

Philippe KRIKORIAN
Avocat à la Cour
(Barreau de Marseille)
BP 70212
13178 MARSEILLE CEDEX 20
Tél. 04 91 55 67 77

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR
REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

A

MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET
MEMBRES DU CONSEIL D'ETAT STATUANT AU
CONTENTIEUX

POUR:

1° Monsieur Philippe KRIKORIAN (...), de nationalité française, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille),

2° Madame (...), de nationalité française, **Médecin Rhumatologue, *ès qualités*,** outre celles indiquées ci-après,

Toux deux domiciliés (...)

Agissant tant en leur qualité de **représentants légaux**, en vertu des articles **371-1** et **382** du Code civil, de leur **fil mineur (...),** qu'en leur nom propre ;

3° Monsieur (...), de nationalité française, **Docteur en médecine, *ès qualités*,** domicilié (...)

Et représentés devant le **Conseil d'Etat** par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille), **Président-Fondateur en exercice** du **GRAND BARREAU DE FRANCE – GBF - (...) – adresse postale BP 70212 – 13178 MARSEILLE CEDEX 20 - Tél. 04 91 55 67 77 - Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr – Site internet www.philippekrimorian-avocat.fr,**

dûment mandaté à cette fin (pièces n°5 et 6),

inscrit à **Télérecours** et au **RPVA**;

CONTRE :

L'ETAT, pris en la personne de :

1°) **Monsieur le Premier ministre**, domicilié Hôtel de Matignon, 57, Rue de Varenne 75700 PARIS,

2°) **Monsieur le Ministre des solidarités et de la santé**, domicilié 14, Avenue Duquesne 75350 PARIS,

A raison du **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, notamment son article **12-2, alinéas 1er et 5** (*pièce n°1*), dans sa rédaction issue du **décret** n°2020-314 du 25 Mars 2020 (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – *pièce n°1 bis*) et du **décret** n°2020-337 du 26 Mars 2020 (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – *pièce n°1 ter*), ci-après reproduit :

« Par dérogation à l'article L. 5121-8 du code de la santé publique, l'hydroxychloroquine et l'association lopinavir/ ritonavir peuvent être prescrits, dispensés et administrés 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. Ces prescriptions interviennent, après décision collégiale, dans le respect des recommandations du Haut conseil de la santé publique et, en particulier, de l'indication pour les patients atteints de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe.

(...)

La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, dans le respect des indications de son autorisation de mise sur le marché, et les préparations à base d'hydroxychloroquine ne peuvent être dispensées par les pharmacies d'officine que dans le cadre d'une prescription initiale émanant exclusivement de spécialistes en rhumatologie, médecine interne, dermatologie, néphrologie, neurologie ou pédiatrie ou dans le cadre d'un renouvellement de prescription émanant de tout médecin. » (pièces n°1, 1 bis et 1 ter) ;

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

Le **rappel des faits**, de la **procédure** et du **contexte de l'affaire (I)** précédera la **discussion (II)**.

I-/ RAPPEL DES FAITS, DE LA PROCEDURE ET DU CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Seront, ici, exposées la **demande des requérants (I-A)**, puis la **problématique** **présentement étudiée** en rappelant son **contexte (I-B)**.

I-A/ LA DEMANDE DES REQUERANTS

Plongés malgré eux, comme l'ensemble de l'**humanité** dans la **catastrophe sanitaire** **pandémique** causée par le **virus Coronavirus COVID-19**, responsable de **plusieurs dizaines de milliers de morts** dans le monde entier, **Monsieur et Madame Philippe KRIKORIAN** ont, à l'instar du **Docteur (...)**, à leur **grande stupéfaction**, pris connaissance du **décret n°2020-293 du 23 Mars 2020** modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (*pièce n°1*), notamment son article **12-2, alinéas 1er et 5**, dans sa rédaction issue du **décret n°2020-314 du 25 Mars 2020** (*JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – pièce n°1 bis*) et du **décret n°2020-337 du 26 Mars 2020** (*JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – pièce n°1 ter*) ci-dessus reproduit, qui interdit la **vente en pharmacies d'officine** du **médicament PLAQUENIL ©**, alors que sa **prescription**, sa **dispensation** et son **administration** sont autorisées « *dans les établissements de santé* ».

Concrètement, le traitement à base d'**hydroxychloroquine** ne sera pas disponible en **médecine de ville**, alors qu'il contribuerait puissamment à **enrayer l'épidémie** et **éradiquer le virus tueur**.

Monsieur et Madame KRIKORIAN, d'une part, en leur nom propre et en leur qualité de **représentants légaux** de leur **fils mineur (...)** susnommé, **le Docteur (...)**, d'autre part, demandent présentement, au **Conseil d'Etat** statuant au contentieux l'**annulation** des dispositions réglementaires précitées, comme étant entachées d'**excès de pouvoir**.

*

.../...

I-B/ LA PROBLEMATIQUE EN CAUSE : LA SAUVEGARDE DU DROIT A LA VIE ET DU DROIT FONDAMENTAL A LA PROTECTION DE LA SANTE FACE A DES CHOIX NORMATIFS HASARDEUX ET INEFFICACES A LUTTER CONTRE UN ENNEMI INVISIBLE

La présente affaire pose le problème de la **responsabilité** de la **puissance publique** et de sa **carence** face à un **fléau sanitaire sans précédent** et à l'**échelon mondial**, propre à raviver les **peurs ancestrales** et autres **fantasmagories** véhiculées à travers les âges, dont a rendu compte notamment la **littérature** du **XXème siècle** (**Albert CAMUS, *La Peste*** ; **Eugène IONESCO, *Rhinocéros***).

Le **législateur** a organisé des **voies de recours** aux fins que soit assurée, en tous lieux et à tout instant, la **protection juridictionnelle effective** que sont légitimement en droit d'attendre les personnes placées sous la juridiction de la **France**. Spécialement, quand est en cause une **liberté fondamentale**, tel le **droit à la vie**, « *inhérent à la personne humaine* », que garantissent notamment les articles **2** de la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)** et **6** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** des **16-19 Décembre 1966 (PIDCP)**.

Les articles **L. 521-1 (référé-suspension)** et **L. 521-2 (référé-liberté)** du Code de justice administrative (**CJA**), auxquels renvoie expressément l'article **L. 3131-18** du Code de la santé publique (**CSP**), tendent, précisément, à fournir aux justiciables les **moyens juridictionnels** de la **protection** de leurs **droits et libertés fondamentaux**, comme le sont le **droit à la vie** susvisé et le « *droit fondamental à la protection de la santé* », celui-ci consacré par l'article **L. 1110-1** **CSP** :

« Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

Ce droit s'explicite par l'article **L. 1110-5, alinéa 1er** **CSP** :

« Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice ni de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produits de santé ni de l'application du titre II du présent livre.

(...) »

Le droit à la vie, « *inhérent à la personne humaine* », garanti par les **normes supranationales** susvisées et le **droit fondamental à la protection de la santé** seraient **théoriques et illusoires** s'ils ne pouvaient être mis en oeuvre de façon **concrète et effective** par l'exercice de **recours juridictionnels**, comme la **présente requête**.

Il est, dans cet ordre d'idées, rappelé que le **recours pour excès de pouvoir**, traditionnellement qualifié d'**objectif** (le **procès** fait à un **acte** et non pas à une **personne**), est celui qui « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ;*

(...) »

(**CE, Ass. 17 Février 1950, Ministère de l'agriculture c. Dame Lamotte**, Rec. 110 ; RD publ. 1951.478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline ; GADLF, n°53, obs. X. Dupré de Boulois).

Il n'est pas, dès lors, déraisonnable d'y voir l'esquisse d'une *actio popularis* au service de la **légalité** placée sous la **sauvegarde** de tous les sujets de droit justifiant d'un **intérêt** leur donnant **qualité à agir**.

*

Aux termes de l'article **L. 521-1** du Code de justice administrative (CJA) :

« *Quand une **décision administrative**, même de rejet, fait l'objet d'une **requête en annulation ou en réformation**, le **juge des référés**, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la **suspension de l'exécution** de cette décision, ou de **certains de ses effets**, lorsque **l'urgence le justifie** et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, **en l'état de l'instruction**, un **doute sérieux** quant à la **légalité** de la décision.*

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.

Quant à lui, l'article **L. 3131-18** CSP dispose :

« *Les **mesures** prises en application du **présent chapitre** peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des **recours** présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles **L. 521-1** et **L. 521-2** du code de justice administrative.* »

Le **Conseil d'Etat** confirme, dans sa **jurisprudence récente**, la **pertinence** du recours à la **procédure d'urgence** organisée, en particulier, par l'article **L. 521-2** CJA :

.../...

« (...) »

Une carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en oeuvre le droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, peut faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée. En outre, l'intervention du juge des référés dans les conditions d'urgence particulière prévues par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires.

(...) »

(CE, 1ère et 6ème chambres réunies, 13 Décembre 2017, n°415207, n°415208) ;

« (...) »

3. Dans cette situation, il appartient à ces différentes autorités de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent.

(...)

5. Le droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence. Toutefois, ce juge ne peut, au titre de cette procédure particulière, qu'ordonner les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale. 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, dans ce cadre, déjà prises.

(...) »

(CE, Référé, 22 Mars 2020, Syndicats Jeunes Médecins, n°439674, §§ 3, 5)

*

II-DISCUSSION

La **recevabilité** (**II-B**), comme le **bien-fondé** (**II-C**) de la présente **requête**, dont le contentieux est de la **compétence de l'ordre administratif** (**II-A**), sont parfaitement établis, en l'espèce.

*

II-A/ LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT POUR STATUER SUR LA PRESENTE REQUETE

Elle découle de l'article **R. 311-1, 1°** CJA

« *Le **Conseil d'Etat** est compétent pour connaître en **premier et dernier ressort** :*

*1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les **décrets** ;
(...)*».

La **carence** de l'**Etat** dans la **protection du droit à la vie** et de la **santé** des personnes placées sous sa juridiction procédant, en l'occurrence, du **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, il s'en déduit que le présent litige est de la **compétence** du **Conseil d'Etat** – notamment par la voie du **recours pour excès de pouvoir** - et, par **requête séparée**, des **juges des référés** que sont, aux termes de l'article **L. 511-2, alinéa 2** CJA « *le président de la section du contentieux ainsi que les **conseillers d'Etat** qu'il désigne à cet effet.* »

*

II-B/ LA RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE

Les conditions de recevabilité relatives tant aux **requérants (II-B-1)**, qu'au **recours (II-B-2)** sont entièrement réunies en l'espèce.

II-B-1/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AUX REQUERANTS

La **capacité** de **Monsieur et Madame Philippe KRIKORIAN**, d'une part, du **Docteur (...)**, d'autre part, n'appelant pas d'observations particulières, seront, ici, envisagés leur **mode de comparution** devant le **Conseil d'Etat (II-B-1-a)**, d'une part et leur **intérêt à agir**, d'autre part (**II-B-1-b**).

II-B-1-a/ MONSIEUR ET MADAME PHILIPPE KRIKORIAN, D'UNE PART, LE DOCTEUR (...), D'AUTRE PART, ONT FAIT LE CHOIX DE COMPARAITRE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT PAR MINISTERE D'AVOCAT A LA COUR

Les dispositions de l'article **R. 432-1** CJA (« *La requête et les mémoires des parties doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés par un avocat au Conseil d'Etat.*

(...) »)

ne sont pas, ici, applicables.

La **présente requête** est, en effet, signée par **Maître Philippe KRIKORIAN**, Avocat à la Cour (Barreau de Marseille) **dûment mandaté à cet effet** (*pièces n°5 et 6*), conformément à l'article **R. 432-2, alinéa 2** CJA, ci-après reproduit :

Article **R. 432-2** CJA :

« *Toutefois, les dispositions de l'article R. 432-1 ne sont pas applicables :*

1° *Aux recours pour excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives ;*

2° *Aux recours en appréciation de légalité ;*

3° *Aux litiges en matière électorale ;*

4° *Aux litiges concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat relevant du chapitre III bis du titre VII du livre VII.*

5° *Aux demandes d'exécution présentées en application du livre IX.*

Dans ces cas, la requête doit être signée par la partie intéressée ou son mandataire.

Les dispositions de l'article R. 432-1 ne sont pas non plus applicables aux mémoires des parties sur les saisines de l'autorité judiciaire en application de l'article 49 du code de procédure civile et portant sur une appréciation de légalité. »

*

Il est, de plus, rappelé que **la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 11 Février 2014, Masirevic c. Serbie, n°3067/08 irrévocable le 11 Mai 2014)** consacre la **règle opposable à l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe, dont la France**, selon laquelle **un Avocat peut se représenter lui-même devant une juridiction**, appliquée notamment par le **Conseil constitutionnel** lors de son **audience publique** du **02 Mai 2017**, ouverte à **08h30** devant lequel **Maître Philippe KRIKORIAN** a plaidé **en robe** pour ses **propres intérêts – affaire 2017-630 QPC (délibéré le 19 Mai 2017 à 10h00)**.

*

.../...

En outre, la transmission de la présente requête via **TELERECOURS** est conforme à l'article **R. 414-1** CJA précité, aux termes duquel :

*« Lorsqu'elle est **présentée par un avocat**, un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, une personne morale de droit public autre qu'une commune de moins de 3 500 habitants ou un organisme de droit privé chargé de la gestion permanente d'un service public, **la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être adressée à la juridiction par voie électronique au moyen d'une application informatique dédiée accessible par le réseau internet. La même obligation est applicable aux autres mémoires du requérant.***

Lorsqu'elle est présentée par une commune de moins de 3 500 habitants, la requête peut être adressée au moyen de cette application.

Les personnes morales chargées, sur le fondement de l'article R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, d'informer les étrangers placés en centre de rétention administrative et de les aider à exercer leurs droits peuvent adresser à la juridiction par voie électronique au moyen de cette application les requêtes présentées par ces étrangers. »

*

II-B-1-b/ MONSIEUR ET MADAME PHILIPPE KRIKORIAN JUSTIFIENT D'UN INTERET A AGIR EN LEUR QUALITE DE REPRESENTANTS LEGAUX DE LEUR FILS MINEUR (...) ET EN LEUR NOM PROPRE, OUTRE LA QUALITE DE MEDECIN DU DOCTEUR (...) ET DU DOCTEUR (...)

S'il avait été **majeur**, le **jeune (...)** aurait eu, à l'évidence, **intérêt à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir**, comme placé **directement et personnellement** dans une situation de **danger sanitaire, malgré lui** et exposé, à l'instar de **millions d'autres personnes**, à un **risque réel de contamination**.

Il est patent, dès lors, qu'en leur qualité de **représentants légaux de leur fils mineur (...)**, **ainsi qu'en leur nom propre**, **Monsieur et Madame Philippe KRIKORIAN** justifient d'un **intérêt légitime** leur donnant **qualité à agir** aux fins de prescription des **mesures** tendant à **supprimer le danger** pour la **santé publique**.

Madame le Docteur (...) a, de plus, **intérêt à l'annulation** du **décret** attaqué en tant que celui-ci fait obstacle à l'**effectivité** de sa prescription de la spécialité pharmaceutique **PLAQUENIL © en dehors de l'indication** pour laquelle l'**autorisation de mise sur le marché (AMM)** lui a été délivrée (notamment polyarthrites rhumatoïdes, lupus, prévention de lécithes).

Quant au **Docteur (...)**, exposé comme les autres requérants au **risque de contagion** que le décret critiqué aggrave, il se voit aussi privé, sinon de son **pouvoir de prescription d'hydroxychloroquine**, du moins de l'**utilité** pouvant s'y attacher dès lors qu'elle ne pourra pas être suivie, en l'état du **décret attaqué**, de sa délivrance en **pharmacies d'officine**.

L'**intérêt à agir** des requérants est d'autant moins contestable qu'aux termes de l'article **L. 1110-1** du Code de la santé publique (CSP), les **usagers** contribuent avec « *Les **professionnels**, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les **autorités sanitaires** (...) à développer la **prévention**, garantir l'**égal accès** de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la **continuité des soins** et la **meilleure sécurité sanitaire possible**. »*

Le prononcé par **voie de justice** de l'**annulation** et de la **suspension d'exécution** présentement demandées est de nature, à l'évidence, à contribuer notamment à assurer « *la **meilleure sécurité sanitaire possible**. »*

*

II-B-2/ LES CONDITIONS DE RECEVABILITE RELATIVES AU RECOURS

Les **règles de forme** ont été intégralement respectées en l'occurrence, de même que celles relatives à la **décision préalable** (**II-B-2-a**), d'une part et au **délai** de recours contentieux (**II-B-2-b**), d'autre part.

II-B-2-a/ L'EXIGENCE TENANT A LA DECISION PREALABLE EST PLEINEMENT SATISFAITE EN L'ESPECE

La règle de la **décision préalable** est actuellement consacrée par l'article **R. 421-1** du Code de justice administrative (CJA), ci-après reproduit :

*« La juridiction ne peut être saisie que par voie de **recours formé contre une décision**, et ce, dans les **deux mois** à partir de la **notification** ou de la **publication** de la décision attaquée.*

Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.

Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. »

La **règle** précitée a été strictement respectée dès lors que le **Conseil d'Etat** se trouve saisi de **trois décisions**, en l'occurrence :

1°) du **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, **publié** au **Journal officiel** le 24 Mars 2020 (texte 7 sur 47 – *pièce n°1*) ;

2°) du **décret modificatif** n°2020-314 du 25 Mars 2020, article **1er, 2°** (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – *pièce n°1 bis*) : ajout de l'article **12-2** au décret initial constituant son **Chapitre 7** intitulé « **DISPOSITIONS RELATIVES A LA MISE A DISPOSITION DE MEDICAMENTS** » ;

3°) du **décret modificatif** n°2020-337 du 26 Mars 2020, article **1er, 3°, a), b) et c)** (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – *pièce n°1 ter*) : modifie l'article **12-2** en ses alinéas **1er (a), 5 (b) et 6 (c)**.

*

II-B-2-b/ LA PRESENTE REQUETE EST PRESENTEE DANS LE DELAI DU RECOURS CONTENTIEUX

Aux termes de l'article **R. 421-1, alinéa 1er** CJA :

*« La juridiction ne peut être saisie que par voie de **recours formé contre une décision**, et ce, dans les **deux mois** à partir de la **notification** ou de la **publication** de la décision attaquée. »*

Il résulte de ce qui précède que le présent **recours** transmis et enregistré **via TELERECOURS** le 03 Avril 2020, soit **dix jours** après la **publication** du **premier décret** attaqué n°2020-293 du 23 Mars 2020, a été introduit devant le **Conseil d'Etat** dans le **délai réglementaire requis**.

*

La liaison du contentieux est, ainsi, parfaitement assurée, en l'occurrence.

La **demande** des requérants est, partant, **entièrement recevable**.

Elle n'en est pas moins **totalelement fondée**.

*

II-C/ LE BIEN-FONDE DE LA PRESENTE REQUETE

La **carence** de l'**Etat**, qui justifie le prononcé des **mesures d'urgence**, telles que présentement sollicitées par **requête séparée** conformément aux dispositions de l'article **R. 522-1, alinéa 2** CJA, se révèle à la lecture du **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (*pièce n°1*), notamment son article **12-2, alinéas 1er et 5**, dans sa rédaction issue du **décret** n°2020-314 du 25 Mars 2020 (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – *pièce n°1 bis*) et du **décret** n°2020-337 du 26 Mars 2020 (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 - *pièce n°1 ter*), ci-après reproduit :

« Par dérogation à l'article L. 5121-8 du code de la santé publique, l'hydroxychloroquine et l'association lopinavir/ ritonavir peuvent être prescrits, dispensés et administrés 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. Ces prescriptions interviennent, après décision collégiale, dans le respect des recommandations du Haut conseil de la santé publique et, en particulier, de l'indication pour les patients atteints de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe.

(...)

La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, dans le respect des indications de son autorisation de mise sur le marché, et les préparations à base d'hydroxychloroquine ne peuvent être dispensées par les pharmacies d'officine que dans le cadre d'une prescription initiale émanant exclusivement de spécialistes en rhumatologie, médecine interne, dermatologie, néphrologie, neurologie ou pédiatrie ou dans le cadre d'un renouvellement de prescription émanant de tout médecin. » (pièces n°1, 1 bis et 1 ter) .

*

Ainsi, après qu'auront été rappelés le **principe de légalité** et ses conséquences pour l'Administration (**II-C-1**), devront être analysées, tour à tour, la question de l'**écran législatif** (**II-C-2**), puis celles de la **légalité** tant **externe** (**II-C-3**), qu'**interne** (**II-C-4**) du **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié.

Les **conséquences** de l'**annulation** devant être prononcée par le **Conseil d'Etat**, en termes d'**injonction** adressée au **Gouvernement**, termineront la discussion juridique (**II-C-5**).

*

II-C-1/ LE RESPECT DU PRINCIPE DE LEGALITE ET SES CONSEQUENCES POUR L'ADMINISTRATION

Comme le rappelle le **Professeur René CHAPUS** (Droit Administratif Général, tome 1, 15^e édition 2001, Domat Droit public, Montchrestien, n°50, p. 33):

*« 50. La soumission de l'administration aux normes constitutionnelles. - Le fait que ces normes, qui sont au sommet de notre ordre juridique, s'imposent de la façon la plus immédiate au législateur ne doit pas masquer qu'elles régissent aussi l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Les autorités administratives doivent les respecter et il n'y a ni obstacle de principe ni anomalie à ce qu'un acte administratif soit censuré (et notamment annulé par le juge administratif) pour cause de **non-conformité à une disposition de la Constitution** ou à un **principe consacré par le Conseil constitutionnel**.*

*A cet égard, il est peut-être bon de prévenir une confusion: le juge administratif (de même d'ailleurs que le juge judiciaire) ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la la Constitution. Il est juge, non des lois, mais des actes administratifs. Mais **il peut censurer un acte administratif pris en méconnaissance d'une règle constitutionnelle**.*

*51. L'hypothèse de l'écran législatif. - il peut toutefois arriver qu'un acte administratif contraire à une telle règle soit insusceptible de censure de la part du juge administratif. C'est le cas lorsque cet acte a été pris **conformément à une loi**, dont il tient le **vice d'inconstitutionnalité** qui l'entache. La loi, **tout inconstitutionnelle qu'elle soit**, fait alors **écran** entre le juge et la règle constitutionnelle.*

(...)

*Bien entendu, l'écran n'est plus qu'**apparent** (en fait, **il disparaît**) si la loi a simplement investi le gouvernement de la mission de **prendre certaines mesures**, sans déterminer les **principes** à mettre en oeuvre. Dans une telle hypothèse, **l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la Constitution**.*

V. C E 17 mai 1991, Quintin, RDP 1991, p. 1429, concl. R. Abraham (et rappr., notamment, CE 19 novembre 1986, Soc. Smanor, cité n°190-1°).

(...) »

Il échet d'observer, en outre, que la théorie de la **loi écran** ne saurait empêcher le juge administratif de censurer un acte réglementaire violant un **principe de valeur constitutionnelle** comme le **principe d'égalité** (C E **10 Octobre 1997, Fédération Nationale des Experts-Comptables**, DA 1998, N° 67, p. 23, obs. D.P.).

Le **Conseil Constitutionnel** adopte le même principe en jugeant:

« (...) 10. *Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel: 'Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse';* »

(CC, Décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003 – Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

De surcroît, la **question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** permet, depuis la **réforme constitutionnelle** du 23 Juillet 2008, entrée en vigueur le 1er Mars 2010, de critiquer la **constitutionnalité** d'une loi, **après sa promulgation**, faisant écran entre la Constitution et le règlement. L'**exception d'inconstitutionnalité** rejoint, ainsi, dans son principe, l'**exception d'inconventionnalité** (droit de l'Union européenne, droit de la Convention européenne des droits de l'homme et droit international).

On sait, de même, que depuis l'arrêt *Nicolo* (**CE Ass. 20 Octobre 1989, Nicolo**, Rec. p. 190, concl. P. Frydman), **les traités internationaux** l'emportent désormais sur les lois nationales antérieures ou même **postérieures**, avec lesquelles ils sont **incompatibles** (v. **Etude** adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat le 29 Juin 2000 « *La norme internationale en droit français* », La Documentation française, p. 44 et s.).

De plus, la mise en oeuvre de l'engagement international par l'**Administration** comporte une **obligation de ne pas faire**, dès lors que « *les autorités nationales ne peuvent légalement prendre des mesures d'application d'une loi qui serait elle-même incompatible avec un traité* » (**CE Sect. 20 Mars 1992, Seguela**, Rec. p. 125, *ibid.* p. 51).

L'application par le **Juge** de l'engagement international le conduit, ainsi, logiquement à **écarter l'application** d'une **loi incompatible** avec celui-ci.

L a **Doctrine** n'exprime pas une idée différente (**Professeur René CHAPUS** in *Droit administratif général*, Tome 1, 15 éd. 2001 Domat Droit public, Montchrestien, n°175, p. 137):

« le fait que le règlement aurait été pris en **application d'une disposition législative**, qui lui aurait communiqué son **incompatibilité**, n'est pas, en l'état actuel du droit, un obstacle à **l'appréciation de la légalité** et (le cas échéant) à **l'annulation du règlement** ou de ses décisions d'application (**CE Ass. 28 Février 1992, SA Rothmans International France**, Rec. p. 80, concl. M. Laroque: **illégalité** pour cause d'**incompatibilité avec les objectifs d'une directive** de la réglementation relative au prix de vente des tabacs et, en conséquence, **annulation** des décisions prises sur le fondement de cette réglementation:

« (...) que **les dispositions** précitées de l'article 6 de la loi du 24 mai 1976 confèrent au gouvernement un **pouvoir spécifique** de fixation du prix des tabacs importés de pays membres de la communauté européenne, indépendamment de l'application de la législation nationale sur le contrôle du niveau des prix; qu'elles permettent ainsi au gouvernement de fixer le prix de vente des tabacs importés dans des **conditions non prévues** par l'article 5-1 de la **directive du 19 décembre 1972** et sont **incompatibles avec les objectifs définis par cette directive**; qu'il suit de là que l'article 10 précité du **décret du 31 décembre 1976**, pris sur le fondement de l'article 6 de la loi du 24 mai 1976, dont il y a lieu d'**écarter l'application**, est lui-même **dépourvu de base légale**; qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Paris, **les décisions ministérielles** prises en application du décret du 31 décembre 1976 et refusant, pour la période du 1er novembre 1982 au 31 décembre 1983, de fixer le prix des tabacs manufacturés aux niveaux demandés par les sociétés requérantes sont **illégales**; que cette illégalité est de nature à engager la **responsabilité de l'Etat**; »).

Le **Conseil d'Etat** a, de même, fait application de cette règle, en faisant prévaloir le **traité international** (en l'occurrence le **traité de Rome**) sur la loi nationale:

« Considérant que, par arrêt du 11 mars 2004, la **Cour de justice des Communautés européennes**, statuant sur la **question préjudicielle** qui lui avait été soumise par la décision susvisée du **Conseil d'Etat**, statuant au contentieux, du 14 décembre 2001, a dit pour droit que 'le **principe de la liberté d'établissement** posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose** à ce qu'un Etat membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 bis du code général des impôts français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet Etat';

Considérant qu'il suit de là que M. X est **fondé** à soutenir que les dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts, issues de l'article 24 de la loi de finances pour 1999 du 30 décembre 1998, sont **inapplicables** à ceux des contribuables qu'elles visent, qui exerçant la **liberté d'établissement**, transfèrent dans un autre Etat membre de la Communauté européenne leur domicile fiscal, et est donc fondé, par ce moyen, à demander **l'annulation pour excès de pouvoir** des dispositions du **décret n°99-590 du 6 juillet 1999** en tant qu'elles ont trait à **l'application** à ces contribuables des dispositions dudit article 167 bis du code général des impôts;(...) »

(**CE**, 9° et 10° ss-sect., 10 Novembre 2004, n°211341, **M. de Lasteyrie du Saillant**, JCP 2005 éd. G, n°4 du 26 Janvier 2005, IV, 1201, p. 180).

La Haute juridiction a, ultérieurement, reconnu la **primauté au traité communautaire**, ce qui l'a conduite à **écarter l'application de la loi nationale**:

« (...)

Considérant que, par arrêt rendu le 5 octobre 2004, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre Etat membre, de rémunérer les comptes de dépôts à vue libellés en euros, ouverts par les résidents du premier Etat membre;

*Considérant que, pour engager une **procédure disciplinaire** à l'encontre de la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE, pour lui interdire, par la décision attaquée, de conclure avec des résidents de nouvelles conventions de comptes à vue libellés en euros prévoyant la rémunération des sommes déposées sur ces comptes et pour lui enjoindre de dénoncer les clauses de rémunération déjà incluses dans ces conventions, la commission bancaire s'est fondée sur le fait que la société requérante avait méconnu l'article 2 du règlement n°86-13 du 14 mars 1986 du comité de la réglementation bancaire et financière, pris en application de l'article L. 312-3 du code monétaire et financier, et aux termes duquel 'la rémunération des comptes à vue est interdite' ; qu'en faisant application de ces dispositions, qui édictent une interdiction incompatible avec l'article 43 du traité CE, la commission bancaire a commis une erreur de droit; que par suite, la SOCIETE CAIXA BANK FRANCE est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée;*

(...) » (CE, 23 Février 2005, Société Caixa Bank France, n°247209)

En d'autres termes, « *L'ensemble des actes administratifs ainsi que ceux des juridictions administratives et judiciaires doivent respecter la constitutionnalité dont le contenu est identique quels que soient les actes contrôlés.* » (L. FAVOREU et alii, Droit constitutionnel, Dalloz 2004, n°481, cité par S. GUINCHARD et alii in Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès, 3è édition Dalloz 2005, p. 250).

Il y a lieu, en outre, d'invoquer les **principes de primauté et d'effectivité** qui sont, désormais, bien reçus dans la jurisprudence française, le Conseil d'Etat se présentant lui-même comme le « **juge de droit commun de l'application du droit communautaire** » (CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348) :

« (...) *Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques; que tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles*

avec les **objectifs** définis par les directives; qu'en outre, **tout justiciable** peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un **acte administratif non réglementaire**, des **dispositions précises et inconditionnelles** d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires; (...) (CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348).

La Doctrine autorisée confirme par cet **arrêt d'Assemblée**, - v. dans le même sens CE, 14 Mai 2010, M. RUJOVIC, n°312305 - que le « **Conseil d'Etat s'affirme en tant que juge de droit commun de l'application du droit communautaire** » (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, sous CE, Ass. 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 2011, n°117, p. 936).

Quant au **Tribunal des conflits**, qui avait désigné le juge administratif comme étant compétent pour connaître d'une **action en responsabilité contre l'Etat** « *du fait de sa méconnaissance de l'obligation qui incombe au législateur d'assurer le respect des conventions internationales, notamment faute d'avoir réalisé la **transposition**, dans les délais qu'elles ont prescrits, des directives communautaires, une telle action relev(ant) du régime de la **responsabilité de l'Etat du fait de son activité législative*** » (TC, 31 Mars 2008, Société Boiron, n°C3631), il a, peu après, réaffirmé que la **transposition des directives** procédait d'une **double obligation juridique** s'imposant à l'Etat français tant en vertu du **droit de l'Union européenne** (TUE et TFUE), que de l'article **88-1** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 :

« (...)

Considérant, d'autre part, que, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ; »

(TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Chéneau et a. c/ Inaporc et a., 3828, 3829).

Il résulte de ces principes, tels que consacrés par les plus hautes juridictions nationales, cinq types d'**invocabilité** des **directives** devant le **juge national**, comme le rappelle la Doctrine (ibid.) qui se réfère aux conclusions de **Monsieur GUYOMAR**, Rapporteur public, sous l'arrêt d'Assemblée précité (CE, Ass., 30 Octobre 2009, Mme PERREUX c/ Ministère de la justice et des libertés, n°298348) :

- **l'invocabilité de prévention**, « dont il découle que dès l'édition d'une directive, ne peuvent être prises des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive (**CE 10 janv. 2001, France Nature Environnement, Rec. 9**) »;

- **l'invocabilité de réparation**, « qui permet d'obtenir la condamnation de l'Etat en cas de carence dans la transposition d'une directive (**CE Ass. 28 févr. 1992, Société Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris France, Rec. 78**) »;

- **l'invocabilité de contrôle**, « qui conduit à sanctionner sur le terrain de l'**excès de pouvoir** une transposition infidèle »;

- **l'invocabilité d'exclusion**, « qui ouvre la possibilité d'écarter la norme nationale incompatible avec les objectifs de la directive (**CE Ass. 6 févr. 1998, Tête** »;

- enfin, consacrée par l'arrêt d'Assemblée **Mme Perreux** susvisé, **l'invocabilité de substitution**, « qui conduit non seulement à **exclure** l'application du droit national contraire à la directive, mais à lui **substituer** les **dispositions inconditionnelles et précises** contenues dans la directive. Dans une telle perspective, rien ne s'oppose plus à ce qu'une directive puisse être invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre un **acte administratif individuel**. »

*

On sait, de même, que l'Administration est tenue au respect de l'**autorité de la chose jugée** :

« **les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus** » (**CE 26 Décembre 1925, Rodière**, Lebon 1065, RD publ. 1926. 32, concl. Cahen-Salvador ; **CE, Ass. 11 mai 2004, Assoc. AC ! et autres**, Lebon 197, concl. C. Devys, GAJA, 16° éd., n°116).

« (...)

92. Dans l'avenir l'acte ne pourra plus, bien sûr, être exécuté. Il est donc interdit d'en proroger les effets (CE 8 mars 1972, *Thfoin et autres*, Lebon 190 ; 20 mai 1988, *Nardin*, Lebon 198) ; l'acte ne peut fonder de décisions nouvelles (CE 13 mars 1968, *Élect. du maire et de l'adjoint de Talasani*, Lebon 180). Il n'est pas permis de reprendre le même acte aux conditions qui ont été censurées par la décision d'annulation (CE 6 janv. 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, Lebon 985) On ne peut plus exécuter la décision annulée sans commettre une voie de fait (T. confl. 28 févr. 1952, *Dame veuve Japy c/ Kahn*, Lebon 619).

(...)

97. Il peut arriver que l'administration soit tenue de prendre un nouvel acte. Elle doit notamment se prononcer sur les demandes dont elle avait été saisie et qui avait donné lieu à l'acte annulé (CE, sect., 7 déc. 1973, *SCA des Nigritelles, Ire esp.* ; *Entre-prise Fayolle, 2e esp.*, Lebon 699 et 703, *AJDA* 1974. 81, *chron. J. Fourré et M. Boyon*, 85, note B. G ; 18 févr. 1994, *Synd. des pharmaciens du Puy-de-Dôme et Conseil régional de l'ordre des pharmaciens*, Lebon 89 ; 10 mai 1995, *Min. de la Santé et de l'action humanitaire c. Clinique Saint-Germain*, Lebon T 988 ; 8 oct. 1995, *Min. de l'Intérieur c. Épx Reghis*, Lebon T 989 ; 29 juill. 1998, *Sté Radio Pholie*, Lebon T 1113 ; 5 avr. 2002, *Edelson*, Lebon T 887 ; 17 mars 2004, *SARL Loisirs 2000 et SA Cinémas Forum*, Lebon T 839).

.../...

98. *Si la décision annulée est un refus d'abroger une décision réglementaire, l'administration n'est pas toujours tenue de la remplacer, mais elle est obligée de l'abroger (CE 4 févr. 2000, Synd. général de l'éducation nationale SGEN-CFDT de la Savoie, Lebon T 1175). L'annulation d'un refus de prendre un acte réglementaire lui impose de le prendre (CE 26 juill. 1996, Assoc. lyonnaise de protection des locataires – ALPL, Lebon 293 ; 13 janv. 1997, Viscontini, Lebon T 1018 ; Ass., 28 mars 1997, Union nationale des associations familiales, Lebon 124 ; 21 mai 1997, Dobler, Lebon T 1019 ; 19 juin 1998, Dpt des Bouches-du-Rhône c. Bernardini, Lebon T 1113 ; 9 févr. 2000, Synd. national unitaire et indépendant des officiers de police, Lebon 41 ; 4 avr. 2001, Mme Larsen-Bocquet, Lebon T 1147).*

(...) »

(**Guillaume DELVOLVE**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Répertoire Dalloz, contentieux administratif, v° Chose jugée).

*

II-C-2/ LA QUESTION DE L'ECRAN LEGISLATIF : DE QUI LE DECRET EN CONSEIL D'ETAT TIENT-IL SON ILLEGALITE ?

La doctrine autorisée (Professeur René CHAPUS - Droit Administratif Général, tome 1, 15^e édition 2001, Domat Droit public, Montchrestien, n°50, p. 33) évoque la notion d'**écran législatif** de la façon suivante :

« (...)

51. L'hypothèse de l'écran législatif. - il peut toutefois arriver qu'un acte administratif contraire à une telle règle soit insusceptible de censure de la part du juge administratif. C'est le cas lorsque cet acte a été pris conformément à une loi, dont il tient le vice d'inconstitutionnalité qui l'entache. La loi, tout inconstitutionnelle qu'elle soit, fait alors écran entre le juge et la règle constitutionnelle.

(...)

Bien entendu, l'écran n'est plus qu'apparent (en fait, il disparaît) si la loi a simplement investi le gouvernement de la mission de **prendre certaines mesures**, sans déterminer les principes à mettre en oeuvre. Dans une telle hypothèse, l'existence de la loi ne déliera pas le gouvernement du respect dû à la Constitution.

V. C E 17 mai 1991, Quintin, RDP 1991, p. 1429, concl. R. Abraham (et rappr., notamment, CE 19 novembre 1986, Soc. Smanor, cité n°190-1°). (...) »

Le concept se retrouve sous la plume d'autres éminents auteurs de la doctrine :

« (...)

116. L'« écran transparent » peut être défini comme la « situation dans laquelle le juge se trouve confronté à un acte pris en vertu d'une loi qui se borne à habiliter le gouvernement : l'écran a simplement investi le gouvernement de prendre certaines mesures et celui-ci n'est donc pas délivré de son obligation de se conformer à la Constitution » (A. VIDAL-NAQUET, Abandonner la jurisprudence du Conseil d'État Arrighi ? in L'application de la Constitution par les cours suprêmes, 2007, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 133). Certains auteurs utilisent d'autres expressions pour faire allusion à cette technique, comme par exemple « l'écran partiel » (G. LEBRETON, La supériorité des traités sur les lois postérieures, LPA 1989, no 148. 13).

(...)

118. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Quentin*, le commissaire du gouvernement ABRAHAM a opéré la première référence explicite à l'**écran transparent** dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. Le commissaire du gouvernement considéra qu'« on est ici en présence de ce que certains commentateurs ont appelé, à la suite de votre décision *Société Smanor* du 19 novembre 1986, l'«**écran transparent**», notion qui s'applique à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de **définir certaines règles**, ne contient en elle-même **aucune règle de fond** de nature à **faire obstacle** à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des **règles de fond** de niveau **supra-législatif**, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales ». Le Conseil d'État a suivi ces conclusions et a considéré que les dispositions réglementaires « ont été prises sur le fondement de l'habilitation conférée au pouvoir réglementaire par l'article **L. 111-1** du code de l'urbanisme pour édicter

“**les règles générales applicables en dehors de la production agricole en matière d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne la localisation, la desserte, l'implantation et l'architecture des constructions**” ; qu'elles ne sont contraires ni au principe constitutionnel du droit de propriété ni aux stipulations de l'article 1o du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (CE 17 mai 1991, req. no 100436 , Quentin, RD publ. 1991. 1429, concl. Abraham).

119. À partir du moment où le **contenu de la loi** qui se place entre l'acte administratif à contrôler et les normes constitutionnelles a un **contenu essentiellement programmatique**, le juge peut opérer un **contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif** sans pour autant faire un contrôle indirect de la loi, contrôle qui n'entre pas dans ses compétences. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette technique. Par un **arrêt Gohin de 1996**, le Conseil d'État a considéré que la loi du 26 janvier 1984, qui habilitait le ministre de l'Éducation nationale pour prévoir par arrêté la faculté pour les conseils d'administration des universités d'établir une **procédure d'évaluation des enseignements**, ne faisait pas écran entre l'arrêté du ministre de l'Éducation du 26 mai 1992 relatif au diplôme d'études universitaires générales, à la licence et à la maîtrise et le **principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur**, principe auquel le juge considère qu'il n'a pas été porté atteinte (CE 13 mars 1996, req. no 138749 , Gohin, AJDA 1996. 699, note J. Mekhantar).

120. Dans le même cadre du respect du **principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur**, le Conseil d'État a considéré que « les auteurs du décret du 18 janvier 1985 ont, en incluant les personnels scientifiques des bibliothèques dans le collège des professeurs des universités, privé ces derniers de la représentation propre et authentique nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités particulières et ont ainsi **porté atteinte au principe, à valeur constitutionnelle, d'indépendance des professeurs d'université** », même si ce décret a été pris en vertu du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée (CE 9 juill. 1997, req. no 161929 , Picard). Comme l'explique J. MEKHANTAR, « la loi existe bien entre le décret illégal et les principes constitutionnels, mais elle ne formait qu'un **écran transparent** dans la mesure où elle n'imposait pas au décret sur la composition des conseils (essentiellement les conseils scientifiques) son inconstitutionnalité pour respecter la légalité » (La garantie des professeurs d'université à une représentation propre et authentique, AJFP 1998. 29).

121. Plus récemment, le tribunal administratif de Paris a considéré que la disposition réglementaire qui prévoyait que les clubs visiteurs ou jouant sur terrain neutre étaient responsables lorsque les désordres sont le fait de leurs joueurs, dirigeants ou supporters, était **contraire au principe à valeur constitutionnelle de personnalité des peines**. Il a ainsi jugé que l'article **L. 131-8** du code du sport, qui prévoit que les fédérations sportives doivent être dotées d'un règlement disciplinaire, ne faisait qu'un **écran transparent** entre la disposition réglementaire et le **principe à valeur constitutionnelle** (TA Paris, 6e section, 6e chambre, 16 mars 2007, aff. no 0505016/6-3, PSG c/ Fédération française de football, AJDA 2007. 1890, note M. Maisonneuve).

122. Dans l'arrêt de 2008, **Commune d'Annecy** (CE, ass., 3 oct. 2008, req. no 297931), le Conseil d'État a jugé que la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux ne fait pas écran, annulant ainsi le décret attaqué pour **méconnaissance de la**

*compétence du législateur posée par l'article 7 de la **Charte de l'environnement**, qui fait partie des **normes constitutionnelles**. Le Conseil d'État a vérifié s'il y a lieu à appliquer la théorie de la loi-écran, en s'interrogeant sur la portée réelle de la loi. Comme l'explique L. JANICOT : « Il vérifie si cette loi “ se borne [...] à **attribuer une compétence** au pouvoir réglementaire, dont ce dernier ne fait qu'user” ou si, au contraire, elle “fixe [...] un certain nombre de **règles de fond**, dont le pouvoir réglementaire ne fait que tirer les conséquences nécessaires” ». Le Conseil d'État retient en définitive dans le cadre de sa jurisprudence « une **conception matérielle** » de l'écran législatif : « l'écran est **opaque**, parce qu'il y a de la “**matière**” législative » ; l'écran est **transparent** lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la **compétence** réglementaire. L'idée d'écran législatif suppose des **règles de fond** » (L. JANICOT, La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, RFDA 2008. 1158).*

123. La transparence de l'écran est parfois assez subtile, car le juge ne fait pas nécessairement référence à la valeur constitutionnelle de la norme face à laquelle l'acte administratif pris en vertu d'une loi est contrôlé : « Considérant que si la fédération requérante soutient pour demander l'annulation des dispositions de l'article 4 précité du décret du 22 janvier 1996 que d'autres professions libérales ne sont pas astreintes à une telle obligation, il n'en découle pas pour autant que ces dispositions édictées pour fixer les modalités de l'obligation faite aux experts-comptables par l'article 17 précité de l'ordonnance du 19 septembre 1945 entraînent une méconnaissance illégale du principe d'égalité » (CE 10 oct. 1997, req. no 178956 , Fédér. nationale des experts-comptables).

(...)

(Michel VERPEAUX, Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – 2° Actes – Répertoire Dalloz de contentieux administratif 2011, actualisation Juin 2014).

Il échet de rappeler, en outre, que la théorie de la loi écran ne saurait empêcher le juge administratif de censurer un acte réglementaire violant un **principe de valeur constitutionnelle** comme le **principe d'égalité** (CE 10 Octobre 1997, Fédération Nationale des Experts-Comptables, DA 1998, N° 67, p. 23, obs. D.P.).

Le **Conseil Constitutionnel** adopte le même principe en jugeant:

« (...) 10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel: 'Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse';

(...) »

(CC, Décision n°2003-473 DC du 26 Juin 2003 – Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit).

II-C-3/ L'ILLEGALITE EXTERNE DU DECRET REGLEMENTAIRE N°2020-293 DU 23 MARS 2020 MODIFIE ENTACHE D'INCOMPETENCE

Elle s'analyse en :

1°) Incompétence de l'auteur de la **décision** du 23 Mars 2020 (**II-C-3-a**) ;

2°) Vice de procédure assimilé à **l'incompétence** (**II-C-3-b**) ;

*

**II-C-3-a/ LE DECRET N°2020-293 DU 23 MARS 2020 MODIFIE EST
ENTACHE D'INCOMPETENCE**

Il s'agit d'un **moyen d'ordre public** que le **Conseil d'Etat** pourrait **soulever d'office**.

Sa pertinence résulte de **l'absence d'écran législatif (1)**.

En l'espèce, le **décret** attaqué a **excédé les limites** de **l'habilitation législative** qui n'avait ni pour objet ni pour effet, y compris pour cause de **circonstances exceptionnelles**, d'investir le **Premier ministre** du pouvoir de **mettre en cause** des **règles et principes fondamentaux** que la **Constitution** a placés dans le **domaine de la loi (2)**.

1. -/ L'INVOCABILITE DIRECTE DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE EN L'ABSENCE D'ECRAN LEGISLATIF

Comme susdit, « (...) *Le Conseil d'État retient en définitive dans le cadre de sa jurisprudence « une conception matérielle » de l'écran législatif : « l'écran est opaque, parce qu'il y a de la "matière" législative » ; l'écran est transparent lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la compétence réglementaire. L'idée d'écran législatif suppose des règles de fond » (L. JANICOT, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, RFDA 2008. 1158).*

(...)

(**Michel VERPEAUX**, *Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – 2° Actes – Répertoire Dalloz de contentieux administratif 2011, actualisation Juin 2014*).

Quelle que soit l'occurrence, en cas d'absence *ab initio* d'écran de la loi, comme en l'espèce, faute de **matière législative**, ou en raison de sa **disparition** par l'effet de l'**abrogation implicite** de la **loi**, telle que constatée par le **juge administratif**, le **pouvoir réglementaire** ne peut plus utilement invoquer des **dispositions législatives** pour justifier sa **compétence**. L'**empiètement** sur le **domaine législatif** - l'« *usurpation de pouvoir* » selon la **formule énergique** du **Président Edouard LAFERRIERE** (1841 – 1901) - conduit irrémédiablement à l'**annulation** du **décret** :

« (...)

Considérant que l'article 34 de la Constitution prévoit, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, que « la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la préservation de l'environnement » ; qu'il est spécifié à l'article 7 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la même loi constitutionnelle que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. » ; que ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ;

Considérant que les dispositions précitées, issues de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, ont réservé au législateur le soin de préciser « les conditions et les limites » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; qu'en conséquence, ne relèvent du pouvoir réglementaire, depuis leur entrée en vigueur, que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur ; que, toutefois, les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, une **disposition réglementaire** ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la **Charte de l'environnement** que pour l'**application de dispositions législatives**, notamment parmi celles qui figurent dans le code de l'environnement et le code de l'urbanisme, que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences de la Charte ;

Considérant, d'une part, que l'article **L. 110-1** du code de l'environnement, qui se borne à énoncer des **principes** dont la **portée** a vocation à être définie dans le cadre d'**autres lois**, ne saurait être regardé comme déterminant les **conditions** et **limites** requises par l'article 7 de la **Charte de l'environnement** ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article **L. 145-1** du code de l'urbanisme : « (...) **Autour des lacs de montagne** d'une superficie supérieure à 1 000 hectares, un **décret en Conseil d'Etat** délimite, après avis ou sur proposition des communes riveraines, en tenant notamment compte du relief, un **secteur** dans lequel les **dispositions particulières au littoral** figurant au chapitre VI du présent titre s'appliquent seules. Ce secteur ne peut pas réduire la bande littorale de 100 mètres définie au III de l'article L. 146-4. Dans les **autres secteurs** des communes riveraines du lac et situées dans les **zones de montagne** mentionnées au premier alinéa, les **dispositions particulières à la montagne** figurant au présent chapitre s'appliquent seules. » ; que ces dispositions n'avaient pas pour **objet** de déterminer les **conditions** et **limites** d'application des **principes d'accès aux informations** et de **participation du public** s'imposant au pouvoir réglementaire pour la délimitation des zones concernées ; qu'en l'absence de la **fixation** par le **législateur** de ces **conditions** et **limites**, le **décret attaqué** du 1er août 2006, dont les dispositions, qui prévoient, outre la **mise en oeuvre d'une enquête publique**, des **modalités d'information et de publicité**, **concourent de manière indivisible** à l'établissement d'une **procédure de consultation et de participation** qui entre dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, **a été pris par une autorité incompétente** ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la COMMUNE D'ANNECY est fondée à demander l'**annulation** du décret attaqué ;

Sur les conclusions relatives à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat le versement à la COMMUNE D'ANNECY d'une somme de 3 000 € au titre des frais engagés par elle et non compris dans les dépens ;

Décide : Article 1er : Le décret du 1er août 2006 est annulé.

Article 2 : L'Etat versera à la COMMUNE D'ANNECY une somme de 3 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE D'ANNECY, au Premier ministre et au ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.

La République mande et ordonne au Premier ministre et au ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, chacun en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

(CE, Ass. 03 Octobre 2008, Commune d'Annecy, n°297931).

L'**incompétence** du **pouvoir réglementaire** se fait jour, de la même façon, après constat par le **Conseil d'Etat** de l'**abrogation implicite** de la **loi**, devenue **inconciliable** avec la **norme constitutionnelle** entrée en vigueur après sa promulgation :

« (...)

Sur la compétence du pouvoir réglementaire :

*Considérant, en premier lieu, que l'article 34 de la Constitution prévoit, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, que « la loi détermine les **principes fondamentaux** (...) de la **préservation de l'environnement** » ; qu'il est spécifié à l'article 7 de la Charte de l'environnement, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la même loi constitutionnelle, que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » ; que ces dernières dispositions, comme **l'ensemble des droits et devoirs** définis dans la **Charte de l'environnement**, et à l'instar de **toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution**, ont valeur **constitutionnelle** ; qu'elles s'imposent aux **pouvoirs publics** et aux **autorités administratives** dans leurs domaines de compétence respectifs ;*

*Considérant que les dispositions précitées, issues de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, ont réservé au **législateur** le soin de préciser « les **conditions** et les **limites** » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; qu'en conséquence, ne relèvent du **pouvoir réglementaire**, depuis leur entrée en vigueur, que les **mesures d'application** des **conditions** et **limites** fixées par le législateur ; que, toutefois, les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi ;*

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, une **disposition réglementaire** ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que pour **l'application de dispositions législatives**, notamment parmi celles qui figurent dans le code de l'environnement, que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences de la Charte ;

Considérant que l'article L. 125-3 du code de l'environnement dispose que : « toute personne a le droit d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés au sens du titre III du livre V peut avoir pour la santé publique ou l'environnement, dans le respect de la confidentialité des informations protégées par la loi. / Un **décret en Conseil d'Etat** définit les **modalités** selon lesquelles l'autorité administrative assure l'information du public sur les effets que la dissémination volontaire peut avoir pour la santé publique ou l'environnement. Ce décret détermine également les **obligations** qui peuvent être imposées à ce titre au détenteur de l'autorisation, notamment en ce qui concerne la prise en charge de tout ou partie des frais correspondants » ;

Considérant que ces dispositions, issues de la loi du 13 juillet 1992, ne sont pas, en tant qu'elles **renvoient au pouvoir réglementaire** le soin de définir les modalités de l'information du public sur les effets de la dissémination volontaire, compatibles avec les exigences rappelées ci-dessus de la Charte de l'environnement, dès lors que celles-ci ont précisément pour objet, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, de **réserver au législateur cette définition** ; qu'ainsi l'entrée en vigueur de la **loi constitutionnelle** du 1er mars 2005 a **implicitement mais nécessairement eu pour effet de les abroger** ; que, par suite, le ministre ne peut utilement invoquer ces dispositions législatives pour justifier la **compétence du pouvoir réglementaire** pour définir les conditions et limites de l'information du public sur la dissémination des organismes génétiquement modifiés ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 533-5 du même code dans sa rédaction en vigueur à la date de publication du décret attaqué : « La mise sur le marché doit faire l'objet d'une autorisation préalable. / Cette autorisation est délivrée par l'autorité administrative après examen des risques que présente la mise sur le marché pour la santé publique ou pour l'environnement. (...) » ; qu'aux termes de l'article L 535-3 de ce code : « I. - Le demandeur d'une autorisation de dissémination ou de mise sur le marché peut indiquer à l'administration les informations fournies à l'appui de sa demande dont la divulgation pourrait porter préjudice à ses intérêts ou qui touchent à des secrets protégés par la loi. Les informations reconnues confidentielles par l'autorité administrative ne peuvent être communiquées à des tiers. / II. - Ne peuvent être considérées comme confidentielles : (...). / 2° Les informations fournies à l'appui d'une demande d'autorisation de mise sur le marché et portant sur : / a) Le nom et l'adresse du demandeur ; / b) La nature du produit et la description synthétique du ou des organismes génétiquement modifiés entrant dans sa composition ; / c) Les conditions et précautions d'emploi ; / d) L'évaluation des effets et des risques pour l'homme et pour l'environnement. (...) » ; qu'aux termes de l'art L. 537-1 du même code : « Les modalités d'application des chapitres III, V et VI du présent titre sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Considérant qu'aux termes du I de l'article 11 du décret attaqué « I. - Lorsque le demandeur de l'autorisation signale, en application de l'article L. 535-3 du code de l'environnement, les informations qu'il souhaite voir rester confidentielles parce que leur divulgation serait susceptible de nuire à sa position concurrentielle, il doit motiver sa demande. / L'autorité administrative compétente pour statuer sur la demande décide quelles sont les informations qui restent confidentielles et en informe le demandeur. Avant de refuser de reconnaître la confidentialité de certaines informations, elle met celui-ci en mesure de présenter ses observations. / En aucun cas, les informations présentées à l'appui d'une demande d'autorisation ou de renouvellement d'autorisation et portant sur la description générale du ou des organismes génétiquement modifiés, le nom et l'adresse du demandeur, le but et le lieu de la dissémination, les utilisations prévues, ainsi que les informations exigées aux b et e du troisième alinéa de l'article 2, ne peuvent rester confidentielles » ; que ces dispositions prévoient les **conditions** dans lesquelles certaines informations transmises par le demandeur de l'autorisation peuvent rester confidentielles et ont **ajouté** au nombre des informations ne pouvant être regardées comme confidentielles, « le but et le lieu de la dissémination, les utilisations prévues, ainsi que les informations exigées au e) du troisième alinéa de l'article 2 » ; qu'elles **concourent** ainsi à la définition (d)es **conditions et limites** dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ; qu'elles **relèvent donc de la loi** et sont, par suite, **entachées d'incompétence** ;

Considérant qu'aux termes de l'article 17 du même décret : « Sous réserve des informations reconnues confidentielles en application de l'article 11, les rapports d'évaluation, les décisions d'autorisation ou de refus d'autorisation, les avis de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire ainsi que les décisions de l'autorité communautaire mentionnées à l'avant-dernier alinéa de l'article 8 sont rendus publics à l'issue de la procédure d'autorisation. Les résultats de la surveillance sont également rendus publics. / Les informations rendues publiques sont regroupées dans un registre accessible par la voie électronique et auprès de l'autorité administrative compétente pour délivrer les autorisations » ; que ces dispositions relatives à l'étendue des informations rendues publiques ne pouvaient, pour les mêmes raisons, être compétemment édictées par le **pouvoir réglementaire** ;

Considérant, en second lieu, qu'il est spécifié à l'article 3 de la de la Charte de l'environnement que : « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences » ;

Considérant que, si les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi et si le pouvoir réglementaire demeure compétent pour fixer les **mesures d'application** des conditions de la prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement ou, à défaut, de la limitation de leurs conséquences, les dispositions précitées ont, depuis leur entrée en vigueur, réservé au **législateur** le soin de définir ces conditions ;

Considérant que le décret attaqué prévoit, par les dispositions du e) de son article 2, par celles du treizième alinéa de ce même article et par son article 13, **l'obligation**, pour les demandeurs d'une autorisation de mise sur le marché de produits non destinés à l'alimentation composés d'organismes génétiquement modifiés, de mettre au point un **plan de surveillance**, et l'adaptation éventuelle de ce plan, après une première période de surveillance ; que ces dispositions, relatives aux **conditions de prévention** des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement, ne pouvaient être fixées que par la **loi** et sont, par suite, **entachées d'incompétence** ;

Considérant, en revanche, qu'en tant qu'il a notamment procédé, par les autres dispositions du décret attaqué, à la définition des éléments relatifs à la **procédure d'autorisation**, le pouvoir réglementaire **n'a pas excédé les limites de l'habilitation** consentie par les dispositions précitées de l'article **L. 537- 1** du code de l'environnement ;

(...)

Décide :

Article 1er : Les dispositions du e) et du treizième alinéa de l'article de l'article 2, du I de l'article 11, de l'article 13 et de l'article 17 du **décret** n° 2007-359 du 19 mars 2007 sont **annulées** à compter du 30 juin 2010.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête présentée par le COMITE DE RECHERCHE ET D'INFORMATION INDEPENDANTES SUR LE GENIE GENETIQUE est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au COMITE DE RECHERCHE ET D'INFORMATION INDEPENDANTES SUR LE GENIE GENETIQUE, au Premier ministre, au ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, à la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, à la ministre de la santé et des sports et au ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche.

Délibéré dans la séance du 24 juin 2009 où siégeaient : M. Christian Vigouroux, Président adjoint de la Section du Contentieux, Président ; M. Alain Ménéménis, M. Gilles Bachelier, Présidents de sous-section ; M. Alain Christnacht, M. Jean-Claude Hassan, Mme Marie-Hélène Mitjavile, Mme Caroline Martin, Conseillers d'Etat ; M. Christian Fournier, Maître des Requêtes et M. Frédéric Gueudar Delahaye, chargé des fonctions de Maître des Requêtes-rapporteur.

Lu en séance publique le 24 juillet 2009

(CE, 24 Juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique – CRII-GEN, n°305314).

*

.../...

L'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 donne, dans cet ordre d'idées, **compétence exclusive** au **législateur** aux fins de déterminer « *les principes fondamentaux (...) de la préservation de l'environnement ; (...)* » (article **3** de la **loi constitutionnelle** n°2005-205 du 1er Mars 2005), tandis que l'**alinéa 11** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946, à **pleine valeur constitutionnelle**, comme le premier, garantit le **droit** à la **protection de la santé** (CE, 1ère et 4ème chambres réunies, **06 Mai 2019**, n°415694, § 1) :

« (La **nation**) **garantit à tous**, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la **protection de la santé**, la **sécurité matérielle**, le **repos** et les **loisirs**. *Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* »

Il résulte du principe de **hiérarchie des normes** qu'un **règlement**, quel qu'il soit (décret en Conseil d'Etat, décret simple, arrêté, règlement intérieur...) doit se conformer au **dispositif constitutionnel** ou **légal**, à l'aune duquel il **s'interprète** et **s'applique**.

On sait, en effet, que le **Constituant**, par la voix de son **interprète authentique** dont les décisions font foi *erga omnes* (article **62**, **alinéa 3** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958), exige du **Parlement** qu'il exerce **en propre** ses **compétences constitutionnelles**, sans possibilité de les **déléguer** au **pouvoir exécutif** ni aux **juridictions** :

« (...) 9. *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;*

(...) »

(**CC**, **décision n°2005-512 DC du 21 Avril 2005** – Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, § 9).

En outre, quelle que soit la matière considérée, « *la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ;*

(...) »

(**CE**, **Section**, **18 Juillet 2008**, **Fédération de l'hospitalisation privée**, n°300304).

*

Aux termes de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique (CSP), dans sa rédaction issue de la **loi** n°2020-290 du 23 Mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (JORF 24 Mars 2020, Texte 2 sur 47 – ci-après « **la loi d'urgence sanitaire** ») :

*« Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le **Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique** :*

1° Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret ;

2° Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ;

3° Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine, au sens de l'article 1er du règlement sanitaire international de 2005, des personnes susceptibles d'être affectées ;

4° Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, au sens du même article 1er, à leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées ;

5° Ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité ;

6° Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature ;

7° Ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ainsi que de toute personne nécessaire au fonctionnement de ces services ou à l'usage de ces biens. L'indemnisation de ces réquisitions est régie par le code de la défense ;

8° Prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits ; le Conseil national de la consommation est informé des mesures prises en ce sens ;

*9° En tant que de besoin, prendre **toute mesure** permettant la **mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire** ;*

10° En tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code.

*Les mesures prescrites en application des 1° à 10° du présent article sont **strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu**. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. »*

Cette disposition, prise dans le cadre du **plan d'urgence sanitaire** déclaré par le **législateur**, « pour une durée de **deux mois** (...) sur **l'ensemble du territoire national** » (article **4**, alinéas **1er** et **2** de la **loi n°2020-290 du 23 Mars 2020 d'urgence** pour faire face à l'épidémie de covid-19 - JORF 24 Mars 2020, Texte 2 sur 47), est une **loi d'urgence sanitaire** ayant pour objet de lutter, à l'échelon national, contre une **catastrophe planétaire**, par laquelle le **législateur** a :

1°) En le **désignant**, simplement **rappelé** au **Premier ministre** qu'il lui appartient, au titre de son **pouvoir réglementaire de police**, « en dehors de toute **délégation législative** et en vertu de ses **pouvoirs propres**, de déterminer celles des **mesures de police** qui doivent en tout état de cause être appliquées dans **l'ensemble du territoire** (...) » (**CE, 08 Août 1919, Labonne**, Rec. 737).

Le **juge des référés** du **Conseil d'Etat** a, très récemment, fait référence à ce **principe prétorien centenaire** qui trouve à s'appliquer, de plus fort, dans l'hypothèse de **circonstances exceptionnelles** :

« (...) le **Premier ministre** peut, en vertu de ses **pouvoirs propres**, édicter des **mesures de police applicables à l'ensemble du territoire**, en particulier en cas de **circonstances exceptionnelles**, telle une **épidémie avérée**, comme celle de **covid-19** que connaît actuellement la France.

(...) »

(**CE, Référé, 22 Mars 2020, Syndicats Jeunes Médecins**, n°439674, § 2).

2°) **Fixé** certaines **règles de fond** s'imposant au **pouvoir réglementaire** qui, en tout état de cause, doit viser, par les mesures prises, à « **garantir la santé publique** ».

Ainsi, le **règlement** interdisant « aux personnes de **sortir de leur domicile** » doit réserver les « **déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé** ; » (article **L. 3131-15, 2° CSP**).

De même, « la **fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion** » ne peut concerner les « **établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité** ; » (article **L. 3131-15, 5° CSP**).

Dans cet ordre d'idées, devra, « **En tant que de besoin** », donc, selon l'**appréciation** du **Premier ministre**, soumise au contrôle de l'**erreur manifeste** opéré par le **juge de l'excès de pouvoir**, être prise « **toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire** ; » (article **L. 3131-15, 9° CSP**).

On tire, plus particulièrement, de cette dernière disposition :

2-a°) que le **Premier ministre** jouit *a priori* d'une **certaine latitude** pour apprécier la **nécessité** de rendre accessibles à la **population concernée** les « **médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire** ; » ;

2-a°) qu'à l'inverse, le **chef du Gouvernement** ne tire de la **loi aucune règle de fond** qu'il aurait eu à appliquer et qui aurait limité le **libre choix du médecin par le malade** et la **liberté de prescription du médecin, principes généraux du droit de rang supra-décrétal** (v. infra § 2, CE, 10ème et 7ème sous-sections réunies, 18 Février 1998, n°171851).

Le **Parlement** a, donc, en l'espèce, simplement habilité le **Gouvernement** à **exercer sa compétence réglementaire**, tout en y apportant **certaines limitations**, sans lesquelles l'exercice du **pouvoir de police** aurait porté une **atteinte substantielle** aux **libertés publiques** dont l'article 34 de la **Constitution** du 04 Octobre 1958 assure la **protection**.

Le **règlement** ne pourra que **mettre en œuvre** – et **non pas mettre en cause** – des **règles et principes fondamentaux** que la **Constitution** a placés dans le **domaine de la loi**. L'**écran législatif** est seulement **transparent**. Il n'empêche pas le **contrôle de constitutionnalité**. Celui-ci est susceptible de s'exercer à la fois quant à la **légalité externe** et quant à la **légalité interne** du **décret** présentement attaqué.

*

2.-/ LE DECRET N°2020-293 DU 23 MARS 2020 A EXCEDE LES LIMITES DE L'HABILITATION LEGISLATIVE QUI N'AVAIT NI POUR OBJET NI POUR EFFET, Y COMPRIS POUR CAUSE DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES, D'INVESTIR LE PREMIER MINISTRE DU POUVOIR DE METTRE EN CAUSE DES REGLES ET PRINCIPES FONDAMENTAUX QUE LA CONSTITUTION A PLACES DANS LE DOMAINE DE LA LOI

A titre liminaire, il y a lieu d'observer que seules les **circonstances exceptionnelles** prévues par l'article **16** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, savoir « *Lorsque les **institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*** », disposition constitutionnelle, au demeurant, **non visée** par le **décret** attaqué, auraient pu, le cas échéant, investir le **Président de la République** – et non pas le **Premier ministre** – des « **pleins pouvoirs** » lui permettant de prendre « *les **mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.*** »

La **pandémie** causée par le **COVID-19** ne caractérise pas, sur le territoire national, une situation de **paralysie institutionnelle** telle qu'elle exigerait la mise en œuvre de l'article **16** de la **Constitution**.

Il n'y a, dès lors, aucune raison d'**interpréter** ou d'**appliquer** les textes en vigueur de manière **dérogatoire**, ni d'en déduire que l'**état d'urgence sanitaire** déclaré par la **loi n°2020-290 du 23 Mars 2020** (article **4, alinéas 1er et 2**) aurait conféré au **Chef de l'Etat** ou aux **membres du Gouvernement** des **pouvoirs exorbitants du droit commun**.

*

Il est constant, dans cet ordre d'idées, qu'aux termes de l'**alinéa 11** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946, à **pleine valeur constitutionnelle** et **norme de référence à part entière** (**CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 06 Mai 2019, n°415694, § 1**) :

« (**La nation**) **garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.** »,

Il est bien acquis, à cet égard, que « (...) **l'élément essentiel de la protection de la santé individuelle** semble être assuré dans notre système de santé par le **principe de libre choix du médecin**

(...) ».

(**Professeur Michel LASCOMBE**, IEP de Lille, Université Lille Nord de France, Centre de recherches Droits et Perspectives du Droit – EA 4487 – ERDP – Code constitutionnel et des droits fondamentaux),

.../...

principe que le **Conseil constitutionnel** désigne comme un « *principe déontologique fondamental* » au même titre que la **liberté de prescription** :

« (...)

27. *Considérant que, selon les députés auteurs de la première saisine, le principe du libre choix du médecin par le malade a valeur constitutionnelle, de même que son corollaire la liberté de prescription du médecin ; qu'ils font valoir que la dualité des conventions affectera ces principes en ce qu'elle créera une discrimination financière qui dissuadera "les assurés de choisir l'une des catégories de médecins concernée par l'une ou l'autre convention" et influera sur la liberté de prescription des médecins généralistes ;*

28. *Considérant que l'article 17 de la loi ne méconnaît en rien les principes invoqués ; qu'au surplus, demeure en vigueur l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale qui se réfère à des principes déontologiques fondamentaux et notamment au libre choix du médecin par le malade et à la liberté de prescription du médecin ;*

29. *Considérant, dans ces conditions, et sans même qu'il soit besoin de déterminer si les principes en cause ont valeur constitutionnelle, que le moyen invoqué manque en fait ;*

(...) »

(CC, décision n°89-269 DC du 22 Janvier 1990 – Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, §§ 27 à 29).

De même, en ce qui concerne le **libre choix** par le **malade** de son **établissement de soins** :

« (...)

23. *Considérant, en troisième lieu, que l'article L. 162-22 du code de la sécurité sociale n'affecte pas le libre choix par le malade de son établissement de soins ; qu'ainsi le moyen invoqué sur ce point doit en tout état de cause être écarté ; que s'il est vrai que les conditions de remboursement des soins ne sont pas identiques selon que le choix des intéressés se porte sur un établissement faisant partie du service public hospitalier, sur un établissement privé conventionné ou sur un établissement non conventionné, les différences de traitement qui en résultent sont liées à la différence des situations des établissements concernés ; qu'elles sont en rapport avec l'objectif poursuivi par la loi qui consiste à assurer l'accès aux soins tout en développant une politique de maîtrise des dépenses de santé ;*

(...) »

(CC, décision n°90-287 DC du 16 Janvier 1991 – Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, § 23)

Bien que la **valeur constitutionnelle** de ces principes soit incertaine, ceux-ci n'en ont pas moins **valeur supra-réglementaire**.

Ainsi, le **Conseil d'Etat** a résolument rangé parmi les **principes généraux du droit**, qui ont **valeur infra-législative** et **supra-décrétale**, selon la célèbre formule doctrinale (**Professeur René CHAPUS**, Droit administratif général, Domat droit public, Montchrestien, Tome 1, 15ème édition, § 140, p. 112), voire « *législative* » (**CE, Ass., 07 Février 1958, Syndicats des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie**, p. 74 ; **CE, 28 Mai 1982, Roger**), « *la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription* ; » :

« (...)

Considérant que dans l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par les articles 9 et 56 de la loi susvisée du 9 novembre 1988, le congrès du territoire est tenu de respecter les principes généraux du droit, qui s'imposent à toutes les autorités réglementaires, même en l'absence de dispositions législatives ; qu'au nombre de ces principes figurent la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription ;

(...) »

(CE, 10ème et 7ème sous-sections réunies, 18 Février 1998, n°171851).

La jurisprudence avait, assez rapidement, et notablement, le même jour où se singularisait la responsabilité de la puissance publique « *ni générale, ni absolue* » (arrêt *Blanco*), fait mention des principes généraux du droit, à l'aune desquels les textes spéciaux régissant l'administration devaient être interprétés et appliqués (TC, 08 Février 1873, *Dugave et Bransiet*, Rec., 1er suppl., p. 70 – cité par Professeur René CHAPUS, Droit administratif général, Domat droit public, Montchrestien, Tome 1, 15ème édition, § 122, p. 95).

La Haute assemblée a consacré cette référence aux principes généraux du droit au sortir de la seconde guerre mondiale (CE, Ass., 26 Octobre 1945, *Aramu et autres*, p. 213, D 1946, p. 158, note G. Morange, EDCE 1947, n°1, p. 48, concl. R. Odent, S 1946.3.1., concl.), après l'avoir annoncée par le principe général du respect des droits de la défense (CE, Section, 05 Mai 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, p. 133, D 1945, p. 110, concl. B. Chenot, note J. de Soto, RDP 1944, p. 256, concl., note G. Jèze).

La force d'invocation des principes généraux du droit n'a pas faibli, depuis lors :

« (...)

Considérant que le 25 juin 1947, alors que n'avait pas pris fin la période transitoire prévue par l'article 104 de la Constitution du 27 octobre 1946, le Président du Conseil des Ministres tenait de l'article 47 de ladite Constitution le pouvoir de régler par décret, dans les territoires dépendant du Ministère de la France d'Outre-Mer, en application de l'article 18 du sénatus-consulte du 3 mai 1854, les questions qui, dans la métropole, ressortissaient au domaine de la loi ; que, dans l'exercice de ces attributions, il était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'outre-mer, d'autre part, les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives ;

(...) »

(CE, Section, 26 Juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, n°92099).

Il est assez perceptible, à ce propos, que le décret n°95-1000 du 06 Septembre 1995 portant code de déontologie médicale a eu pour objet d'expliquer – mais non pas de créer – les droits et obligations des médecins, inhérents à leur état.

On y lit notamment :

Article 6 :

« Le médecin doit respecter le **droit** que possède **toute personne de choisir librement son médecin**. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit . »

Article 8 :

« Dans les **limites** fixées par la loi, 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 **inconvenients** et des **conséquences** des **différentes investigations et thérapeutiques possibles**. »

Dès lors, seul le **législateur** peut aménager, pour des **motifs impérieux d'intérêt général**, « la **liberté de choix du médecin par le patient** et la **liberté de prescription** ; », ce dont il s'est, en l'occurrence, **abstenu**.

En outre, le **pouvoir légal** d'« **interdire la prescription et la délivrance d'une spécialité pharmaceutique et la retirer du marché** » n'a pas été dévolu au **Premier ministre** ni au **Ministre chargé de la santé**, mais à l'**Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)**, établissement public, dans des **cas limitativement énumérés** par la loi.

L'article **L. 5121-14-2** CSP dispose, à cet égard :

« I. # Sans préjudice des décisions de modification, de suspension ou de retrait d'autorisation de mise sur le marché, l'**Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé** peut, dans l'**intérêt de la santé publique**, **interdire la prescription et la délivrance d'une spécialité pharmaceutique et la retirer du marché** dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, et notamment pour l'un des motifs suivants :

1° **La spécialité est nocive** ;

2° **Le médicament ne permet pas d'obtenir de résultats thérapeutiques** ;

3° **Le rapport entre les bénéfices et les risques n'est pas favorable** ;

4° **La spécialité n'a pas la composition qualitative et quantitative déclarée** ;

5° **Les contrôles sur la spécialité ou sur les composants et les produits intermédiaires de la fabrication n'ont pas été effectués ou une autre exigence ou obligation relative à l'octroi de l'autorisation de fabrication n'a pas été respectée.**

(...) »

Le Conseil d'Etat confirme que chaque **autorité sanitaire**, notamment le **Ministre chargé de la santé**, ne peut agir que dans le cadre d'une **compétence d'attribution légale** :

« (...)

4. Le **ministre chargé de la santé** ne saurait toutefois agir que dans le cadre des **attributions qui lui sont dévolues** et dans le respect des **dispositions législatives et réglementaires en vigueur**.

(...) »

(CE, 1ère et 4ème chambres réunies, 06 Mai 2019, n°415694, § 4).

L'article L. 5121-12-1 CSP renforce le **pouvoir de prescription du médecin** qui ne peut lui être enlevé que **relativement** à une **spécialité pharmaceutique**, « **dans l'intérêt de la santé publique** » et pour les **seuls cas** visés à l'article L. 5121-14-2 CSP précité.

Le **médecin** demeure **libre** de sa **prescription**, y compris « **En l'absence de recommandation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées** (de la) (...) **spécialité pharmaceutique** », dès lors qu'il « **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.** » :

« I.-Une **spécialité pharmaceutique** peut faire l'objet d'une **prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché en l'absence de spécialité de même principe actif, de même dosage et de même forme pharmaceutique** disposant d'une **autorisation de mise sur le marché** ou d'une **autorisation temporaire d'utilisation** dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées, sous réserve qu'une **recommandation temporaire d'utilisation** établie par l'**Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé** sécurise l'utilisation de cette spécialité dans cette **indication ou ces conditions d'utilisation**. Lorsqu'une telle **recommandation temporaire d'utilisation** a été établie, la spécialité peut faire l'objet d'une prescription dans l'indication ou les conditions d'utilisations correspondantes dès lors que le prescripteur juge qu'elle **répond aux besoins du patient**. La circonstance qu'il existe par ailleurs une spécialité ayant fait l'objet, dans cette même indication, d'une autorisation de mise sur le marché, dès lors qu'elle ne répondrait pas moins aux besoins du patient, ne fait pas obstacle à une telle prescription.

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**.

II.-Les recommandations temporaires d'utilisation mentionnées au I sont établies pour une durée maximale de trois ans, renouvelable. Elles sont mises à la disposition des prescripteurs par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou par l'entreprise qui assure l'exploitation de la spécialité concernée.

III. # *Le prescripteur informe le patient que la prescription de la spécialité pharmaceutique n'est pas conforme à son autorisation de mise sur le marché, le cas échéant, de l'existence d'une recommandation temporaire d'utilisation, des risques encourus et des contraintes et des bénéfices susceptibles d'être apportés par le médicament et porte sur l'ordonnance la mention : " Prescription hors autorisation de mise sur le marché " ou, le cas échéant, " Prescription sous recommandation temporaire d'utilisation ".*

Il informe le patient sur les conditions de prise en charge, par l'assurance maladie, de la spécialité pharmaceutique prescrite dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées.

Il motive sa prescription dans le dossier médical du patient, sauf lorsqu'il existe une autre spécialité comparable disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou lorsqu'il existe suffisamment de recul sur les conditions d'utilisation de cette spécialité dans cette indication.

(...) »

V. # *Le **ministre chargé de la santé** ou le ministre chargé de la sécurité sociale peut saisir l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé d'une demande d'élaboration d'une recommandation temporaire d'utilisation. »*

*

Il est, en effet, aisé de constater, en ce qui concerne notamment « **la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;** » (article L. 3131-15, 9° CSP), qu'**aucune règle de fond** n'a été fixée par la **loi** ayant pour **objet** ou pour **effet** de **limiter** l'une ou l'autre de ces libertés.

Il s'en déduit logiquement que le **pouvoir réglementaire** de **police sanitaire** du **Premier ministre** devait s'exercer en respectant « **la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription ;** », qu'il n'avait pas **compétence** pour **mettre en cause**, mais seulement pour **mettre en œuvre**.

Or, en **interdisant** la **dispensation** en **pharmacies d'officine** de « **La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL® et (de)s préparations à base d'hydroxychloroquine** », sauf si elle intervient « **dans le cadre d'une prescription initiale émanant exclusivement de spécialistes en rhumatologie, médecine interne, dermatologie, néphrologie, neurologie ou pédiatrie ou dans le cadre d'un renouvellement de prescription émanant de tout médecin.** » (article **12-2, alinéa 5** du **décret n°2020-293** modifié du **23 Mars 2020** prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19), le **décret** attaqué a apporté à la **liberté de choix du médecin par le patient** et à la **liberté de prescription des médecins généralistes et spécialistes** une **restriction** que la **loi n'a pas prévue** et que **seule**, celle-ci pouvait, le cas échéant, décider pour des **motifs impérieux d'intérêt général**, qu'il lui appartiendrait de caractériser. Ce, sous réserve des **pouvoirs** qu'elle attribue à l'**Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé** et que celle-ci n'a, en aucune façon, exercés s'agissant, plus particulièrement, de la spécialité pharmaceutique **PLAQUENIL®** (date de l'autorisation de mise sur le marché – AMM - : 27 Mai 2004).

Le **décret n°2020-293** modifié du **23 Mars 2020** est, partant, entaché d'**incompétence** et doit, de ce chef, **être annulé**.

.../...

**II-C-3-b/ LE DECRET N°2020-293 DU 23 MARS 2020 MODIFIE EST
ENTACHE D'UN VICE DE PROCEDURE ASSIMILE AU VICE D'INCOMPETENCE :
L'OMISSION DE SAISINE DU CONSEIL D'ETAT**

Il est constant, en l'absence de la mention requise « *le Conseil d'Etat entendu* », que ni le **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié (*pièce n°1*), ni aucun de ses **décrets modificatifs** des 25 et 26 Mars 2020 (*pièces n°1 bis et 1 ter*) n'ont été précédés d'une **consultation** du **Conseil d'Etat**.

Or, aux termes de l'article **L. 3131-15** du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de l'article **2, 3°** de la **loi** n°2020-290 du 23 Mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (JORF 24 Mars 2020, Texte 2 sur 47), le **Premier ministre** est invité à **exercer sa compétence** « *aux seules fins de garantir la santé publique* », dans les **dix occurrences** qu'énumère le texte, « *par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé* ».

Si la **loi** n'a pas **formellement** prévu la **consultation** du **Conseil d'Etat**, celle-ci était **implicitement commandée** par la **nature législative** de la norme à appliquer, comme c'est la **règle**.

L'**urgence** ne justifiait pas, au demeurant, que cette formalité **usuellement suivie** pour l'élaboration des **règlements d'application d'une loi**, soit, en l'occurrence, **omise** dès lors que le **Premier ministre** pouvait, avant même que le décret litigieux fût examiné par le **Conseil d'Etat**, « (...) *en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, comme celle de covid-19 que connaît actuellement la France.*

(...) »

(**CE, Référé, 22 Mars 2020, Syndicats Jeunes Médecins, n°439674, § 2**).

En décidant sans avoir, au préalable, consulté le **Conseil d'Etat**, le **Premier ministre** a entaché les **trois décrets** précités d'**incompétence**.

*

II-C-4/ L'ILLEGALITE INTERNE DU DECRET REGLEMENTAIRE N°2020-293 DU 23 MARS 2020

Elle s'analyse, en l'occurrence, en :

1°) Illégalité en raison du **contenu de l'acte** : **violation directe** de la **Constitution** et de la **loi** (**II-C-4-a**).

2°) Illégalité en raison du **contenu de l'acte** : **violation directe** des **principes généraux du droit** - « *la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription* ; » (**II-C-4-b**) ;

3°) erreur manifeste d'appréciation (**II-C-4-c**).

*

II-C-4-a/ L'ILLEGALITE EN RAISON DU CONTENU DE LA DECISION LITIGIEUSE ENTACHEE D'UNE VIOLATION DE LA CONSTITUTION ET DE LA LOI

Seront examinées ci-après :

- 1°) L'invocabilité directe de la norme constitutionnelle en l'absence d'écran législatif (1).
- 2°) La violation du principe constitutionnel de précaution associé au droit constitutionnel de protection de la santé (2).
- 3°) La violation de l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique (3).

**1. - / L'INVOCABILITE DIRECTE DE LA NORME
CONSTITUTIONNELLE EN L'ABSENCE D'ECRAN LEGISLATIF**

Comme susdit, **l'absence d'écran législatif**, - s'entend l'absence de **règles de fond nouvelles** restrictives de droits - permet, en l'occurrence, d'invoquer utilement devant le **juge de l'excès de pouvoir** la violation par le règlement attaqué des **normes** qui lui sont **supérieures** et qu'il doit respecter (**Constitution, convention internationale, loi, principes généraux du droit**).

Il apparaît, en effet, à l'analyse des textes pertinents, notamment l'article **L. 3131-15, 9° CSP**, que le **législateur** n'a fixé **aucune règle de fond** que le **Premier ministre** aurait eu à expliciter et appliquer et qui aurait limité le **libre choix du médecin par le malade** et la **liberté de prescription du médecin, principes généraux du droit de rang supra-décretal** (**CE, 10ème et 7ème sous-sections réunies, 18 Février 1998, n°171851**).

Le **règlement** est donc en **première ligne d'étude** et doit justifier sa **légalité** au regard des **normes** qui lui sont **supérieures**.

*

2.-/ LA VIOLATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION ASSOCIE AU DROIT CONSTITUTIONNEL DE PROTECTION DE LA SANTE

Aux termes de l'**alinéa 11** du **Préambule** de la **Constitution** du 27 Octobre 1946, à **pleine valeur constitutionnelle** :

« (La **nation**) **garantit à tous**, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la **protection de la santé**, la **sécurité matérielle**, le **repos** et les **loisirs**. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

Ce **principe constitutionnel** a été relayé, au début du **XXIème siècle** par la **Charte de l'environnement**, adossée à la **Constitution** par la **loi constitutionnelle n°2005-205** du 1er Mars 2005, dont l'article **1er** garantit à « **Chacun** (...) le **droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé**. »

Le **Conseil constitutionnel** a eu l'occasion de reconnaître la **pleine normativité** de ce texte, fût-il exprimé en **termes généraux** :

« (...)

5. *Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. – Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes;*

(...) »

(CC, décision n°2011-116 QPC du 08 Avril 2011, M. Michel Z. et autre, § 5).

Quant au **principe de précaution**, le **Conseil d'Etat** a jugé, avant même la **révision constitutionnelle de 2005**, qu'il s'appliquait en matière de **santé publique** :

« (...)

En ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation :

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que de nouvelles données scientifiques font état d'une possible transmission de l'agent de l'ESB au mouton ; qu'en outre, comme l'a relevé notamment le comité d'experts sur les encéphalopathies subaiguës spon(gif)ormes transmissibles, si la « transmission placentaire » de l'agent de l'ESB ne semble pas être constatée à ce jour, il n'est pas possible cependant de conclure avec certitude sur ce point ; qu'en décidant au vu de ces éléments, et eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, d'édicter les interdictions faisant l'objet du décret attaqué, qui s'appliquent à des aliments destinés à des enfants en bas âge ainsi qu'à des compléments alimentaires qui peuvent contenir des quantités élevées des tissus en cause, le Premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ; (...) »

(CE, 1ère et 4ème sous-sections réunies, 24 Février 1999, n°192465).

Désormais, le **principe de précaution** est consacré par l'article 5 de la **Charte de l'environnement** :

*« Lorsque la réalisation d'un **dommage**, bien qu'**incertaine** en l'état des **connaissances scientifiques**, pourrait **affecter de manière grave et irréversible l'environnement**, les autorités publiques veillent, par application du **principe de précaution** et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de **procédures d'évaluation des risques** et à l'adoption de **mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage**. »*

L'article L. 110-1 du Code de l'environnement a explicité le **principe constitutionnel de précaution**, consacré par l'article 5 de la **Charte de l'environnement** :

*« I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, **la qualité de l'air**, les êtres vivants et la biodiversité font partie du **patrimoine commun de la nation**. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.*

Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine.

On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.

On entend par géodiversité la diversité géologique, géomorphologique, hydrologique et pédologique ainsi que l'ensemble des processus dynamiques qui les régissent, y compris dans leurs interactions avec la faune, la flore et le climat.

*II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des **lois** qui en définissent la **portée**, des **principes** suivants :*

*1° Le **principe de précaution**, selon lequel **l'absence de certitudes**, compte tenu des **connaissances scientifiques et techniques du moment**, ne doit pas retarder l'adoption de **mesures effectives et proportionnées** visant à **prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable** ;*

2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ;

Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité ;

(...) ».

La Haute juridiction confirme, après la révision constitutionnelle de 2005 que « le **principe de précaution** s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées ;

(...) »

(CE, 08 Octobre 2012, Commune de Lunel, n°342423 ; dans le même sens CE, 6ème chambre jugeant seule, 08 Avril 2019, n°411862, § 9).

L'activité normative de l'Etat ou des autres personnes publiques ayant pour objet ou pour effet direct ou indirect d'affecter la santé des population concernées doit, partant, respecter le **principe de précaution**, tel qu'explicité par le législateur à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, celui

« selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ; ».

C'est, donc, à bon droit, que le **juge des référés** du **Tribunal administratif de la Guadeloupe** a, par **ordonnance** du 27 Mars 2020 (*pièce n°3*), en application de l'article L. 521-2 CJA, enjoint au **CHU** et à l'**ARS de Guadeloupe** de « **passer commande des doses nécessaires au traitement de l'épidémie de Covid-19 par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine** », en s'appuyant sur le **principe de précaution** :

« (...)

En ce qui concerne le dépistage :

12. Il résulte de l'instruction, notamment des déclarations de **Mme P...**, **Prix Nobel de médecine** et présidente du Comité analyse, recherche et expertise qui a déclaré, le 25 mars 2020, que « L'urgence aujourd'hui, c'est bien évidemment la **prise en charge médicale des patients**. Les tests vont être importants en période de l'après confinement de façon à éviter le redémarrage d'une épidémie ». Le nombre de lits de réanimation particulièrement limité en Guadeloupe par rapport à sa population, l'insularité qui restreint considérablement les possibilités d'évacuations sanitaires de masse en cas de surcharge des établissements de soins locaux, le manque de fiabilité des données relatives au nombre de personnes contaminées, la pénurie avérée de matériels de protection des soignants et des personnels des forces de l'ordre, et celle de tests de

dépistage caractérisent en elles-mêmes des **carences du système de santé local**, constitutives d'**atteintes graves et manifestation illégales au respect de la vie**.

Par suite, et afin de se prémunir d'une nouvelle situation de pénurie telle qu'elle est déjà avérée à ce jour, alors que le pic de la pandémie n'est pas atteint et en application du **principe constitutionnel de précaution**, il y a lieu de faire droit aux conclusions de l'UGTG tendant à ce qu'il soit enjoint au Centre Hospitalier Universitaire de la Guadeloupe (CHU) et à l'Agence Régionale de Santé de la Guadeloupe de passer commande de tests de dépistage du covid-19 en nombre suffisant pour couvrir les besoins de la population de l'archipel Guadeloupéen.

En ce qui concerne l'utilisation du traitement par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine :

13. Il résulte également de l'instruction, notamment des **déclarations et des publications du professeur Didier Raoult, spécialiste des maladies infectieuses et directeur de l'IHU Méditerranée Infection de Marseille**, que la **combinaison de l'hydroxychloroquine à un antibiotique** peut donner des **résultats encourageants** dans le traitement de cas sévères d'infections au nouveau coronavirus. Cette **combinaison de médicaments** est d'ailleurs incluse dans un **essai clinique européen de grande envergure baptisé Discovery**, qui porte sur **plusieurs centaines de patients en Europe**, notamment en France, en Italie et en Espagne, et dont le but est de **lutter contre le coronavirus**. S'il convient d'être **prudent** sur les **résultats** de cette étude et sur les **effets** de ces **médicaments**, il n'en demeure pas moins que, là encore au nom du **principe de précaution**, et pour les mêmes raisons qu'évoquées au paragraphe précédent, il est **nécessaire d'anticiper les besoins de la population**, sauf à porter une **atteinte grave et manifestation illégale au droit au respect de la vie**. Par suite, il y a lieu de faire droit aux conclusions de l'UGTG tendant à ce qu'il soit enjoint au Centre Hospitalier Universitaire de la Guadeloupe (CHU) et à l'Agence Régionale de Santé de la Guadeloupe de passer commande, sans attendre, des **doses nécessaires au traitement de l'épidémie de Covid-19 par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine**, comme défini par l'IHU Méditerranée infection, compte tenu des délais de commande, de fabrication et d'acheminement, dans le cadre défini par le décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020.

(...)

Article 2 : Il est **enjoint** au Centre Hospitalier Universitaire de la Guadeloupe (CHU) et à l'Agence Régionale de Santé de la Guadeloupe de **passer commande des doses nécessaires au traitement de l'épidémie de Covid-19 par l'hydroxychloroquine et l'azithromycine**, comme défini par l'IHU Méditerranée infection, et de **tests de dépistage du covid-19**, le tout en nombre suffisant pour couvrir les besoins présents et à venir de la population de l'archipel Guadeloupéen et dans le cadre défini par le décret n° 2020-314 du 25 mars 2020.

(...) »

(TA de la Guadeloupe, ord. 27 Mars 2020, Syndicat UGTG, n°2000295 – pièce n°3).

*

On le sait, **toute illégalité est fautive** (CE, Section, 26 Janvier 1973, Draincourt, Rec. p. 77) et toute **faute** donne droit à **réparation** si, comme en l'espèce, elle est à l'origine du **préjudice**.

Un **choix normatif défectueux** engage la **responsabilité de l'Etat** :

« (...) »

L'illégalité commise par le pouvoir réglementaire à avoir adopté une mesure que le législateur était seul compétent pour édicter est de nature à engager la responsabilité de l'Etat, quelle que soit la probabilité que le législateur aurait lui-même adopté cette mesure si elle lui avait été soumise ; toutefois, il appartient à la victime d'établir la réalité de son préjudice et le lien direct de causalité qui le relie à l'illégalité commise.

(...) »

(CE, Avis contentieux, 06 Avril 2007, n°299825).

« (...)

Considérant que l'article L. 1611-1 du code général des collectivités territoriales dispose que : « Aucune dépense à la charge de l'Etat ou d'un établissement public à caractère national ne peut être imposée directement ou indirectement aux collectivités territoriales ou à leurs groupements qu'en vertu de la loi » ;

Considérant que les dispositions de l'article 4 du décret n° 99-973 du 25 novembre 1999 et de l'article 7 du décret n° 2001-185 du 26 février 2001 ont eu pour effet d'imposer indirectement aux communes des dépenses, antérieurement à la charge de l'Etat ; qu'ainsi que l'a jugé, s'agissant de l'article 7 du décret du 26 février 2001, le Conseil d'Etat statuant au contentieux par une décision n° 232888 du 5 janvier 2005, le pouvoir réglementaire n'était pas, eu égard aux termes de l'article L. 1611-1 du code général des collectivités territoriales, compétent pour édicter ces dispositions ; que, par suite, l'Etat a commis des illégalités de nature à engager sa responsabilité, quelle que soit par ailleurs la probabilité que le législateur aurait lui-même adopté cette mesure si elle lui avait été soumise ;

(...) »

(CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 14 Septembre 2007, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Villeurbanne, n°299720).

*

Il tombe, ainsi, sous le sens qu'une **politique de confinement généralisé** destinée à lutter contre la **contamination virale** révèle indubitablement la présence d'un **environnement vicié et nocif**, comparable à l'**air pestilentiel** que respiraient les **Marseillais** pendant les **grandes épidémies** de son histoire (**1347 ; 1628, 1720**), la **Grande peste** de **1720** ayant fait **40 000 morts pour 70 000 habitants**, malgré la quarantaine des passagers et des marchandises du *Grand Saint-Antoine* en provenance du Levant (25 Mai 1720), à l'origine de la contagion.

Le **mode aérien de contamination**, comparable à la **dissémination d'organismes génétiquement modifiés (OGM)**, permet d'associer les **deux normes constitutionnelles** que sont la **protection de la santé** et le **principe de précaution**.

Le **maintien du confinement** rend compte d'une **grave et permanente menace** pour la **santé de la population**, étant observé que « *la qualité de l'air* » est au cœur des préoccupations du **législateur** qui la range au sein « *du patrimoine commun de la nation* » (article **L. 110-1, I** du Code de l'environnement) :

« *I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.*

(...) »

Dans ces conditions, le choix d'une **norme** visant à lutter contre une **pandémie**, comme celle causée par le **COVID-19**, doit tenir compte du **principe constitutionnel de précaution**, tel qu'explicité par l'article **L. 110-1** du Code de l'environnement et, à ce titre, en l'**absence de certitudes** quant à la **nocivité** d'un **traitement** ayant donné des « *résultats encourageants* » (**TA de la Guadeloupe, ord. 27 Mars 2020, Syndicat UGTG, n°2000295, § 13 – pièce n°3**), ne pas conduire à en retarder la **mise en œuvre effective à tous les niveaux de soins**.

Eu égard aux termes de l'article **L. 3131-15, 9° CSP** (« *9° En tant que de besoin, prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;* »), il y avait lieu pour le **Premier ministre** :

- Soit, de considérer comme **suffisamment probants** les résultats obtenus par l'équipe du **Professeur Didier RAOULT** au sein de l'**IHU Méditerranée Infection de Marseille** quant à l'**efficacité** du traitement par l'**hydroxychloroquine**, en association avec un **antibiotique pulmonaire** tel que l'**azithromycine** et, dans ce cas de figure, d'**ordonner**, dans l'exercice de ses **pouvoirs de police** et conformément au vœu du **législateur**, « *aux seules fins de garantir la santé publique* » (article **L. 3131-15 CSP**), « *l'approvisionnement approprié et continu des patients sur le territoire national, en officines de ville comme dans les pharmacies à usage intérieur* » (article **12-2, alinéa 6** du **décret 2020-293** modifié du 23 Mars 2020) ;

- Soit, dans le **doute**, prendre les **mêmes mesures**, en application du **principe constitutionnel de précaution** qui commande, en « *l'absence de certitudes* » (article **L. 110-1** du Code de l'environnement), de **prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à la santé publique** en cas de **non-traitement**.

Le **pouvoir discrétionnaire** dont la puissance publique peut disposer, dans certaines circonstances, ne signifie pas qu'elle puisse décider selon sa **fantaisie**, mais seulement qu'un **choix** lui est offert entre plusieurs décisions **également conformes à la légalité**.

En interdisant la **dispensation** par les **pharmacies d'officine** du **traitement anti-viral** (« *La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, dans le respect des indications de son autorisation de mise sur le marché, et les préparations à base d'hydroxychloroquine* » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du 23 Mars 2020) et en le **réservant** aux **patients hospitalisés** présentant un **état avancé** de la maladie - **phase immuno-pathologique** - (« *patients atteints de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe* » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du 23 Mars 2020), le **Premier ministre** s'est écarté de l'**option légale** qui lui était ouverte et a méconnu le **principe constitutionnel de précaution**, associé au **droit constitutionnel à la protection de la santé**.

L'article **12-2** du **décret 2020-293** du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doit, en conséquence, être **annulé** en ses **alinéas 1er** et **5**.

*

3.-/ LA VIOLATION DE L'ARTICLE L. 5121-12-1 DU CODE DE LA SANTE PUBLIQUE

Aux termes de l'article **L. 5121-12-1** du Code de la santé publique (CSP) :

« I.-Une spécialité pharmaceutique peut faire l'objet d'une prescription non conforme à son autorisation de mise sur le marché en l'absence de spécialité de même principe actif, de même dosage et de même forme pharmaceutique disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées, sous réserve qu'une recommandation temporaire d'utilisation établie par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé sécurise l'utilisation de cette spécialité dans cette indication ou ces conditions d'utilisation. Lorsqu'une telle recommandation temporaire d'utilisation a été établie, la spécialité peut faire l'objet d'une prescription dans l'indication ou les conditions d'utilisations correspondantes dès lors que le prescripteur juge qu'elle répond aux besoins du patient. La circonstance qu'il existe par ailleurs une spécialité ayant fait l'objet, dans cette même indication, d'une autorisation de mise sur le marché, dès lors qu'elle ne répondrait pas moins aux besoins du patient, ne fait pas obstacle à une telle prescription.

***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**.*

II.-Les recommandations temporaires d'utilisation mentionnées au I sont établies pour une durée maximale de trois ans, renouvelable. Elles sont mises à la disposition des prescripteurs par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou par l'entreprise qui assure l'exploitation de la spécialité concernée.

*III. # **Le prescripteur informe le patient** que la **prescription** de la spécialité pharmaceutique **n'est pas conforme à son autorisation de mise sur le marché**, le cas échéant, de l'existence d'une **recommandation temporaire d'utilisation**, des **risques encourus** et des **contraintes** et des **bénéfices** susceptibles d'être apportés par le médicament et porte sur l'ordonnance la mention : " Prescription hors autorisation de mise sur le marché " ou, le cas échéant, " Prescription sous recommandation temporaire d'utilisation ".*

*Il **informe le patient** sur les conditions de prise en charge, par l'assurance maladie, de la spécialité pharmaceutique prescrite dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées.*

Il motive sa prescription dans le dossier médical du patient, sauf lorsqu'il existe une autre spécialité comparable disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou lorsqu'il existe suffisamment de recul sur les conditions d'utilisation de cette spécialité dans cette indication.

IV. # Les recommandations temporaires d'utilisation mentionnées au I sont établies après information du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché.

Les recommandations temporaires d'utilisation sont élaborées dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Concernant les maladies rares, l'agence visée à l'article L. 5311-1 élabore les recommandations temporaires d'utilisation en s'appuyant notamment sur les travaux des professionnels de santé prenant en charge ces pathologies et, le cas échéant, les résultats des essais thérapeutiques et les protocoles nationaux de diagnostics et de soins.

Ces recommandations sont assorties d'un protocole de suivi des patients, qui précise les conditions de recueil des informations concernant l'efficacité, les effets indésirables et les conditions réelles d'utilisation de la spécialité par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché ou l'entreprise qui l'exploite. Le protocole peut comporter l'engagement, par le titulaire de l'autorisation, de déposer dans un délai déterminé une demande de modification de cette autorisation. Il peut être dérogé à l'obligation d'un protocole de suivi des patients prévue au présent alinéa lorsqu'il existe une autre spécialité comparable disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou lorsqu'il existe suffisamment de recul sur les conditions d'utilisation de cette spécialité dans cette indication.

V. # Le ministre chargé de la santé ou le ministre chargé de la sécurité sociale peut saisir l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé d'une demande d'élaboration d'une recommandation temporaire d'utilisation. »

Il résulte de ce texte notamment :

1°) D'une part, qu'en l'absence même de « **recommandation temporaire d'utilisation dans l'indication ou les conditions d'utilisation considérées** », le **médecin** peut **prescrire** « **une spécialité pharmaceutique** » y compris dans une **indication** « **non conforme** à son autorisation de mise sur le marché » aux **deux conditions cumulatives** suivantes :

1-a°) il **n'existe pas** « **d'alternative médicamenteuse appropriée** disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation » ;

et

1-b°) 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.** ».

2°) A l'occasion de cette **prescription non conforme** à l'autorisation de mise sur le marché, le prescripteur **informe** le patient notamment « **des risques encourus et des contraintes et des bénéfices susceptibles d'être apportés par le médicament** ».

Ces dispositions se conjuguent parfaitement avec l'article **8** du **Code de déontologie médicale** (**décret n°95-1000 du 06 Septembre 1995**), confirmant la **liberté de prescription du médecin**, aux termes duquel :

.../...

Article 8 :

*« Dans les **limites** fixées par la loi, 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 **inconvenients** et des **conséquences** des **différentes investigations** et **thérapeutiques possibles**. »*

*

Dès lors, en interdisant la **dispensation** par les **pharmacies d'officine** du **traitement anti-viral** (« *La spécialité pharmaceutique **PLAQUENIL** ©, dans le respect des **indications** de son **autorisation de mise sur le marché**, et les **préparations à base d'hydroxychloroquine** » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du 23 Mars 2020) et en le **réservant** aux **patients hospitalisés** présentant un **état avancé** de la maladie - **phase immuno-pathologique** - (« *patients atteints de **pneumonie oxygéo-requérante** ou d'**une défaillance d'organe** » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du 23 Mars 2020), le **Premier ministre** a méconnu les **dispositions claires et précises** de l'article **L. 5121-12-1** du Code de la santé publique (CSP) et de l'article **8** du Code de déontologie médicale.**

L'article **12-2** du **décret 2020-293** du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doit, pour cette raison, être **annulé** en ses **alinéas 1er** et **5**.

II-C-4-b/ L'ILLEGALITE EN RAISON DU CONTENU DE LA DECISION LITIGIEUSE ENTACHEE D'UNE VIOLATION DE LA LIBERTE DE CHOIX DU MEDECIN PAR LE PATIENT ET DE LA LIBERTE DE PRESCRIPTION, PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Comme susdit, « *la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription ;* » sont des **principes généraux du droit** « *qui s'imposent à toutes les autorités réglementaires, même en l'absence de dispositions législatives ;* » (CE, 10ème et 7ème sous-sections réunies, 18 Février 1998, n°171851).

Rapporté à une problématique de **santé publique** dont l'invocation est, ici, pertinente dès lors qu'aux termes de l'article 1er de la **Charte de l'environnement**, « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.* », le **principe de précaution** ne peut pas s'apprécier sans considérer le **sacerdoce médical**, renvoyant à la **théologie augustinienne** du « *Christ médecin des âmes et des corps* », tel que l'exprime le **serment d'Hippocrate** que prête **chaque médecin** avant d'exercer :

“Au moment d'être admis(e) à exercer la médecine, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité. Mon premier souci sera de rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux. »

L'article 8 du Code de déontologie (**décret n°95-1000 du 06 Septembre 1995** portant code de déontologie médicale – JORF **08 Septembre 1995**, page 13305) confirme que la **liberté de prescription du médecin** ne peut être **limitée** que par la **loi** :

Article 8 :

« Dans les limites fixées par la loi, 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. »

Il en ressort nettement que les **pouvoirs publics** s'en remettent résolument à l'appréciation du **médecin**, seul apte, à leurs yeux, à apprécier la **pertinence** et les **conséquences** d'une **prescription** ou d'un **choix thérapeutique**, sous l'égide du **principe de responsabilité**, **garant universel** du respect de la **légalité**.

La question qui aurait dû présider au **choix normatif** présentement critiqué est la suivante :

La prescription de la spécialité pharmaceutique **PLAQUENIL** et des préparations à base d'**hydroxychloroquine** correspond-elle à celle qui est **la plus appropriée en la circonstance** ?

Sachant que des **résultats prometteurs** ont été obtenus au sein de l'équipe du **Professeur Didier RAOULT**, Directeur de l'IFU Méditerranée Infection de Marseille, comme l'a constaté le **juge des référés du Tribunal administratif de la Guadeloupe** dans son **ordonnance** du **27 Mars 2020** (*pièce n°3*), qui accèdent, ainsi, au rang de **faits notoires** dispensant le demandeur de leur preuve (cf. article **69** du **Statut de Rome – Cour pénale internationale**), **ne pas prescrire** ce médicament au moment de l'apparition des **premiers symptômes** fait courir aux personnes malades un **risque fatal**.

A l'inverse, **suivre les recommandations** du **Professeur RAOULT**, approuvées par d'autres praticiens, dont l'**ancien Ministre de la santé Philippe DOUSTE – BLAZY, cardiologue**, permet d'anticiper et d'éviter une augmentation de la charge virale.

La crainte des **effets secondaires**, si elle doit être prise en considération, ne peut, à elle seule, justifier l'**inversion** de la **stratégie curative**, mais intégrer le **protocole de soins**, afin de le **paramétrer**.

Dès lors, si le **législateur** avait jugé nécessaire de fixer des **règles de fond** pour **encadrer le pouvoir de prescription médicale**, compte tenu de l'**absence de données acquises de la science**, il aurait invité, dans la **loi**, les prescripteurs à **redoubler de vigilance** – étant rappelé qu'aux termes de l'article **69** du Code de déontologie médicale « (...) **chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes**. » - et aurait pu, conformément au **principe de précaution**, exiger des **examens préalables** pour les **sujets à risques**, selon l'énoncé suivant pouvant se placer *de lege ferenda* à la suite de l'article **L. 3131-15, 9° CSP** :

*« La prescription pour un patient présentant des **risques d'intolérance d'une spécialité pharmaceutique** utilisée dans une **indication autre** que celle pour laquelle a été délivrée l'**autorisation de mise sur le marché** doit être précédée de tous les **examens utiles** permettant au **médecin** de s'assurer qu'elle est la **plus appropriée en la circonstance**. »*

Cet appel à la **vigilance** et à la **responsabilité du médecin prescripteur** est, au demeurant, d'ores et déjà inscrit dans l'article **L. 5121-12-1, I CSP** :

*« 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**. »*

*

En interdisant la dispensation par les **pharmacies d'officine** du traitement anti-viral (« *La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, dans le respect des indications de son autorisation de mise sur le marché, et les préparations à base d'hydroxychloroquine* » (article **12-2, alinéa 5** du décret 2020-293 modifié du 23 Mars 2020) et en le réservant aux **patients hospitalisés** présentant un **état avancé** de la maladie - **phase immuno-pathologique** - (« *patients atteints de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe* » (article **12-2, alinéa 5** du décret 2020-293 modifié du 23 Mars 2020), le **Premier ministre** a méconnu « *la liberté de choix du médecin par le patient et la liberté de prescription ;* », principes généraux du droit.

L'article **12-2** du décret 2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doit, partant, être **annulé** en ses **alinéas 1er** et **5**.

*

II-C-4-c/ L'ILLEGALITE EN RAISON DU CONTENU DE LA DECISION LITIGIEUSE ENTACHEE D'UNE ERREUR MANIFESTE D'APPRÉCIATION DE LA SITUATION PANDEMIQUE ET DES MOYENS NORMATIFS A METTRE EN OEUVRE POUR L'ENRAYER

Les **mesures de confinement** (**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, **abrogé** et **remplacé** par le **décret n°2020-293** du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire), de même que la **commande de tests sérologiques et masques de protection**, telle qu'annoncée par le **Premier ministre** lors de son **allocution télévisée** du 02 Avril 2020, sont **nécessaires**, mais **non suffisantes**.

Les **mesures prophylactiques** (le **bouclier anti-virus**) ne sont que **défensives** et ne conduisent pas à **éradiquer le mal invisible**, qu'elles se contentent de **tenir à distance**.

Elles ne permettront pas d'efficacement **limiter les effets de l'épidémie** s'il ne leur est pas associé rapidement une **thérapeutique collective cohérente** sur **l'ensemble du territoire national**.

Nonobstant la **polémique** née à l'occasion du traitement par **l'hydroxychloroquine**, à l'initiative du **Professeur Didier RAOULT**, infectiologue et microbiologiste de **réputation mondiale**, Directeur de l'Institut hospitalo-universitaire Méditerranée infection (**IHU**), cette molécule est, à ce jour, en l'état des **données actuelles de la science**, le **meilleur remède** contre le **COVID-19**. **Administré à temps et sous contrôle médical**, le traitement donne des **résultats prometteurs**, puisqu'une **très forte proportion** de **patients traités (75%)** se rétablit en **cinq jours**. **Immunisés**, ceux-ci représenteront une **barrière efficace** contre la propagation du virus.

Le **Gouvernement** l'a finalement reconnu implicitement, puisque par **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 (*pièce n°1 bis*), il a **autorisé la prescription, la dispensation et l'administration** de **« l'hydroxychloroquine et 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 12-2, alinéa 1er, première phrase** du **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).

Cependant, une **double restriction** a été **indûment** apportée au principe.

- D'une part, l'**alinéa 5** de l'article **12-2** du **décret** précité **interdit la vente du médicament** en **officines** pour traiter une **symptomatologie COVID 19** :

« *La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, dans le respect des indications de son autorisation de mise sur le marché, et les préparations à base d'hydroxychloroquine ne peuvent être dispensées par les pharmacies d'officine que dans le cadre d'une prescription initiale émanant exclusivement de spécialistes en rhumatologie, médecine interne, dermatologie, néphrologie, neurologie ou pédiatrie ou dans le cadre d'un renouvellement de prescription émanant de tout médecin.* ».

- D'autre part, l'**alinéa 1er** de l'article **12-2** du même **décret** subordonne la prescription du médicament, en **établissement de santé**, à une « *décision collégiale* » prise « *dans le respect des recommandations du Haut conseil de la santé publique et, en particulier, de l'indication pour les patients atteints de pneumonie oxygéo-requérante ou d'une défaillance d'organe.* ».

En d'autres termes, les prescriptions du **décret** conduisent, sans doute par crainte d'**effets secondaires**, à **réserver** le traitement par **hydroxychloroquine** aux **cas les plus graves** (**phase immuno-pathologique**), alors que l'**efficacité** du traitement requiert qu'il soit appliqué **dès l'apparition des premiers symptômes**, notamment **pulmonaires** (**phase virologique**).

Il est bien connu des **scientifiques** et **parfaitement intelligible** pour une **personne raisonnable**, n'ayant même aucune connaissance médicale, que lorsque la **défaillance multiviscérale** est installée, évoluant pour son propre compte, elle n'a plus besoin du virus pour tuer. L'**usage compassionnel** du produit ou en **phase immuno-pathologique**, pour des **cas désespérés**, risque de n'avoir pas plus d'efficacité que l'injection d'**adrénaline** en cas d'**arrêt irréversible des fonctions vitales**. **Ressusciter les morts** n'est pas au pouvoir des **médecins**, aussi éminents et qualifiés soient-ils, dont la **dimension humaine** est indélébile.

Il tombe sous le sens, dans cet ordre d'idées, que plus le nombre de **patients guéris** augmentera, plus vite le **pic de l'épidémie** sera atteint et dépassé, évitant, ainsi, de nombreuses pertes humaines. Chaque malade **guéri** est **immunisé** contre la maladie et fait puissamment **rempart** à sa propagation.

En outre, l'**extrême urgence** de la situation dont rend compte malheureusement le **nombre sans cesse croissant des décès quotidiens** ne permet pas d'attendre le résultat de tests annoncés, à une plus grande échelle, dans **plusieurs semaines**. Chaque jour passé **sans traitement** est une **chance perdue de survie** pour des **milliers de personnes**, notamment en **France** et un **risque de contamination massive** pour d'autres milliers de **citoyens français** et **résidents** sur le territoire national.

Il y a lieu d'observer, en tout état de cause, qu'il appartient à l'**Etat** d'assumer financièrement le **risque** pour la **santé humaine** lié aux **effets indésirables** du traitement, **inhérents à toute médication**.

Le **législateur** est, en effet, intervenu pour **décharger** les **professionnels de santé**, comme le **fabricant** du médicament de toute **responsabilité**, compte tenu des **circonstances extraordinaires** créées par la **crise sanitaire** :

Article L. 3131-3 CSP :

« Nonobstant les dispositions de l'article L. 1142-1, les **professionnels de santé** ne peuvent être tenus pour **responsables des dommages** résultant de la prescription ou de l'administration d'un médicament **en dehors des indications thérapeutiques** ou des **conditions normales d'utilisation** prévues par son **autorisation de mise sur le marché** ou son autorisation temporaire d'utilisation, ou bien d'un médicament ne faisant l'objet d'aucune de ces autorisations, lorsque leur intervention était rendue **nécessaire** par l'existence d'une **menace sanitaire grave** et que la prescription ou l'**administration du médicament** a été **recommandée** ou **exigée** par le **ministre chargé de la santé** en application des dispositions de l'article L. 3131-1.

Le fabricant d'un médicament ne peut davantage être tenu pour responsable des dommages résultant de l'utilisation d'un médicament en dehors des indications thérapeutiques ou des conditions normales d'utilisation prévues par son autorisation de mise sur le marché ou son autorisation temporaire d'utilisation, ou bien de celle d'un médicament ne faisant l'objet d'aucune de ces autorisations, lorsque cette utilisation a été recommandée ou exigée par le ministre chargé de la santé en application de l'article L. 3131-1. Il en va de même pour le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, de l'autorisation temporaire d'utilisation ou de l'autorisation d'importation du médicament en cause. Les dispositions du présent alinéa ne les exonèrent pas de l'engagement de leur responsabilité dans les conditions de droit commun en raison de la fabrication ou de la mise sur le marché du médicament. »

Article L. 3131-4 CSP :

« Sans préjudice des **actions** qui pourraient être exercées conformément au **droit commun**, la **réparation intégrale des accidents médicaux**, des **affections iatrogènes** et des **infections nosocomiales** imputables à des **activités de prévention**, de **diagnostic** ou de **soins** réalisées en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 ou L. 3134-1 est assurée par l'**Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales** mentionné à l'article L. 1142-22.

L'offre d'indemnisation adressée par l'office à la victime ou, en cas de décès, à ses ayants droit indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice, nonobstant l'absence de consolidation, ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime ou à ses ayants droit, déduction faite des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et, plus généralement, des prestations et indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du même chef de préjudice.

L'acceptation de l'offre d'indemnisation de l'office par la victime vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

L'office est subrogé, s'il y a lieu et à due concurrence des sommes qu'il a versées, dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage ou, le cas échéant, son assureur.

Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »,

dispositions que l'article L. 3131-20 CSP rend applicables « *aux dommages résultant des mesures prises en application des articles L. 3131-15 à L. 3131-17.* ».

En outre, aux termes de l'article L. 3131-5 CSP :

« Un fonds finance les actions nécessaires à la préservation de la santé de la population en cas de menace sanitaire grave, notamment celles prescrites à l'article L. 3131-1 ainsi que les compensations financières auxquelles elles peuvent donner lieu à l'exclusion de celles prévues par d'autres dispositions législatives et réglementaires. Les conditions de constitution du fonds sont fixées par la loi de finances ou la loi de financement de la sécurité sociale. »

*

La formation collégiale des référés du Conseil d'Etat vient de juger que pour apprécier l'existence d'un « *danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale* » au droit à la vie, liberté fondamentale, au sens et pour l'application de l'article L. 521-2 CJA, il convient de tenir compte « *des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans ce cadre, déjà prises.* » (CE, Référé, 22 Mars 2020, Syndicats Jeunes Médecins, n°439674, § 5).

La présente problématique se résume, dès lors, dans l'**alternative** à deux branches suivante :

- Ou bien, l'**hydroxychloroquine** présente un **danger** pour la **santé humaine** ou se révèle **inefficace** dans la **lutte** contre le **COVID-19** et on ne s'expliquerait pas, dans cette hypothèse, l'édiction du **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 (*pièce n°1 bis*), qui en autorise la **prescription**, la **dispensation** et l'**administration** « *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 **12-2, alinéa 1er, première phrase** du **décret** n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire).

- Ou bien, cette **molécule** est la **seule**, en l'**état actuel des données acquises de la science**, capable de **guérir** une **majorité de malades** – ce qu'**aucune étude ne dément**, aujourd'hui - et, dans ce cas de figure, **interdire** qu'elle soit **prescrite** en **médecine de ville**, contre le **vœu** du **législateur** de mettre « *à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;* » (article L. 3131-15, 9° CSP), est une **faute** de nature à engager la **responsabilité** de l'**Etat exécutif**.

.../...

Il apparaît, dans ces conditions, que les **restrictions** apportées par le **décret n°2020-293 du 23 Mars 2020** modifié à la délivrance du médicament **PLAQUENIL** © et des **préparations à base d'hydroxychloroquine** ne se justifient pas et révèlent une **carence** de l'autorité publique créant un **danger caractérisé et imminent** pour la **vie des personnes**.

Il ressort clairement des développements qui précèdent, qu'en interdisant la **dispensation** par les **pharmacies d'officine** du **traitement anti-viral** (« *La spécialité pharmaceutique PLAQUENIL* ©, dans le respect des *indications* de son *autorisation de mise sur le marché*, et les *préparations à base d'hydroxychloroquine* » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du **23 Mars 2020**) et en le **réservant** aux **patients hospitalisés** présentant un **état avancé** de la maladie - **phase immuno-pathologique** - (« *patients atteints de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe* » (article **12-2, alinéa 5** du **décret 2020-293** modifié du **23 Mars 2020**), le **Premier ministre** s'est écarté de l'**option légale** qui lui était ouverte et a entaché sa décision d'une **erreur manifeste d'appréciation** de la **situation pandémique** et des **moyens juridiques** à mettre en œuvre pour l'enrayer.

L'article **12-2** du **décret 2020-293 du 23 Mars 2020** modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doit, dès lors, être **annulé** en ses **alinéas 1er et 5**.

*

II-C-5/ LES SUITES NECESSAIRES DE L'ANNULATION DU DECRET N°2020-293 DU 23 MARS 2020 : LA MESURE D'INJONCTION EN APPLICATION DE L'ARTICLE L. 911-1 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

Aux termes de l'article L. 911-1 CJA :

*« Lorsque sa décision **implique nécessairement** qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une **mesure d'exécution dans un sens déterminé**, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, **prescrit**, par la même décision, cette **mesure** assortie, le cas échéant, d'un **délaï d'exécution**.*

La juridiction peut également prescrire d'office cette mesure. »

L'article L. 911-3 CJA complète le **dispositif d'injonction** de la faculté de prononcer une **astreinte** :

*« La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une **astreinte** qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet. »*

L'article L. 911-4 CJA rend effective l'exécution du **jugement d'injonction** :

*« En cas d'**inexécution d'un jugement** ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander à la juridiction, une fois la décision rendue, d'**en assurer l'exécution**.*

Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. »

*

Il y a lieu, en outre, de rappeler les **principes** gouvernant l'appréciation par le **juge de l'excès de pouvoir** des **conclusions aux fins d'injonction**, tels que les a définis le **Conseil d'Etat** :

« (...)

En ce qui concerne l'office du juge de l'excès de pouvoir :

6. Le motif par lequel le juge de l'excès de pouvoir juge fondé l'un quelconque des moyens de légalité soulevés devant lui ou des moyens d'ordre public qu'il relève d'office suffit à justifier l'annulation de la décision administrative contestée. Il s'ensuit que, sauf dispositions législatives contraires, le juge de l'excès de pouvoir n'est en principe pas tenu, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui qu'il retient explicitement comme étant fondé.

7. *La portée de la chose jugée et les conséquences qui s'attachent à l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir diffèrent toutefois selon la **substance du motif** qui est le support nécessaire de l'annulation. C'est en particulier le cas selon que le **motif retenu** implique ou non que l'autorité administrative prenne, **en exécution de la chose jugée** et sous réserve d'un changement des circonstances, une **décision dans un sens déterminé**. Il est, à cet égard, loisible au requérant d'assortir ses **conclusions à fin d'annulation** de **conclusions à fin d'injonction**, tendant à ce que le **juge enjoigne à l'autorité administrative de prendre une décision dans un sens déterminé**, sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, ou à ce qu'il lui enjoigne de reprendre une décision dans un délai déterminé, sur le fondement de l'article L. 911-2 du même code.*

8. *Lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule une décision administrative alors que **plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation**, il lui revient, en principe, de choisir de fonder l'annulation sur le **moyen qui lui paraît le mieux à même de régler le litige**, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. Mais, lorsque le requérant choisit de présenter, outre des **conclusions à fin d'annulation**, des **conclusions à fin d'injonction** tendant à ce que le **juge enjoigne à l'autorité administrative de prendre une décision dans un sens déterminé**, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'**examiner prioritairement** les **moyens** qui seraient de nature, étant fondés, à **justifier le prononcé de l'injonction demandée**. Il en va également ainsi lorsque des conclusions à fin d'injonction sont présentées à titre principal sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article L. 911-2.*

9. *De même, lorsque le requérant choisit de **hiérarchiser**, avant l'expiration du délai de recours, les **prétentions** qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir en fonction de la **cause juridique** sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation, il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en **respectant cette hiérarchisation**, c'est-à-dire en examinant **prioritairement** les **moyens** qui se rattachent à la **cause juridique** correspondant à la demande principale du requérant.*

10. *Dans le cas où il ne juge fondé aucun des moyens assortissant la demande principale du requérant mais qu'il retient un moyen assortissant sa demande subsidiaire, le juge de l'excès de pouvoir n'est tenu de se prononcer explicitement que sur le moyen qu'il retient pour annuler la décision attaquée : statuant ainsi, son jugement écarte nécessairement les moyens qui assortissaient la demande principale.*

11. *Si le jugement est susceptible d'appel, le requérant est **recevable à relever appel** en tant que le jugement n'a pas fait droit à sa demande principale. Il appartient alors au **juge d'appel**, statuant dans le cadre de l'effet dévolutif, de se prononcer sur les moyens, soulevés devant lui, susceptibles de conduire à faire droit à la demande principale.*

(...) »

(CE, Section, 21 Décembre 2018, Société EDEN, n°409678).

*

En l'occurrence, l'**annulation** du **décret n°2020-293 du 23 Mars 2020** modifié, en son article **12-2, alinéas 1er et 5, implique nécessairement**, en considération de la **substance** des **moyens** présentement développés, que le **Conseil d'Etat** délivre **injonction** à l'**Etat** représenté par le **Premier ministre** et le **Ministre chargé de la santé**, de prendre les **mesures nécessaires**, en application des articles **L. 3131-15** et **L. 3131-16** du Code de la santé publique, dans **les plus brefs délais**, qu'appelle l'application de l'article **L. 521-1, alinéa 2, première phrase CJA**, aux termes duquel :

« (...) *Lorsque la **suspension** est prononcée, il est statué sur la **requête en annulation** ou en réformation de la décision dans les **meilleurs délais**. (...)* »

En effet, qu'il s'agisse du **moyen** tiré de l'**incompétence** de l'auteur de la décision litigieuse (v. supra § **II-C-3**), ou des moyens de **légalité interne** (§ **II-C-4**), tous de nature à justifier l'**annulation**, plus aucune décision à **contenu identique** ne pourra être prise par le **chef du Gouvernement**, qui n'aura pas d'autre **choix légal**, eu égard au **contexte pandémique**, que de permettre, selon le **vœu du législateur** (article **L. 3131-15, 9° CSP**), « *la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire* ; ».

Si, à l'inverse, **seuls** les **moyens de légalité interne** (**violation du droit constitutionnel à la protection de la santé**, associé au **principe constitutionnel de précaution** ; **violation** de l'article **L. 5121-12-1** du Code de la santé publique et de l'article **8** du **Code de déontologie médicale** ; **violation** de la **liberté de choix du médecin par le patient** et la **liberté de prescription**, **principes généraux du droit** ; **erreur manifeste d'appréciation** de la **situation pandémique** et des **moyens juridiques** à mettre en œuvre pour l'enrayer au regard des **données acquises de la science** - § **II-C-4**) étaient appréciés comme **justifiant le prononcé de l'injonction demandée**, il incomberait au **Conseil d'Etat** de les examiner **prioritairement**, outre la **hiérarchisation des prétentions** que les **requérants** soumettent au **juge de l'excès de pouvoir** en fonction de la **cause juridique** sur laquelle reposent leurs **conclusions à fin d'annulation**.

*

PAR CES MOTIFS

Vu le **principe de prééminence du Droit**,

Vu la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen** du 26 Août 1789 (**DDH**) et notamment ses articles **1er, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 13, 15, 16** et **17**;

Vu le **Préambule de la Constitution** du 27 Octobre 1946, notamment ses **alinéas 1er, 5, 6, 10, 11, 13** et **14**,

Vu la **Constitution** du 4 Octobre 1958, notamment ses articles **1er, 21, alinéa 1er, 34, 37, 55** et **62, alinéa 3**,

Vu la **Charte de l'environnement**, notamment ses articles **1er** et **5**,

Vu la **Convention européenne des droits de l'homme**, notamment ses articles **1er, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 11, 13, 14** et l'article **1er** de son **Premier Protocole additionnel (droit au respect des biens)**,

Vu les articles **2, 6, 7, 8, 14, 17, 18** et **26** du **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** des 16-19 Décembre 1966,

Vu le **Traité de Lisbonne** signé le 13 Décembre 2007, entré en vigueur le 1er Décembre 2009,

Vu la **loi** des 16-24 Août 1790, ensemble le **décret** du 16 Fructidor An III,

Vu les articles **371-1** et **382** du Code civil,

Vu le **Code de la santé publique**, notamment ses articles **L. 1110-1, L. 1110-5, L. 3131-15, L. 3131-16** et **L. 5121-12-1**,

Vu le **Code de l'environnement**, notamment son article **L. 110-1**,

Vu le **Code de justice administrative** (**CJA**), notamment ses articles **L. 911-1, L. 911-3, L. 911-4, R. 411-1, R. 414-1** et **R. 421-1**,

I.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ANNULATION DU DECRET N°2020-293 DU 23 MARS 2020 MODIFIE PRESCRIVANT LES MESURES GENERALES NECESSAIRES POUR FAIRE FACE A L'EPIDEMIE DE COVID-19 DANS LE CADRE DE L'ETAT D'URGENCE SANITAIRE

PRINCIPALEMENT,

1°) **ANNULER** le décret n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (*pièce n°1*), en son article **12-2, alinéas 1er et 5**, dans sa rédaction issue du décret n°2020-314 du 25 Mars 2020 (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – *pièce n°1 bis*) et du décret n°2020-337 du 26 Mars 2020 (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – *pièce n°1 ter*), comme étant entaché d'**illégalité interne** (§ II-C-4 : **violation du droit constitutionnel à la protection de la santé**, associé au **principe constitutionnel de précaution** ; violation de l'article **L. 5121-12-1** du Code de la santé publique et de l'article **8** du **Code de déontologie médicale** ; violation de la **liberté de choix du médecin par le patient** et de la **liberté de prescription, principes généraux du droit** ; **erreur manifeste d'appréciation** de la **situation pandémique** et des **moyens normatifs** à mettre en œuvre pour l'enrayer au regard des **données acquises de la science**) ;

SUBSIDIAIREMENT,

2°) **ANNULER** le décret n°2020-293 du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (*pièce n°1*), en son article **12-2, alinéas 1er et 5**, dans sa rédaction issue du décret n°2020-314 du 25 Mars 2020 (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – *pièce n°1 bis*) et du décret n°2020-337 du 26 Mars 2020 (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – *pièce n°1 ter*), comme étant entaché d'**illégalité externe** (§ II-C-3 : **incompétence du Premier ministre** notamment pour **limiter la liberté de choix du médecin par le patient** et la **liberté de prescription, principes généraux du droit**, prérogative de la **seule compétence du législateur** pour des **raisons impérieuses d'intérêt général**) ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

II.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'INJONCTION

3°) **ENJOINDRE** à l'Etat, pris en la personne de **Monsieur le Premier ministre d'ordonner**, dans le délai de **quarante-huit heures** à compter de la notification de l'**arrêt** à intervenir et **sous astreinte de 1 000,00 € par jour de retard**, à compter de l'expiration du délai susvisé, dans le cadre de son **pouvoir réglementaire de police général** et en application de l'article **L. 3131-15, 9°** du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la **loi n°2020-290 du 23 Mars 2020** d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-1, article **2, 3°** (JORF 24 Mars 2020 – texte 2 sur 47), **sur tout le territoire national**, en **doses suffisantes** pour couvrir les besoins d'**au moins quatre-vingts pour cent (80%)** de la **population française**, la **mise à disposition des patients**, sur **prescription** et sous la **responsabilité d'un médecin généraliste, spécialiste ou hospitalier** :

3-a°) de la spécialité pharmaceutique PLAQUENIL ©, y compris dans une indication autre que celle pour laquelle l'autorisation de mise sur le marché lui a été délivrée ;

3-b°) des préparations à base d'hydroxychloroquine ;

3-c°) d'azithromycine ou autre antibiotique équivalent ;

3-d°) de tout autre médicament approprié pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;

4°) ENJOINDRE à l'Etat, pris en la personne de Monsieur le Ministre des solidarités et de la santé de prescrire, en application de l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique, par arrêtés motivés, toutes mesures réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de lutte contre le COVID-19, comme explicité au 3° ci-dessus, à l'exception de celles qui relèvent directement de Monsieur le Premier ministre ;

5°) RESERVER au Conseil d'Etat, le cas échéant, le contentieux de l'exécution ;

III.-/ SUR LES CONCLUSIONS AUX FINS D'ALLOCATION DE L'INDEMNITE AU TITRE DES FRAIS IRREPETIBLES

Vu l'article L. 761-1 CJA,

6°) CONDAMNER l'Etat aux entiers dépens et à payer, au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens :

6-a°) à Monsieur et Madame Philippe KRIKORIAN la somme de 10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) ;

6-b°) à Monsieur le Docteur (...) la somme de 10 000,00 € (DIX MILLE EUROS) ;

SOUS TOUTES RESERVES de tous autres éléments de droit ou de fait à produire ultérieurement par mémoire complémentaire ou de tous autres recours.

Fait à Marseille, le **03 Avril 2020**

Pour **les requérants,**

Maître Philippe KRIKORIAN
(signature électronique
article 1366 du Code civil ;
articles R. 414-1 et s. CJA)

**PRODUCTIONS DEVANT LE CONSEIL D'ETAT – PIECES JUSTIFIANT LES
PRETENSIONS DE MONSIEUR ET MADAME PHILIPPE KRIKORIAN ET DU
DOCTEUR (...) AU 03 AVRIL 2020 -**

1. **Décret n°2020-293** du 23 Mars 2020 modifié prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, notamment son article **12-2, alinéas 1er et 5** (onze pages), dans sa rédaction issue du **décret n°2020-314** du 25 Mars 2020 (JORF 26 Mars 2020, Texte 31 sur 112 – deux pages) et du **décret n°2020-337** du 26 Mars 2020 (JORF 27 Mars 2020, Texte 10 sur 76 – deux pages)
2. **Article publié** le 26 Mars 2020 à 17h09 sur le **site Internet 20 minutes** : « *Coronavirus : Le gouvernement autorise la prescription de l'hydroxychloroquine contre le Covid-19, mais encadre sa vente* » (quatre pages)
3. **TA Guadeloupe, Ordonnance, 27 Mars 2020, Syndicat UGTG**, n°2000295 (sept pages)
4. **Article publié** le 02 Avril 2020 sur le **site Internet du Quotidien du Médecin** – tribune du **Professeur Didier RAOULT** intitulée « *L'éthique du traitement contre l'éthique de la recherche* » - « *le Pr Didier Raoult critique les 'dérives' de la méthodologie* » (deux pages)
5. **Mandat aux fins de saisine du Conseil d'Etat** signé le 31 Mars 2020 par **Monsieur et Madame Philippe KRIKORIAN** (deux pages)
6. **Mandat aux fins de saisine du Conseil d'Etat** signé le 31 Mars 2020 par le **Docteur (....)** (deux pages)

Fait à Marseille, le **03 Avril 2020**

Pour les requérants,

Maître Philippe KRIKORIAN
(signature électronique
article 1366 du Code civil ;
articles R. 414-1 et s. CJA)