqué de presse** critiqué tout **effet de droit** (la **nécessité**).

Preuve est, ainsi, faite de l'**utilité du recours pour excès de pouvoir**, recours qui existe **même sans texte**.

*

C'est autre chose de **douter** de l'efficacité de l'**hydroxychloroquine** dans le traitement contre le **COVID-19** et autre chose de **vider** de leur **signification intrinsèque** les énoncés d'une **décision de justice**. C'est une **donnée irrévocablement acquise du Droit**, aux termes de l'**ordonnance de référé** du 22 Avril 2020, **nullement remise en cause** par l'**ordonnance** objet de la présente **analyse critique**, que l'**hydroxychloroquine** « *peut être le fait de **médecins de ville*** », sous réserve du « *respect de **précautions particulières** mais également (d')u n suivi **spécifique** des patients, notamment sur le **plan cardiaque**.* » (§ 7, page 5/6).

Comme l'écrivait brillamment **Jean CARBONNIER** :

« *Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos* » (**Doyen Jean CARBONNIER**, *Le silence et la gloire*, Dalloz 1951, chr. XXVIII).

*

« *La paix est le **but** que poursuit le **droit**, la **lutte** est le **moyen de l'atteindre**.* » disait fort judicieusement **Rudolf von JHERING**.

La **lutte du Droit pour le Droit et par le Droit** a, encore, de beaux jours devant elle.

Philippe KRIKORIAN,
Avocat à la Cour (Barreau de Marseille)
Président-Fondateur en exercice du GRAND
BARREAU DE FRANCE - GBF
Tél. (33) 04 91 55 67 77 -
Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr
Site Internet www.philippekrimorian-avocat.fr
BP 70212
13178 MARSEILLE CEDEX 20 (FRANCE)