

Christophe Lèguevaques
Avocat au Barreau de Paris
Docteur en droit

Créateur de **MySMARTcab**
Plateforme d'actions collectives
équitables



**MONSIEUR LE VICE-PRESIDENT DU
CONSEIL D'ETAT**
Section du Contentieux
Palais Royal
75001 PARIS

Paris, le 7 juillet 2020

Affaire : **NOTELET & autres**
 Référé suspension, requête n° 441 316

Monsieur le Vice-Président,

Par une note en date du vendredi 3 juillet 2020, communiquée le lundi 6 juillet 2020, le ministre des solidarités et de la santé a conclu au rejet de la requête en référé-suspension n° **441316** formée par Madame Annie NOTELET & autres.

Cette note appelle une observation préliminaire, trois observations principales et une observation terminale.

.../...

Observation préliminaire – RESPECT DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME

L'attention de Monsieur le Vice-Président est attirée sur le signataire de la note du ministre des solidarités et de la santé. En effet, par délégation du ministre, la note est signée par le Directeur des affaires juridiques, Monsieur Charles TOUBOUL.

Il résulte de sa fiche accessible sur le site du Conseil d'Etat¹ que Monsieur Charles TOUBOUL est un éminent juriste entré « *au Conseil d'État en 2012, à la section du contentieux. Rapporteur général adjoint à la section du rapport et des études (2014), puis rapporteur à la section sociale (2016), il devient, en 2017, rapporteur public à la section du contentieux* ».

En raison de son parcours exemplaire, il est nommé le 11 juillet 2018 « *porte-parole du Conseil d'Etat* ».

La lecture des différentes étapes de la carrière remarquable de M. Charles TOUBOUL (Rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études, rapporteur à la section sociale, puis rapporteur public à la section du contentieux, porte-parolat) permet d'affirmer qu'il cumule tous les honneurs dans la Haute Juridiction.

Ce *cursus honorum* a été couronné par sa promotion en qualité de directeur juridique au secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales (Décret du 21 août 2019)².

¹ <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/charles-touboul-nouveau-porte-parole-du-conseil-d-etat>

² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038940473&categorieLien=id>

Toutefois, cette carrière exceptionnelle le place dans une situation objective et structurelle particulièrement favorable qui vient rompre l'égalité des armes des justiciables devant la juridiction administrative suprême.

Sous le contrôle de la CEDH, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat veillent au strict respect de « *l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction en application de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »³. A ce titre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a permis de mettre en évidence l'impartialité *subjective* et l'impartialité *objective* :

- **Impartialité subjective** – Elle conduit à vérifier que les juges n'ont pas de préjugé ou de parti pris sur l'affaire dont ils ont à connaître. La preuve de la partialité subjective doit être faite par des moyens objectifs. Tout manque de discrétion et de modération dans la rédaction de la décision peut être un révélateur de la disparition de l'impartialité du magistrat.
- **Impartialité objective** – Elle conduit, pour sa part, à contrôler structurellement la mise en œuvre de l'impartialité de la juridiction. Il s'agit ici de vérifier le principe anglo-saxon de l'apparence : "*justice must not only be done: it must also be seen to be done*".

³

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/troisieme_partie_jurisprudence_cour_104/communautaire_droit_112/sauvegarde_droits_5920.html

Ainsi, l'impartialité objective peut être altérée de deux façons :

- par la connaissance de liens objectifs (familiaux, administratifs, sociaux) entre le juge et l'une des parties, que ce lien soit direct ou indirect ;
- par la reconnaissance que des "*considérations de caractère fonctionnel et organique*" mettent le juge en situation de partialité.

Ces principes sont parfaitement connus et appliqués par le Conseil d'Etat.

- depuis l'arrêt CEDH, 28 septembre 1995, Procola⁴, la séparation structurelle du Conseil d'Etat entre une section "Contentieux" et une section "Administrative" consacre la reconnaissance en droit interne du principe d'impartialité.
- La violation du principe d'impartialité constitue un moyen d'ordre public⁵.

⁴ Il s'agissait du Conseil d'Etat luxembourgeois et le problème soulevé était celui de sa dualité fonctionnelle. Les requérants invoquaient la violation de l'article 6-1 CEDH car les mêmes membres s'étaient retrouvés à apprécier la légalité d'un texte en tant que juges alors que, auparavant, ils avaient donné leur avis à son sujet en tant que **conseillers juridiques du gouvernement**.

⁵ CE, 6 avril 2001, Sté Entreprise Razel frères

- Au-delà de l'article 6§1, le principe d'impartialité constitue un *principe général du droit*⁶.
- Notons, en tant que de besoin, que la déontologie des membres du Conseil d'Etat a été précisée/encadrée par le législateur par la loi 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, notamment afin de garantir leur impartialité⁷.

Ainsi, l'article L. 131-2 du Code de la justice administrative dispose-t-il que « *Les membres du Conseil d'Etat exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard.* »

Compte tenu de ce rappel, le Conseil d'Etat veillera à ce que les magistrats en charge de cette affaire n'aient jamais travaillé avec Monsieur Charles TOUBOUL.

* *

*

⁶ CE, 28 avril 2005, Karsenty

⁷ Jugée conforme à la constitution (CC, 20 oct. 2017, n° 2017-666 QPC)

Observation n° 1 – TENTATIVE DE PLACER LA DISCUSSION SUR LE TERRAIN « SCIENTIFIQUE » POUR EVITER LE DEBAT JURIDIQUE.

1.1 Par arrêté du 13 janvier 2020⁸, « est classée sur la liste II des substances vénéneuses l'hydroxychloroquine sous toutes ses formes ».

1.2 Ce classement induit deux conséquences :

- La spécialité n'est plus en vente libre contrairement à la pratique qui avait prévalu depuis plusieurs dizaines d'années.
- Les spécialités inscrites sur « la liste II » sont des médicaments soumis à prescription médicale et qui ne peuvent ainsi être obtenus que sur présentation d'une ordonnance rédigée par un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme.

1.3 Dès lors, les risques d'une consommation intempestive de ce traitement par des malades angoissés sont réduits à néant. Ce sont des médecins qui en leur âme et conscience, en l'état des connaissances acquises de la science peuvent prescrire l'hydroxychloroquine pour tenter d'endiguer la Covid-19, dans le cadre d'une bithérapie avec l'azithromycine suivant un protocole thérapeutique recommandé par les médecins de l'INSTITUT MEDITERRANEE INFECTION.

⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041400024&categorieLien=id>

1.4 Pour tenter de démontrer que les données acquises de la science militent pour un refus du traitement recommandé par le Professeur Raoult, le ministre de la santé n'hésite pas à travestir la réalité en comparant des pommes et des carottes.

1.4.1 L'étude du LANCET a démontré son inanité et a été rejetée par le LANCET lui-même : elle ne démontre rien, tellement les données recueillies ont été trafiquées – la communauté scientifique internationale est unanime pour rejeter les conclusions de cette étude qui s'apparente à de la « *fake science* » ;

1.4.2 Si l'étude RECOVERY a été arrêtée et si le NIH (*National Institutes of Health*), a annoncé l'interruption de l'essai randomisé, cela s'explique par les conditions anormalement dangereuses des essais pratiqués : lorsqu'un participant à l'étude Recovery se voit attribuer le traitement «hydroxychloroquine», il reçoit immédiatement 800 milligrammes de sulfate d'hydroxychloroquine (l'équivalent de 4 comprimés de Plaquenil), dosage qui sera répété six heures plus tard, et auxquelles succédera six et douze heures plus tard une dose de 400 mg. Soit une « dose de charge » de 2 400 mg atteinte après la quatrième prise de médicament.

Ce dosage est considéré comme dangereux tant par l'ANSM que par la NIH et semble résulter d'une prise de risque non maîtrisée afin de déterminer si l'hydroxychloroquine peut avoir un effet sur la réplication virale.

Cependant, la méthodologie retenue entre en contradiction avec les recommandations de l'OMS qui prévoient dans ses « *Lignes directrices pour la gestion des questions éthiques lors des flambées de maladies infectieuses* », établies en 2018 que :

CHOISIR UNE METHODOLOGIE DE RECHERCHE APPROPRIEE — *Exposer les participants à la recherche à un risque est inacceptable du point de vue éthique si l'étude n'est pas conçue de manière à fournir des résultats valables. Il est par conséquent impératif que tous les travaux de recherche soient conçus et menés de manière rigoureuse sur le plan méthodologique.*⁹

Outre les critiques du Professeur PERRONNE¹⁰, on peut relever que l'étude RECOVERY contient **plusieurs biais qui conduisent nécessairement et inexorablement à la démonstration de l'inefficacité et de la dangerosité** de l'hydroxychloroquine :

- Des patients particulièrement malades, âgés de 50 à 82 ans, avec 76% des patients qui ont nécessité de l'oxygène et parmi les patients, 27% de diabétiques, 27% avec des problèmes cardiaques et 22% avec des affections pulmonaires.
- Des patients anglais présentant des troubles demandant une attention particulière dans les lignes directrices de NICE sur l'hydroxychloroquine de plus sans confirmation qu'ils soient réellement testés positifs au Covid-19.
- Des avis importants non suivis, des experts non consultés, des dosages létaux et au-delà des normes Française (AMM) et Britannique (NICE) sur des malades demandant une attention particulière.
- On peut se demander comment Recovery maintient l'objectivité de ses recherches bibliographiques¹¹.

⁹ <https://apps.who.int/iris/handle/10665/275799?locale-attribute=de&show=full>

¹⁰ <https://www.leconomiste.com/flash-infos/covid19-apres-lancetgate-le-recoverygate>
<http://www.francesoir.fr/politique-monde/covidpapers-recovery-incompetence-mensonge-manipulation-et-gros-dollars>;

¹¹ <http://www.francesoir.fr/societe-sante/recovery-brexit-overdose>

- 1.4.3 Si la FDA a mis « en garde contre l'utilisation de l'hydroxychloroquine ou de la chloroquine pour la COVID-19 en dehors du cadre hospitalier ou d'un essai clinique en raison du risque de problèmes de rythme cardiaque », c'est bien parce que les recommandations du Professeur Raoult n'étaient pas respectées.
- 1.4.4 Encore une fois, il convient de rappeler que l'INSTITUT MEDITERRANEE INFECTION ne recommande pas de prescrire « à tire larigot » le traitement mais l'encadre dans des conditions strictes et prévoit, notamment, un contrôle indispensable par électrocardiogramme, permettant de couvrir les principaux risques identifiés et largement documentés.
- 1.5 En conclusion, au vu du nombre d'études menées sur l'efficacité de l'hydroxychloroquine avec ou sans Azithromycine, il est hasardeux pour les juristes, et visiblement également pour les scientifiques, de trancher à ce stade la question des données acquises de la science.

Pour preuve, une synthèse des 53 études dont 33 revues par des pairs dont la grande majorité démontre l'efficacité de l'hydroxychloroquine avec ou sans Azithromycine : <https://c19study.com/>

Le Conseil d'Etat pourra également se référer à une méta-analyse conduite par le Pr. Million de l'IHU¹² d'une vingtaine d'études relatives à l'efficacité de l'hydroxychloroquine qui met en lumière des biais importants dans les études qui démontrent l'inefficacité de l'hydroxychloroquine.

¹² <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2052297520300615?via%3Dihub>

Il semble donc difficile de parler de données acquises de la science tant pour établir que l'hydroxychloroquine avec ou sans Azithromycine fonctionne que pour affirmer qu'elle ne fonctionnerait pas.

Dans le cadre d'une épidémie devenue pandémie, si l'on en croit le président MACRON, la France est en guerre. Dès lors, la médecine de guerre prévaut et impose de préférer à une mort certaine des traitements dont les effets positifs ont pu être constatés dans un grand nombre d'études observationnelles confirment l'efficacité dans un nombre suffisant d'hypothèses, à condition de respecter le protocole établi par le Pr Raoult¹³.

NB L'hydroxychloroquine avec ou sans Azithromycine n'est pas présenté par ses défenseurs, qu'il s'agisse du Pr. Raoult ou d'autres éminents spécialistes comme le Pr. Zelenko de New York, comme le « remède miracle », mais comme un **traitement permettant de réduire la charge virale**, ce qui engendre deux effets essentiels pour endiguer la pandémie :

1) baisse de la contagiosité des malades et partant leur capacité à transmettre la COVID;

2) Arrêté la progression du virus dans le corps et évite au malade de passer à un stade plus grave de la COVID, en d'autres termes empêche le passage en réanimation.

Autant d'objectifs de santé publique pour lesquels une attitude pro active était attendue des autorités sanitaires.

Peu importe de savoir s'il est possible de mener dans l'urgence des études cliniques en double aveugle soulevant de nombreuses interrogations éthiques.

¹³ <https://www.mediterranee-infection.com/tout-sur-le-coronavirus/>

Ne rien faire conduit à la mort. Tenter un traitement pouvant, peut-être, sauver des vies.

Par ailleurs, comment peut-on de manière éthique mener un test en double aveugle en sachant que l'on donne du placebo à des patients devant faire face à une maladie inconnue potentiellement mortelle ?

Un tel recours à des cobayes est-il conforme au Code de Nuremberg ? Rappelons que l'article 1^{er} du Code de Nuremberg (1947) dispose¹⁴ que

Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel.

*Cela veut dire que la personne concernée doit avoir la capacité légale de consentir ; qu'elle doit être placée en situation d'exercer un libre pouvoir de choix, sans intervention de quelque élément de force, **de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes sournoises de contrainte ou de coercition** ; et qu'elle doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de ce que cela implique, de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée.*

L'OMS ne dit pas autre chose dans ses « *Lignes directrices pour la gestion des questions éthiques lors des flambées de maladies infectieuses* », lorsqu'elle précise que

MENER UNE EVALUATION ETHIQUE LORSQUE LE FACTEUR TEMPS EST DETERMINANT — La nécessité d'intervenir immédiatement pour endiguer une flambée de maladie infectieuse peut **rendre impossible de suivre les calendriers généralement utilisés pour l'évaluation éthique de la recherche.**

Enfin, les médecins français peuvent s'appuyer sur l'expérience acquise au cours des trente dernières années par leurs homologues du monde entier.

¹⁴ Philippe Amiel, François Vialla, La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France (1947-2007), *Rev. dr. sanit. et soc.* RDSS 2009;4:673-687.

Faut-il rappeler que chaque année, ce sont plus de 2.000.000.000 (deux milliards) de comprimés d'hydroxychloroquine qui sont consommés dans le monde, permettant de bénéficier d'une connaissance étendue des contre-indications et des précautions d'emplois, sans commune mesure avec le REMEDESIR qui a fait preuve de son inefficacité lors de l'épidémie de fièvre EBOLA.

Enfin, la liste des pays ayant recours à ce traitement dans le cadre de la Covid19 est particulièrement intéressante :

- Algérie,
- Maroc,
- Israël,
- Inde,
- Chine,
- Corée du Sud,

Soit au bas mot les *deux tiers de la population mondiale !*

Risque maîtrisé, **confiance dans les compétences des médecins français**, protocole de traitement restrictif et encadré, autant de protections qui balayent l'argumentation pseudo-scientifique du ministre de la santé qui repose sur des arguments biaisés ou falsifiés dépourvus, dès lors, de toute valeur scientifique.

* *

*

Observation n° 2 – SUR LA PROCEDURE HORS TEXTE ET HORS CONTROLE RETENUE PAR LE PRESIDENT DU HCSP DONT LES LIENS D'INTERETS SOULEVENT DES DIFFICULTES

2.1 Dans sa note, M. Charles TOUBOUL affirme que les avis du HCSP « ont été rendus selon une procédure régulière. Ces avis ont en effet été produits par un groupe de travail transversal composé d'experts pluridisciplinaires, répondant aux principes d'impartialité, de transparence, de pluralité et du contradictoire (article L. 1452-1 du code de la santé publique). Ces experts ont tous rempli et signé une déclaration publique d'intérêt. **La validation de ces avis a été réalisée par le président du HCSP pour des motifs d'extrême urgence dans le contexte sanitaire lié à l'épidémie ainsi que le prévoit le point 8 du règlement intérieur approuvé par un arrêté du 13 décembre 2018. Ils ont ensuite été présentés au bureau du collège suivant en application du même règlement** » (p. 3).

On peut retenir de cette note que, de l'avis même, du ministre de la santé :

- Cet avis n'a pas été rendu par le collège du HCSP mais par un « groupe de travail transversal »
- Ce groupe est présenté comme réunissant des experts pluridisciplinaires, impartiaux, agissant dans la transparence et respectant le contradictoire. Toutefois, **AUCUN élément ne vient corroborer cette pétition de principe.**

Le Conseil d'Etat devra constater que le ministre de la santé succombe dans la fourniture d'éléments de preuves lui permettant d'apprécier la véracité et la pertinence des affirmations égrainés avec autorité.

- Cet avis n'a pas été approuvé par le Collège mais par le seul président « *pour des motifs d'extrême urgence* ». Pour autant, lorsque l'étude du Lancet à l'origine de la saisine du HCSP sera devenue caduque, aucune mesure corrective de validation par le collège ne sera mise en œuvre alors que l'urgence invoquée n'avait pas disparu. Ce traitement différentiel soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses.

2.2 Seul le Collège ou une Commission Spécialisée (CoS) peut rendre un avis au nom du HCSP, à l'exclusion du président du HCSP seul ou du comité technique permanent (CTP) ou d'un groupe de travail (GT) (art. R. 1411-56 du Code de la santé publique).

Aucun texte ne prévoit l'existence, la composition et le fonctionnement d'un « *groupe de travail transversal composé d'experts pluridisciplinaires* » habilité à rendre des avis au nom du HCSP, dont certains ne sont d'ailleurs pas membres du HCSP.

Aucun texte ne prévoit une dérogation à cette disposition qu'il s'agisse d'urgence ou d'urgence extrême ou d'état d'urgence sanitaire, alors même que le Premier ministre aurait pu modifier ce fonctionnement en application de la loi n° 2020-290.

Rappelons les conditions déterminant les situations d'urgence sont pourtant prévues par l'article 8 du Règlement Intérieur du HCSP :

- Le cas d'une saisine d'urgence est prévu par l'article R. 1411-55-2 du Code de la santé publique qui permet au ministre de saisir le Collège ou une CoS en lui imposant un délai pour rendre son avis.
- Rappelons que le Collège et les CoS sont composés de membres nommés par arrêté¹⁵, en l'occurrence celui du 22 mars 2017.
- L'article R1411-55-2 CSP ne permet donc pas au ministre de saisir un « groupe d'experts » dont certains ne sont pas membres du HCSP, en tant que CoS, fusse ce groupe présidé par le Président du HCSP.
- L'article 8 a) du Règlement Intérieur du HCSP vise en effet « *une saisine urgente transmise directement à la CoS* » à l'exclusion de tout autre organe du HCSP, *a fortiori* un « groupe d'experts » dont certains ne sont pas membres du HCSP.
- Ces dispositions d'urgence visent exclusivement à faciliter l'action des membres des CoS et d'eux seuls.
- En raison de l'importance des pouvoirs dévolus aux différents organes qui peuvent influencer sur la

¹⁵ JORF n°0073 du 26 mars 2017 texte 34

politique de santé publique de la Nation, la loi a prévu de les octroyer à des membres ayant fait l'objet d'une nomination par arrêté ministériel et non à des « experts pluridisciplinaires » dont la nomination ne répond pas aux conditions fixées par l'article R1411-49 du Code de la santé publique i.e. nommés par le ministre pour 4 ans par arrêté ministériel.

Ces modalités de nomination n'ont fait l'objet d'aucune modification lors de la gestion de la crise sanitaire par le gouvernement.

Ainsi, les facilités offertes par l'article 8 du Règlement intérieur du HCSP permettent :

8 a) que celle-ci soit « traitée sous la responsabilité de son président selon les procédures du HCSP » ;

8 b) de conduire les travaux des membres « par audio et/ou visioconférence complétés si besoin d'échanges écrits par courrier électronique »

8 c) en cas d'urgence extrême (celle-ci s'entendant comme l'hypothèse où « un vote électronique n'a pas pu être organisé dans le délai imparti auprès des membres de la commission »), au Président du HCSP d'approuver l'avis rendu par la CS.

Le corollaire obligatoire de l'usage de ces facilités est que les avis ainsi rendus soient régularisés par la suite s'agissant de leurs conditions d'approbation.

Ainsi, l'article 8 d) du Règlement intérieur du HCSP prévoit que lesdits avis pris dans « l'urgence extrême » sans réunion physique ou vote électronique doivent être inscrits à l'ordre du jour de la prochaine séance plénière de la CoS concernée et adoptés selon les conditions d'approbation fixées par l'article R1411-53 du Code de la santé publique.

Or, en l'espèce, les avis ne sont rendus en urgence ou extrême urgence ni par une CoS, ni par le Collège.

La procédure de l'article 8 du Règlement intérieur du HCSP n'a pas été appliquée dans son intégralité par le HCSP. En effet, l'avis a été rendu par un « groupe d'experts » dont une partie n'est pas membre du HCSP.

Le fait qu'un tel groupe soit présidé par le président du HCSP ne lui donne pas les pleins pouvoirs pour rendre des avis au nom du HCSP et encore moins de se dispenser de l'application des textes et procédures garantissant la transparence, la pluralité, l'impartialité et le contradictoire des experts choisis au sens de l'article L1452-1 du Code de la santé publique.

Le ministre de la santé affirme péremptoirement que lesdits avis auraient été validés par le Collège sans indiquer de date ni produire le compte-rendu de séance. Le Collège n'était pas compétent pour valider les avis, mais plutôt la CoS concernée conformément à l'article 8 d) du Règlement Intérieur du HCSP. En tout état de cause, AUCUNE TRACE D'UNE TELLE SEANCE PLENIERE SUR LE SITE INTERNET DU HCSP.

De même, le ministre de la santé affirme tout aussi péremptoirement que le choix de ces experts satisferait aux principes présidant toute expertise sanitaire. Or, il n'existe aucune trace de leur nomination par arrêté du ministre. Ces experts ont simplement été inscrits sur la liste figurant en annexe des avis rendus, sans que l'on sache qui a décidé et comment de leur participation à ce « groupe d'experts ».

Le Conseil d'Etat relèvera d'ailleurs que la composition dudit « groupe d'experts » n'est pas tout à fait la même pour chacun des avis.

Cependant, si les liens d'intérêts ont fait l'objet d'une publication déclarative, l'analyse d'éventuels conflits d'intérêts fait défaut dans les avis rendus par le HCSP.

En effet, la Charte de prévention et gestion des conflits d'intérêts du HCSP, qui n'est pas disponible sur le site du HCSP, impose que préalablement à un vote relatif à un médicament, les membres déclament leur lien d'intérêt avec le laboratoire fabriquant ledit médicament. Dans ce cas, il y a effectivement conflit d'intérêts.

Cette formalité a toujours été respectée par le HCSP avant la crise de la COVID. Mais, le HCSP apparaît s'en être abstenu pendant, et même encore, la crise de la COVID.

Or, ce qui fait un état de droit, c'est que même en état de « guerre » ou « d'urgence » les règles et procédures visant à garantir transparence, impartialité, pluralité et contradictoire soient respectées.

La Loi n'a d'ailleurs prévu aucune dérogation qu'il s'agisse d'urgence, d'extrême urgence et d'état d'urgence sanitaire, ce qui est indispensable pour que la France reste un état de droit.

Le respect de ces obligations est d'autant plus essentiel au vu du débat scientifique sur l'hydroxychloroquine, Azithromycine, Remdesivir, etc.

- 2.3 Cette question devient d'autant plus décisive que le président du HCSP est Monsieur Christian CHIDIAC qui a reçu 90.741 € de différents industriels de la pharmacie dont **16.543 € de GILEAD** dont le REMEDESIVIR semble avoir reçu un traitement différencié de la part des autorités sanitaires.

Or, le REMEDESIVIR présente des dangers aussi connus et importants¹⁶ que ceux identifiés pour l'hydroxychloroquine et qui ont conduit le HCSP ou plutôt son président, M. CHIDIAC à interdire un produit bon marché et parfaitement maîtrisé dans le reste du monde.

* *
*

¹⁶ <https://www.mediterranee-infection.com/actualite-du-traitement/>
https://www.sciencesetavenir.fr/sante/echec-apparent-d-un-essai-clinique-de-l-antiviral-remdesivir-contre-le-covid-19_143754
<http://www.francesoir.fr/societe-sante/remdesivir-l-opinion-de-l-agence-europeenne-du-medicament-met-elle-en-danger-la-sante>
<https://lecourrierdesstrategies.fr/2020/04/08/coronavirus-lessai-clinique-discovery-cherche-t-il-a-favoriser-le-remdesivir-de-gilead/>

Observation n° 3 – SUR L'INCOMPETENCE DU MINISTRE DE LA SANTE POUR PRENDRE UN ARRETE INTERDISANT UN TRAITEMENT OU EN LIMITANT LA POSSIBILITE DE PRESCRIPTION

- 3.1 Prenons acte du fait que l'arrêté n'a pas été pris en application du 9° de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique. Toutefois, nous ne partageons pas l'interprétation de cet article. En effet, la loi prévoit une mise à disposition d'un traitement pour « *éradiquer la covid-19* » mais elle ne permet de restreindre l'accès à un traitement. Ce texte d'exception, dérogatoire au droit commun, doit s'interpréter restrictivement.
- 3.2 Pour M. Charles TOUBOUL, le Premier ministre a renoncé à l'utilisation particulière en décidant de réservation l'hydroxychloroquine aux indications relevant de son AMM, c'est-à-dire hors de toute prise en charge des patients atteints de covid 19.

Dès lors, selon cette analyse, le ministre de la santé retrouvait sa compétence en application de l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique. Ainsi, selon cette interprétation, le ministre de la santé « *peut prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé* ».

Pour M. Charles TOUBOUL, il faut entendre la notion de « *dispositif de santé* » de manière extensive puisque cela couvrirait des « *médicaments non spécifiquement destinés aux personnes atteintes du covid 19* ».

Il a alors beau jeu de s'appuyer sur une série de décisions du juge des référés du Conseil d'Etat qui répète mécaniquement la même formulation.

Pourtant, cette analyse qui pouvait passer dans le cadre d'un référé-*liberté* dans lequel le juge de l'évidence doit statuer dans un délai réduit, ne saurait prospérer devant le juge des référés devant statuer sur une *suspension*.

Car, en prenant le temps, le juge des référés-*suspension* s'affranchira des décisions de son homologue statuant dans le cadre de l'urgence propre à un référé-*liberté*. En effet, le juge du référé-*suspension* peut dépasser le stade de l'évidence et procéder à une analyse approfondie des textes.

Ainsi, le Conseil d'Etat a reconnu cette distinction entre les deux familles de référé : en matière de référé-*liberté*, l'urgence doit se caractériser par une « *situation d'extrême urgence* »¹⁷. Il existe ainsi des affaires constitutives d'une situation d'urgence suffisante pour un référé *suspension* mais pas pour un référé *liberté*¹⁸.

Ainsi, une interprétation textuelle d'un texte dérogatoire au droit commun et qui doit, en tant que tel, s'interpréter restrictivement aboutit à la conclusion inverse de celle de M. Charles TOUBOUL.

¹⁷ CE, 28 février 2003, Commune de Pertuis

¹⁸ CE, 30 mars 2010, Jean-Hugues Matelly

CE, 29 avril 2010, Jean-Hugues Matelly

En effet, l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique vise « *toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé* ».

Par « *dispositif de santé* », il faut comprendre les organes, les services, le personnel de santé mobilisés pour lutter contre la Covid 19.

En aucun cas, le texte ne peut viser une spécialité pharmaceutique.

Pour le comprendre, il suffit de substituer l'expression « *médicament* » à « *dispositif de santé* », le texte devient alors :

« toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du médicament »

Un médicament ne s'organise pas.

Un médicament ne fonctionne pas.

Dès lors, il est impossible de faire dire à ce texte qu'il donne des pouvoirs étendus au ministre de la santé.

En conséquence, le ministre de la santé, seul, ne pouvait pas en application de l'article L. 3131-16 du Code de la santé publique décider de limiter la liberté de prescription des médecins en imposant aux pharmaciens de refuser de délivrer une spécialité prescrite par un médecin.

Observation terminale – VIOLATION DE LA HIERARCHIE DES NORMES : UN ARRETE MINISTERIEL NE PEUT PAS REMETTRE EN CAUSE UN PRINCIPE GENERAL DU DROIT

La lecture de la note de Monsieur Charles TOUBOUL interpelle : elle ne contient aucun développement relatif à une violation évidente de la loi qui permet de caractériser un doute sérieux sur la légalité des actes et décisions contestés.

En effet, il ne fait aucun doute que **la liberté de prescription des médecins constitue un principe général du droit**, consacré par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et même le Conseil constitutionnel. De plus, ce principe général a, *a minima*, rang législatif.

Dès lors, toute remise en cause directe ou indirecte de ce principe n'est possible que par un texte d'un niveau équivalent, c'est-à-dire législatif.

Or, comme **l'arrêté ministériel attaqué n'a pas été pris en application du 9° de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique** (cf. § 3.1 et 3.2, *supra*) – ce qui aurait donné un rang législatif à l'acte réglementaire émanant du Premier ministre en application de la loi du 11 mai 2020, force est de constater que **l'arrêté est un simple acte administratif qui n'a ni la valeur d'une loi ni la valeur d'un décret**.

Pour mémoire, citons, par exemple, le manuel édité par Légifrance « Codes, textes législatifs et réglementaires »¹⁹ qui précise, pages 29 et 30, que

Dans la hiérarchie des normes, les décrets et arrêtés doivent respecter les normes constitutionnelles et législatives. Ils sont **donc inférieurs à la Constitution, aux lois et aux ordonnances**. Les décrets et arrêtés ont pour objet soit de disposer dans des domaines non réservés au législateur, soit de développer les règles posées par une loi en vue d'en assurer son application.

Un décret est un acte administratif de portée générale ou individuelle pris par le président de la République ou le Premier ministre ou, parfois, contresigné par un ou plusieurs ministres. C'est une décision qui émane du pouvoir exécutif.

Un arrêté est un acte administratif unilatéral pris : en exécution d'une loi ou d'un décret ; en vertu du pouvoir d'une autorité administrative décisionnaire (ministre, préfet, maire par exemple). Comme le décret, la portée d'un arrêté est variable, il peut être : réglementaire (exemple : un arrêté municipal qui interdit le stationnement dans une rue) ; individuel (exemple : nomination d'un fonctionnaire).

Dans la hiérarchie des normes, l'arrêté est inférieur au décret.

Ainsi, le ministre des solidarités et de la santé ne peut pas **remettre en cause, par un simple arrêté, un principe général du droit de rang législatif.**

Pour toutes ces raisons et celles contenues dans le mémoire introductif, le juge des référés constatera l'existence de doutes sérieux sur la légalité des actes et décisions contestés et, en conséquence, suspendra immédiatement les textes attaqués.

Veillez croire, Monsieur le président, en l'expression de mes sentiments dévoués



Christophe Lèguevaques
Avocat au barreau de Paris
Docteur en droit

¹⁹ https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Aide/tutoriels/tutoriel_codes_textes_8_06_2015