

N° 311772
Société Laboratoire
Addmélica

N° 322784
Société GlaxoSmithKline
Biologicals
Société Laboratoire
Glaxosmithkline

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 11 septembre 2009
Lecture du 12 octobre 2009

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

Les deux affaires qui viennent d'être appelées vous permettront de répondre à quelques questions délicates relatives à la portée des avis consultatifs et à l'impact de leur publication.

I. Le Laboratoire Addmélica produit le médicament dénommé Siklos dont le principe actif, l'hydroxycarbamise, est indiqué pour le traitement de la drépanocytose, maladie génétique rare qui affecte la forme et le fonctionnement des globules rouges. Le Siklos a obtenu une autorisation de mise sur le marché (AMM) communautaire en 2007.

Addmélica a demandé l'inscription du Siklos sur la liste des médicaments remboursables prévue par l'article L. 162-17 du CSS. En application de l'article R. 163-4 du même code, cette inscription est prononcée après avis d'une commission constituée au sein de la Haute autorité de santé et dénommée commission de la transparence. Cette commission a rendu le 7 novembre 2007 un avis attribuant au Siklos une amélioration du service médical rendu de niveau IV, c'est-à-dire « mineure », et recommandant son inscription sur la liste.

La Société Addmélica conteste cet avis.

Toutefois Mais vous devrez rejeter ce recours comme irrecevable, car en vertu d'une jurisprudence constante, les avis de la commission de la transparence, qui ne sont qu'une étape de la procédure d'inscription sur la liste des spécialités remboursables, sont dénués en eux-mêmes d'effet juridique et ne constituent pas des décisions susceptibles de recours : 6 octobre 2000, Sté Novartis Pharma, n° 210733, T. sur ce point ; 16 février 2001, Sté Solvay Pharmacie, n° 216635, T. sur ce point ; 21 juin 2006, Sté Laboratoires Gènevrier, n° 284581.

La Société essaie de vous convaincre que cette jurisprudence n'est plus pertinente mais les arguments qu'elle avance à cette fin ne nous convainquent pas.

Elle prend tout d'abord appui sur le fait que l'article L. 161-37 du CSS, qui dans sa rédaction issue de la loi du 13 août 2004 énumère les attributions de la HAS, désigne les actes pris par cette autorité, au sein de laquelle siège la commission de la transparence, comme des « décisions et communications », ce qui tendrait à conférer aux avis rendus par la commission la qualité de « décisions ». Mais le même article indique bien que la HAS rend des « avis » sur le service rendu des produits de santé, et la loi du 13 août 2004 n'a dans aucune de ces dispositions remis en cause la nature purement consultative des avis de la commission de la transparence.

La société soutient que les avis de la commission de la transparence ont un impact significatif sur des actes ou décisions postérieurs, mais les conséquences ainsi mises en avant, pour la plupart déjà prévues dans les états antérieurs de la législation, n'ont jamais conduit à reconnaître à ces avis le caractère de décision. Ainsi le fait que les avis soient communiqués aux médecins et puissent les influencer dans leur pratique ne suffit pas à entraîner pas une telle requalification : 13 juin 2004, Société Labo Negama Lerads, n° 257838. Le fait que ces avis puissent influencer le Comité économique des produits de santé (CEPS) lors de la procédure ultérieure de fixation du prix des médicaments pas davantage, les deux procédures étant en tout état de cause distinctes et étanches : 30 mars 2005, Sté Labo Servier, n° 255751.

Il est surtout soutenu que l'avis de la commission de la transparence aurait, depuis l'intervention de la LFSS pour 2003 (loi 2002-1487 du 20 décembre 2002), un effet juridique propre en ce que la reconnaissance d'une ASMR d'un certain niveau permettrait aux entreprises de bénéficier d'une procédure accélérée d'inscription sur la liste des médicaments remboursables. Les textes ont bien le sens ainsi indiqué par la requérante : l'article L. 162-17-6 du CSS prévoit que lorsqu'un médicament présente, par son ASMR, « un intérêt particulier pour la santé publique », il peut bénéficier d'une procédure d'inscription accélérée sur la liste ; la loi prévoit que les modalités d'application de ces dispositions sont fixées par un accord conclu entre le Comité économique des produits de santé (CEPS) et les syndicats professionnels, ou à défaut par un décret en Conseil d'Etat. Un accord a été conclu le 13 juin 2003, complété ensuite par divers avenants, et l'article 4 de cet accord prévoyait à la date de l'avis litigieux que les médicaments dont l'ASMR était évaluée à un niveau entre I et III par la commission de la transparence pouvaient bénéficier d'une procédure accélérée dite « de dépôt de prix » ; selon cette procédure, lorsque l'entreprise a proposé un prix et que le CEPS a conservé le silence pendant deux semaines franches sur le prix ainsi proposé, ce prix est accepté, et l'inscription sur la liste et l'arrêté de prix interviennent dans les meilleurs délais. La reconnaissance d'une ASMR de niveau I à III permet donc au fabricant de bénéficier d'une procédure d'autorisation tacite pour l'inscription sur la liste et la fixation du prix.

Il n'est pas niable que ces dispositions donnent un certain impact à la fixation du niveau d'ASMR par la commission. Mais nous ne pensons pas que cela suffise à conférer aux avis en cause le caractère de décision faisant grief.

Votre jurisprudence pose en effet des conditions particulièrement strictes à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un avis. Le principe de base est que les simples avis, dénués de portée juridique, et considérés par le Président Odent dans son cours comme des mesures préparatoires (p. 987), sont toujours insusceptibles de recours (ex. Section, 6 juillet 1955, Bayens, p. 389 ; 26 février 1988, Mlle M..., n°48718 T. p. 942). En outre, la circonstance qu'un avis ait un effet juridique ne suffit pas pour qu'il puisse être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir : ainsi un avis conforme, qui lie pourtant l'autorité quant au contenu de la décision à prendre, ne peut pas davantage être contesté : S., 6

mars 1964, Cie l'Union, p. 162 ; 1^{er} octobre 1971, sieur R..., n°80854 p. 579. Cette jurisprudence trouve sa contrepartie dans le fait qu'il est toujours possible, à l'occasion de la contestation de la décision qui fait suite à un avis, d'exciper de l'illégalité de cet avis ; ceci est possible lorsqu'une décision favorable fait suite à un avis favorable (7 novembre 1980, ministre de l'Environnement c/SCI Alvarado, n° 15459, au Recueil) ou en sens inverse lorsqu'une décision de refus a fait suite à un avis défavorable (29 janvier 1971, SCI « La charmille de Montsout », p. 86). La raison de cette jurisprudence est simple : elle vise à éviter que les requérants contestent les étapes intermédiaires de la procédure administrative, et n'ouvre le recours contentieux qu'à la seule étape vraiment utile, celle de la décision finale. Pour autant l'avis n'est pas incontestable car il peut être mis en cause à l'occasion du recours contre la décision finale.

Cette logique explique qu'un recours dirigés contre un avis devient recevable lorsque cet avis fait obstacle à l'édition d'une décision. Il en va ainsi, tout d'abord, lorsque l'avis a pour effet d'empêcher la naissance d'une décision administrative. Dans cette situation, le recours final n'étant pas possible, c'est au stade de l'avis lui-même que la contestation contentieuse pourra être formée. C'est le cas lorsqu'un refus de proposition fait obstacle à la prise d'une décision : Assemblée, 29 janvier 1954, Boivin-Champeaux et autres, p. 66 ; ou, en matière de fonction publique, lorsque l'avis défavorable d'une commission fait obstacle à une nomination : 23 mars 1994, F..., n° 104420, au Recueil ; 29 novembre 1999, Mlle R..., n° 201979, aux Tables : dans cette hypothèse, il ne reste plus à l'agent dont la nomination est bloquée qu'à contester cet avis.

Seconde hypothèse où le recours contre un avis est ouvert, qui nous amène à tempérer ce que nous avons dit plus haut à propos de l'irrecevabilité des recours contre les avis conformes : vous jugez qu'au cours des procédures faisant intervenir un tel avis, l'autorité administrative dont la compétence est ainsi liée est recevable à contester l'avis conforme avec lequel elle est en désaccord : ainsi, en matière disciplinaire, le fait que l'autorité administrative ne puisse prononcer une peine plus sévère que celle retenue par le conseil de discipline de recours la rend recevable à contester cet avis : 23 avril 1969, ville de Toulouse c/ sieur P..., n°69476 p. 218 ; ou encore, dans le cadre d'une procédure d'avis conforme plus traditionnelle : recevabilité du recours du préfet contre l'avis favorable de la commission du séjour des étrangers qui l'oblige à délivrer un titre de séjour : 22 janvier 1993, M..., n° 126115, T. sous une autre rubrique.

Cette dernière jurisprudence paraît créer un déséquilibre entre l'administration, qui peut contester l'avis conforme, et l'usager, qui ne le peut pas, mais ce déséquilibre n'est qu'optique : dans le cas de l'usager, ce qui compte est la décision finale prise par l'administration, qu'il pourra toujours contester en se fondant sur l'illégalité de l'avis ; l'administration, en revanche, qui ne pourrait contester sa propre décision prise sur avis conforme, est fort démunie si elle privilégie une solution différente à celle préconisée par l'avis ; elle peut choisir de passer outre à l'avis conforme, ce qui est légal si l'avis est illégal (ex. Assemblée, 26 octobre 2001, E..., n° 216471, au Recueil), mais est indéniablement facteur de désordre. Aussi est-il administrativement et juridiquement plus salutaire de lui permettre de contester cet avis. De cette façon, chaque partie prenante peut, au stade le plus décisif pour elle, remettre en cause l'avis rendu.

La recevabilité du recours contre les avis est donc retenue dans deux cas : lorsqu'ils font obstacle à la naissance d'une décision, ou lorsqu'ils lient l'autorité administrative quant au contenu de la décision à prendre – seule cette dernière pouvant les contester dans ce cas.

Au regard de ces principes, il paraît difficile de considérer que l'avis de la commission de la transparence puisse faire l'objet d'une contestation. En effet la fixation de l'ASMR par cette commission à un niveau supérieur à IV n'a pas pour effet d'empêcher la poursuite de la procédure administrative, et elle ne lie nullement l'autorité compétente quant à l'inscription sur la liste des spécialités remboursables ou la fixation du prix. Elle ouvre seulement à l'entreprise qui commercialise le produit la possibilité de bénéficier d'une procédure abrégée de fixation du prix et d'inscription. Cela peut lui apporter un avantage en termes de rapidité, mais nullement en termes de contenu de la décision finale. Compte tenu des principes particulièrement exigeants posés par la jurisprudence pour admettre la recevabilité des recours contre les avis, et en l'absence de jurisprudence portant sur des situations analogues, nous ne pensons pas que le simple avantage de procédure que peut apporter l'avis suffise à ouvrir le recours dans ce cas.

Par ailleurs, au plan pratique, nous ne pensons pas que l'ouverture d'un tel recours présenterait un quelconque intérêt. Notons d'abord que l'art. R. 163-16 prévoit expressément la possibilité pour une entreprise pharmaceutique de former un recours gracieux devant la commission de la transparence contre l'avis rendu par celle-ci. Ceci permet déjà à l'entreprise d'obtenir éventuellement une réévaluation de l'ASMR. Constatons ensuite que si la procédure abrégée permet d'obtenir une décision d'inscription et de prix dans les deux semaines qui suivent le prononcé de l'avis, la procédure d'inscription dans son ensemble, à compter du dépôt initial du dossier, est enserrée par l'art. R. 163-9 dans un délai de 180 jours soit environ six mois. Or si l'on permettait à l'entreprise de former un recours contre l'avis de la commission de la transparence, les délais inhérents à la procédure contentieuse empêcheraient en tout état de cause le juge de statuer sur cet avis avant l'expiration du délai de droit commun de 180 jours – la condition d'urgence permettant d'obtenir le cas échéant une décision de suspension sur le fondement de l'art. L. 521-1 du CJA ne nous paraissant, en outre, pas constituée dans de tels litiges. En bref, la procédure d'inscription aboutira plus rapidement si l'on ne permet pas le recours contre l'avis que si on ouvrait une telle possibilité. Ceci achève de lever tout scrupule à cet égard.

Il est enfin soutenu que l'impossibilité de contester l'avis de la commission de la transparence porterait atteinte au droit au recours. Le requérant soutient ainsi que l'irrecevabilité du recours contre l'avis place le fabricant dans un piège insoluble. Lorsque le produit a été inscrit sur la liste des produits remboursables, le fabricant n'a en effet aucun intérêt à contester cette décision d'inscription dans le seul but de remettre en cause l'avis de la commission de la transparence ; or, dit-il, il peut avoir intérêt à contester cet avis dès lors que celui-ci est publié, et qu'il sert en pratique de référence à de nombreux acteurs du système de santé ou lors de la fixation du prix par le CEPS. Ouvrir le recours contre l'avis serait donc la seule possibilité de contrer les effets préjudiciables que sa publication peut avoir. Mais sauf dans certains contextes très particuliers, sur lesquels nous reviendrons à propos de la seconde affaire, la circonstance qu'un avis soit publié ne suffit pas à lui conférer le caractère d'acte faisant grief ; comme nous le verrons, seule la décision de publication peut être dans certaines circonstances contestée, sans d'ailleurs qu'à cette occasion le contenu de l'avis publié puisse être lui-même mis en cause : 16 janvier 2006, Fédération du crédit mutuel du centre est Europe, n° 274721, B.

Nous vous proposons donc de rejeter la requête comme irrecevable. Par voie de conséquence, l'intervention de la Fédération des malades drépanocytaires et thalassémiques, qui en tant qu'association regroupant des personnes frappées par l'affection en cause justifierait d'un intérêt à l'annulation de l'avis attaqué, devra être également rejetée comme

irrecevable (ex. Assemblée, 7 juillet 1950, secrétaire d'Etat à la présidence du conseil, p. 427).

Si vous ne nous suiviez pas sur la question de la recevabilité, vous devriez écarter les moyens soulevés par la requérante. Ces moyens sont les suivants. Tout d'abord la commission a, pour procéder à l'évaluation du SMR, comparé les performances de Siklos à celles d'un autre médicament, Hydrea, dont l'AMM ne mentionne pas comme indication le traitement de la drépanocytose ; mais ceci ne nous paraît pas rendre pas l'avis de la commission illégal, car il est constant que les deux médicaments contiennent le même principe actif et que dans les faits, Hydréa est utilisé pour le traitement de cette maladie en dehors des indications prévues par son AMM, ainsi que cela est permis par l'art. L. 162-17-2-1 du CSS. En outre, contrairement à ce qui est soutenu, avoir pris cet élément de comparaison n'est pas contraire au droit d'exclusivité commerciale reconnu à Siklos par l'AMM communautaire qui lui a été délivrée, car l'avis de la commission de la transparence se borne à estimer que Hydréa est plus efficace que Siklos, mais n'a en lui-même pas pour effet de permettre à Hydréa de le concurrencer. Il est ensuite soutenu qu'en mentionnant le nom d'Hydréa dans son avis la commission aurait méconnu le principe d'impartialité, mais celui-ci n'interdit pas de mentionner dans les avis de la commission le nom des médicaments concurrents. Enfin, en se référant à des recommandations de bonnes pratiques établies en 2005 par la HAS pour le traitement de la drépanocytose, la commission ne paraît pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation.

II. La seconde affaire a trait à un avis rendu cette fois-ci par le collège de la Haute autorité de santé (HAS) à propos d'un vaccin dénommé Cervarix, commercialisé par la Société GlaxoSmithKline et destiné à lutter contre les papillomavirus, lesquels sont responsables du cancer du col de l'utérus. Glaxo a obtenu pour Cervarix une AMM communautaire le 21 septembre 2007 et a ensuite entamé la procédure d'inscription sur la liste des médicaments remboursables. La commission de la transparence a estimé dans son avis du 5 mars 2008 que Cervarix n'apportait pas d'amélioration du SMR par rapport au vaccin déjà disponible, Gardasil, commercialisé par Sanofi et que le Haut conseil de la santé publique avait jugé plus efficace dans un avis du 14 décembre 2007. La commission de la transparence a toutefois rendu un avis favorable à l'inscription de Cervarix sur la liste des médicaments remboursables. Mais le 17 avril, le collège de la HAS adoptait une recommandation dans laquelle il préconisait aux pouvoirs publics de ne pas inscrire Cervarix sur cette liste. Et le 22 avril, cette recommandation était mise en ligne sur le site internet de la HAS, sur lequel on peut toujours la trouver. Nonobstant cette recommandation, les ministres ont procédé à l'inscription par arrêté du 17 juin 2008.

Glaxo a demandé à la HAS de retirer cette recommandation et de mettre fin à sa publication sur le site internet de la Haute autorité. Par une requête qui est recevable, la société attaque les refus opposés par la HAS à ces deux demandes.

Vous êtes compétents pour connaître de cette requête dirigées contre des décisions administratives prise par le président d'un organe collégial à compétence nationale au nom de celui-ci : ex. 28 juillet 2000, Mme T..., n° 210311, au Recueil.

La Haute autorité de santé oppose une fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité des conclusions dirigées contre le refus de retirer la recommandation. Cette fin de non-recevoir nous semble devoir être accueillie. La recommandation litigieuse a été prise par la HAS dans le cadre des prérogatives consultatives définies à l'art. R. 161-71, 3° du code de la

santé publique, qui permet à cette autorité de formuler de sa propre initiative des avis sur « le bien-fondé et les conditions de remboursement d'un ensemble de soins ou catégories de produits ou prestations ». En l'occurrence, la HAS a fait le point sur la stratégie vaccinale de lutte contre les papillomavirus et estimé qu'un vaccin « quadrivalent » tel que Gardasil était plus efficace qu'un vaccin « bivalent » tel que Cervarix. Il est certes curieux que la HAS ait pris position sur ce sujet au moment où l'un de ses organes, la commission de la transparence, statuait également dessus, mais rien dans les textes ne fait obstacle à l'édition de deux avis concurrents, l'un rendu dans le cadre de la procédure d'inscription, l'autre dans le cadre du pouvoir de recommandation général de la Haute autorité. Or il est de jurisprudence constante qu'une telle recommandation, formulée de façon générale et non impérative, a le caractère d'un simple avis et n'est pas une décision susceptible de recours ; voir par analogie ce que vous avez jugé à propos des avis de la Commission de sécurité des consommateurs : CE, 27 mai 1987, SA Laboratoires Goupil, p. 181 ; des avis à caractère général de la CNIL, 27 septembre 1989, SA Chopin et autres, n° 74548, aux Tables ; ou des recommandations de la Commission des clauses abusives : CE, 16 janvier 2006, Fédération du crédit mutuel du centre Est Europe, n° 274721, aux Tables.

Le refus de retirer un acte insusceptible de recours n'est lui-même pas susceptible de recours : voir p. ex. 22 décembre 1978, Fédération nationale des travaux publics, p. 522, à propos d'un refus de retrait d'une circulaire interprétative, sous l'empire de la jurisprudence Notre Dame du Kreisker. Il en résulte qu'en l'espèce, le refus de retirer la recommandation litigieuse n'est pas susceptible de recours.

Reste à statuer maintenant sur les décisions par lesquelles la HAS a refusé de mettre fin à la publication de cette recommandation sur son site internet.

Vous devez tout d'abord vous interroger sur la recevabilité des conclusions dirigées contre ces décisions. Vous savez que la décision par laquelle l'administration décide de procéder à la publication ou à la diffusion de documents émanant d'un tiers constitue une décision susceptible de recours : Section, 21 octobre 1988, Eglise de scientologie de Paris et autres, n° 68638, au Recueil, à propos de la publication par la Documentation française d'un rapport parlementaire sur les sectes ; 16 janvier 2006, Fédération du Crédit mutuel centre est Europe, n° 274221, aux Tables, à propos de la publication par le ministre de chargé de la Consommation d'une recommandation de la commission des clauses abusives ; 7 août 2007, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, n° 310220, au Recueil, à propos de la référence faite par le site internet de la mission interministérielle sur les sectes à un livre de témoignage publié par un ancien membre des Témoins de Jéhovah.

Mais toute décision de publier un document ou un acte n'est pas nécessairement contestable par la voie du REP. Ainsi, dans un tout autre cas de figure, lorsqu'une autorité administrative inflige une sanction et ordonne à titre complémentaire la publication de cette sanction, un tiers qui est mentionné dans les motifs de la décision ne justifie d'aucun intérêt à demander l'annulation de cette double décision – la raison étant que le dispositif de la décision ne lui fait pas grief : 13 juillet 2006, L..., n° 285081, aux Tables.

La situation dont vous avez à connaître dans la présente affaire est différente de ces précédents. Au cas présent, la HAS a pris un acte insusceptible de recours – un simple avis – et elle a elle-même décidé simultanément de diffuser cet avis. On est plus proche d'un autre précédent du 10 juillet 1987, Fédération nationale des travaux publics, n° 59259, au Recueil, jugeant que la diffusion par l'Etat d'une plaquette d'information à destination des élus locaux

ne constituait pas plus une décision susceptible de recours que ce document lui-même. Dans ce dernier cas, comme ici, l'administration décide de diffuser sa propre production, non un document élaboré par un tiers. Et le rapprochement entre cette décision et la décision Eglise de scientologie précitée pourrait laisser penser que dans le cas où l'administration publie un avis ou des informations émanant d'elle-même, le caractère non-décisoire du contenu contamine la décision de publication, alors que dans l'hypothèse où l'administration publie un document tiers, l'acte qu'elle effectue a une portée propre qui justifie la recevabilité du recours.

Nous avons été tenté un moment de vous proposer de consacrer un tel clivage – et les parties ont été prévenues de ce que vous pourriez éventuellement soulever d'office une telle irrecevabilité à propos de la décision de publication de la HAS. Deux séries de considérations pourraient y pousser. La première, d'ordre juridique, est la différence de nature entre la diffusion d'un document administratif et celle d'un document émanant d'un tiers. Dans le premier cas, le caractère de décision insusceptible de recours de l'acte administratif tient au fait qu'il est sans incidence sur la situation juridique des administrés ; le fait qu'il puisse leur faire grief au sens moral du terme à certains d'entre eux, en comportant des mentions négatives à leur égard, ne permet pas de considérer qu'il fait grief au sens juridique ; or ce raisonnement peut être également suivi à propos de la publication de l'acte : celle-ci, si elle élargit l'audience du document et peut approfondir par conséquent le grief moral causé aux personnes mises en cause, n'a pas plus d'effet juridique sur leur situation que le document lui-même. Or ce raisonnement n'est plus tenable lorsque l'administration publie ou diffuse un document émanant d'un tiers, puisque par définition n'existe dans ce cas aucun acte administratif préalable avec lequel la décision de publication fait corps. L'action de publication est alors un acte isolé, qui permet de légitimer les écrits d'un tiers par « l'onction » de la puissance publique. On pourrait soutenir que cela conduit l'administration à prendre nécessairement parti dans des différends ou des conflits opposant des personnes privées entre elles, ce qui justifie la recevabilité sous l'angle non pas de l'atteinte à la situation juridique mais de l'atteinte à des intérêts publics ou privés.

Le second élément qui nous fait hésiter est que l'on est un peu effrayé à l'idée que toute décision de diffusion d'un document administratif puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Nul ne peut nier que la diffusion des documents administratifs tend à se développer, notamment par voie électronique. Cette évolution participe de la plus grande transparence de l'action administrative et favorise la meilleure information des citoyens. Le législateur a d'ailleurs pris acte de cette situation : si l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que toute personne peut obtenir communication des documents administratifs communicables, il ajoute, dans sa rédaction issue de la loi du 12 avril 2000, que ce droit ne trouve plus à s'exercer lorsque les documents ont fait l'objet d'une « diffusion publique », consacrant ainsi que la diffusion des documents administratifs peut se substituer au droit à communication. Or il ne faut pas se dissimuler que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à de telles décisions de publication et de diffusion permet la contestation de centaines de décisions prises chaque années par l'ensemble des administrations publiques.

Si l'on suivait cette ligne, la seule façon, pour un administré, de réduire l'atteinte à ses intérêts qui résulte d'une publication serait d'engager une action indemnitaire lorsqu'une telle décision a présenté le caractère d'une faute : voir en ce sens Section, 31 mars 2003, ministre de l'Economie c/SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, n° 188833, A, ou, le cas échéant, lorsqu'elle a entraîné pour lui un préjudice anormal et spécial. Mais dans cette hypothèse, la « simple » atteinte non fautive aux intérêts moraux ou économiques ne pourrait

justifier ni la recevabilité du REP, ni une action indemnitaire et resterait donc insusceptible de débat contentieux.

Toutefois il nous semble que votre jurisprudence est déjà trop engagée dans le sens de l'ouverture du REP dans ces situations pour qu'une telle solution d'irrecevabilité soit possible.

D'abord parce que votre jurisprudence Eglise de scientologie n'a pas fondé la recevabilité du recours sur l'atteinte aux situations juridiques, mais sur l'atteinte qu'une décision de publication peut porter aux intérêts des personnes concernées. Ceci n'est pas tout à fait conforme à l'orthodoxie, qui voudrait que l'on examine d'abord si la décision fait grief, c'est-à-dire si elle a un impact sur les situations juridiques, avec de déterminer si ceux qui la contestent ont intérêt à ce faire, c'est-à-dire si elle porte atteinte à leurs intérêts. Mais c'est la jurisprudence. Or de ce point de vue il n'existe aucune distinction entre la publication d'un document émanant d'un tiers et celle d'un document administratif : les deux types de documents peuvent contenir des appréciations ou jugements de valeur dont la diffusion vers un large public est susceptible de nuire aux intérêts des personnes physiques ou morales concernées. Et d'une certaine façon, un document administratif, a priori plus susceptible d'être perçu comme neutre et fiable qu'un document privé, est susceptible de produire davantage d'effets de ce type.

C'est pourquoi votre jurisprudence s'est déjà orientée dans le sens selon lequel la publication de documents administratifs est en elle-même, eu égard aux intérêts auxquels elle peut attenter, de nature à rendre un recours recevable. Vous jugez ainsi que lorsque des documents administratifs d'ordre interne, et donc en tant que tels insusceptibles de recours¹, sont publiés par erreur, cela rend recevable le recours à leur égard : Assemblée, 13 février 1976, n°97197, D... au Recueil, à propos de fichiers de police ; S., 12 février 1993, Mme G..., n° 83814, au Recueil, à propos d'un rapport provisoire de la Cour des comptes. Dans une décision du 6 octobre 2000, Assemblée, Promouvoir, n° 216901, au Recueil, vous avez rejeté au fond, sans vous prononcer sur sa recevabilité, une requête contestant une décision ministérielle d'organiser une campagne d'information dans les établissements scolaires sur la contraception ; et dans ses conclusions S. Boissard soulignait qu'à son avis une telle requête était recevable dans la lignée de la jurisprudence Eglise de scientologie. De façon plus appuyée, lorsque, par la décision L... (n°285147 précitée du 13 juillet 2006), vous avez écarté les conclusions dirigées ensemble contre une sanction et sa publication, vous avez ajouté qu'il était loisible dans un tel cas au tiers mentionné dans la décision « de demander à l'administration de ne pas publier ou rendre anonymes les passages le concernant et, le cas échéant, de former un recours contre le refus qui lui aurait été opposé ». Cette décision s'approprie pleinement la logique de la décision Eglise de scientologie : elle signifie qu'alors même que l'acte administratif en cause ne fait pas grief au requérant, celui-ci peut demander la cessation de la publication des passages de cet acte qui le concernent, en raison de l'atteinte à ses intérêts qui résulte de cette publication.

Compte tenu de ces éléments, nous voyons difficilement comment vous pourriez traiter différemment la publication d'un document administratif et celle d'un document émanant d'un tiers. Nous vous proposons donc de regarder sur ce point la requête comme recevable.

Mais comme l'ont toutefois précisé les précédents Eglise de scientologie et Fédération du Crédit mutuel centre est Europe, la contestation d'une telle décision ne saurait

¹ Ex. 6 mai 1988, C..., n° 65630, aux tables à propos d'un rapport d'inspection.

permettre de contester le contenu de l'acte non décisoire qui est publié. Tous les moyens relatifs à la légalité de cet acte sont donc inopérants. En outre, les mêmes décisions précisent que le juge ne peut contrôler l'opportunité de la décision de publier. Seuls les moyens relatifs aux effets de la publication peuvent être soulevés. Ce peuvent être des moyens d'illégalité externe, si l'administration n'a pas respecté les règles relatives à la diffusion des documents ; d'erreur de fait, si l'administration a p. ex. publié un autre document que celui qu'elle indique ou commis des erreurs dans sa retranscription ; et de façon plus délicate, il appartient également au juge de vérifier si l'acte de publication n'a pas, eu égard au contenu du document et de la façon dont il est diffusé, une portée diffamatoire (sur la possibilité de censurer des décisions administratives ayant une portée diffamatoire : voir les décisions D..., n°97197 du 13 février 1976 et G..., n° 83814 12 février 1993 précitées) ; enfin, la décision de publication doit également, comme toute décision administrative, respecter les conventions internationales, les lois et les principes généraux du droit ; il en résulte notamment que la décision de publication ne doit pas porter d'atteinte injustifiée à la liberté de conscience et de culte, à la neutralité du service public et au principe de laïcité (voir en ce sens la décision Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah, n° 310220 précitée). De telles appréciations obligent nécessairement le juge à tenir compte du contenu du document publié : il devra, c'est l'aspect délicat, examiner si la publication de ce contenu ne méconnaît pas les principes précités, sans statuer sur la légalité de ce document en lui-même.

Jugées à cette aune, les moyens de la société Glaxo sont les suivants.

Il est tout d'abord soutenu que la décision de publier la recommandation et le refus de cesser cette publication émaneraient d'une autorité incompétente, car elles auraient été prise par le Président de la HAS alors que celui-ci ne dispose d'aucun pouvoir propre et que seul le collège de la Haute autorité serait habilité à prendre de telles décisions. Ce moyen doit être écarté car, d'une part, il ressort du dossier que toutes les recommandations de la Has font l'objet d'une diffusion, ce qui révèle bien une décision de principe prise par le collège de cette autorité de procéder à cette diffusion ; d'autre part, il est de jurisprudence constante que le refus opposé par le président d'un organisme collégial à la demande tendant au retrait d'une décision de cet organisme est regardé comme émanant du collège lui-même : voir en ce sens la décision Mme T... (28 juillet 2000, n° 210311, au Recueil) ou encore 30 juin 2006, Sté Neuf Télécom, n° 289564, au Recueil.

Il est ensuite soutenu que la recommandation publiée serait entachée d'incompétence, d'erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation mais ces moyens, qui sont relatifs à la légalité de la recommandation elle-même, doivent, comme nous l'avons indiqué, être écartés comme inopérants.

Il est ensuite soutenu que la publication de la recommandation porterait atteinte au principe d'égalité ainsi qu'à la libre concurrence. Le raisonnement de Glaxo consiste à dire qu'en publiant une recommandation qui fait état d'une plus grande efficacité du médicament concurrent du Cervarix, le Gardasil, et invite en conséquence les pouvoirs publics à ne pas inscrire Cervarix sur la liste des médicaments remboursables, la HAS, dont les recommandations sont lues et consultées par les professionnels de santé, avantagerait nécessairement le concurrent du Cervarix. Cet argument n'est sans doute pas erroné en fait. Mais toute atteinte à l'égalité ou à la concurrence n'est pas nécessairement illégale : une telle atteinte peut en effet être justifiée par des considérations d'intérêt général et l'important est qu'elle soit alors proportionnée au motif d'intérêt général qui a guidé l'administration (voir s'agissant du principe d'égalité : Section, 18 décembre 2002, Mme D..., n° 233618, au

Recueil ; s'agissant de l'atteinte à la concurrence : Avis, Section, 22 novembre 2000, Sté L et P publicité, n° 223645, au Recueil). En l'espèce, l'impact concurrentiel de la publication de la recommandation nous paraît justifié par les motifs de santé publique qui ont mu la HAS : il ressort du dossier que le vaccin « quadrivalent » Gardasil est d'une efficacité supérieure dans la prévention du papillomavirus au vaccin « bivalent » Cervarix, de sorte qu'en rendant publique sa préconisation, la HAS a donné des indications précieuses aux médecins pour le meilleur traitement des patientes.

Il est ensuite soutenu qu'aucun texte n'habilitait la HAS à publier la recommandation litigieuse. Ce moyen doit être écarté en vertu de la règle générale de transparence posée à l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1978, qui oblige les administrations à publier certains documents, et qui prévoit en outre qu'elles peuvent rendre publics tous les autres documents qu'elles élaborent ou détiennent. Toute administration est habilitée, sur ce fondement, à rendre public tout document qu'elle détient dès lors que celui-ci est communicable, ce qui est le cas de la recommandation de la HAS.

Il est enfin soutenu que le président de la HAS aurait estimé à tort qu'il était tenu par la loi du 17 juillet 1978 de publier la recommandation, et qu'en s'estimant ainsi lié, alors que la recommandation ne fait pas partie des documents dont la diffusion est obligatoire, il aurait commis une illégalité. Mais ce moyen manque en fait, car dans sa réponse au recours gracieux de la Société Glaxo, le Président de la HAS, s'il a rappelé les obligations de diffusion qui résulte de la loi de 1978 pour certains documents, a clairement indiqué que la diffusion de toutes les recommandations de la Haute autorité correspondait à une politique générale de transparence poursuivie volontairement par celle-ci.

Tous les moyens soulevés dans cette seconde requête doivent donc être écartés.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet des deux requêtes et à ce que dans la seconde affaire la somme de 3 000 euros soit mise solidairement à la charge des sociétés requérantes.