

N° 334636

M. S...

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 8 septembre 2010

Lecture du 22 septembre 2010

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

M. S... est pharmacien de profession et il tente depuis plus de dix ans d'ouvrir une officine à Caudebec-les-Elbeuf en Seine-Maritime. Après avoir essuyé deux refus, il a présenté une troisième demande en 1997, et a contesté devant le TA de Rouen le nouveau refus que lui a opposé le préfet. Par un jugement du 30 juin 1999, le tribunal a fait droit à sa demande. Ce jugement est devenu définitif.

A la suite de l'annulation prononcée par le TA, le préfet a statué à nouveau, le 4 mai 2000, sur la demande de M. S... . Mais entre-temps était intervenue la loi CMU du 27 juillet 1999, dont l'art. 65 avait largement modifié, dans un sens plus restrictif, le droit applicable aux autorisations d'ouverture d'officine. Sur la base du nouveau texte, le préfet a rejeté une quatrième fois la demande de M. S... .

Celui-ci a saisi à nouveau le TA de Rouen, qui par un jugement du 12 décembre 2003 lui a à nouveau donné raison en annulant le refus préfectoral. Mais le ministre a fait appel de ce jugement et par un arrêt du 20 octobre 2005, la CAA de Douai a annulé le jugement et estimé que le préfet avait pu valablement opposer un refus à M. S... sur la base des dispositions issues de la loi du 27 juillet 1999. Cet arrêt est devenu définitif.

Entre le jugement de 2003 qui avait annulé le quatrième refus préfectoral, et l'arrêt de 2005 qui a censuré ce jugement, le préfet avait pris le 10 mars 2004, au visa du jugement du TA, une décision accordant à M. S... l'autorisation demandée. Mais après l'arrêt de la cour, le 20 juillet 2006, le préfet a abrogé cette décision et pris une nouvelle décision de refus.

C'est ici que s'ouvre l'instance qui aboutit aujourd'hui devant vous. M. S... a contesté cet arrêté abrogatif du 20 juillet 2006 devant le TA et la CAA qui ont tous deux rejeté son recours. Il se pourvoit régulièrement en cassation. Et il soulève dans le cadre de ce pourvoi une question prioritaire de constitutionnalité.

Cette question est relative à la constitutionnalité des dispositions transitoires de l'art. 65 de la loi du 27 juillet 1999. Le IV de cet article dispose que dans les communes de plus de 2 500 habitants, le nouveau régime plus restrictif issu de cette loi est applicable à compter de la publication du décret d'application de la loi. Cette publication est intervenue le 23 mars 2000. Le même paragraphe précise que dans l'intervalle, aucune création ni aucun transfert ne peuvent être accordés sur la base du droit restant temporairement en vigueur, « à

l'exception », est-il ajouté, « des transferts sollicités en raison d'une expropriation et des créations ou transferts sollicités à la suite ou dans le cadre d'une décision de justice ».

Par rapport à la situation habituelle, qui voit subsister les dispositions existantes jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le IV de l'art 65 a donc restreint le maintien en vigueur des dispositions anciennes aux situations dans lesquelles le préfet doit statuer à la suite d'une expropriation ou d'une décision de justice.

Mais ce maintien en vigueur partiel a pris fin avec l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires d'application de la loi : à compter de cette date, les décisions préfectorales devaient être prises sur la base du nouveau texte, même si elles faisaient suite à une décision de justice rendue sous l'ancien état du droit : vous l'avez très expressément jugé par une décision du 18 juin 2007 M. A..., n° 284415. Ce faisant vous n'avez fait que rappeler un principe bien établi : l'administration qui doit statuer à nouveau sur une demande à la suite d'une annulation contentieuse doit, en cas de changement des circonstances de droit, prendre sa décision sur la base des nouvelles dispositions et non des anciennes : S., 8 mars 1963, P..., n°54327p. 145 ; S., 10 avril 1964, Clinique du Châblais, p. 215.

Dans l'arrêt qui est contesté devant vous, la cour a fait application de ces principes, même si c'est au prix d'une rédaction un peu maladroite. Après avoir rappelé les termes de la loi, elle a jugé que les dispositions maintenues en vigueur ne s'appliquaient qu'aux décisions prises à la suite de décisions de justice intervenues avant le 23 mars 2000, date de publication des dispositions réglementaires d'application de l'art. 65 ; constatant qu'en l'espèce le préfet avait statué à la suite d'un jugement du 12 décembre 2003, elle en a déduit que ces dispositions n'étaient pas applicables à sa décision. Ce que la cour aurait dû dire plus exactement, c'est que les dispositions maintenues en vigueur n'étaient applicables qu'aux décisions préfectorales prises avant le 23 mars 2000 ; mais cette petite maladresse est sans incidence : une décision prise à la suite d'un jugement postérieur au 23 mars 2000 est elle-même, par construction, postérieure à cette date, et elle ne pouvait donc, comme l'a jugé la cour, être prise sur la base des anciennes dispositions.

La question de constitutionnalité posée est la suivante : M. S... soutient qu'en maintenant les dispositions anciennes à l'égard des seules décisions consécutives à une décision de justice prises antérieurement au 31 mars 2000, et en excluant que ces dispositions soient aussi applicables aux décisions de même nature prises postérieurement au 31 mars 2000, le législateur aurait méconnu les principes constitutionnels d'égalité et de non-rétroactivité de la loi.

Pour l'examen de la question de constitutionnalité, il faut tout d'abord se demander si les dispositions dont l'inconstitutionnalité est invoquée sont applicables au litige. On peut hésiter sur ce point car ce que conteste M. S..., ce n'est pas qu'on lui ait appliqué le IV de l'art. 65 de la loi, mais au contraire qu'il ait été privé du bénéfice de ces dispositions en raison d'un champ d'application dans le temps trop restrictif. Mais vous avez jugé que lorsque, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, le requérant soutient qu'une loi porte atteinte au principe d'égalité parce qu'elle ne s'applique pas à sa situation, cette loi doit être regardée comme « applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 » : 14 avril 2010, Mme L..., n° 336753, au Recueil. Vous devrez donc faire de même ici

Les dispositions de l'art. 65 de la loi du 27 juillet 1999 n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution lors de l'examen de la loi CMU par le Conseil constitutionnel (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999). La condition posée au 2° de l'art. 23-2 de l'ordonnance est donc satisfaite.

La question de la conformité d'une loi au principe de non-rétroactivité ou au principe d'égalité n'est pas nouvelle. Reste à déterminer si ces questions ont un caractère sérieux.

Sur la question de la rétroactivité, vous n'aurez pas à vous demander si la loi litigieuse respecte la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel sur la question de la rétroactivité des lois non répressives, car il nous semble que les dispositions en cause de l'art. 65 de la loi CMU n'ont en tout état de cause aucun caractère rétroactif. Contrairement à ce que soutient le requérant, le nouveau régime défini par cet article ne s'applique pas aux situations constituées avant son entrée en vigueur. En matière d'autorisation d'officine en effet, l'administration prend sa décision au vu des éléments de fait et de droit à la date de cette décision ; c'est donc la décision administrative elle-même qui cristallise la situation juridique du demandeur. En décidant que le nouveau régime s'appliquerait aux décisions prises après la publication des dispositions réglementaires d'application de la loi, le législateur n'a donc nullement régi les situations constituées avant l'intervention de ladite loi ; et en prévoyant que durant la période séparant la publication de la loi et celle des règlements serait instauré un gel des autorisations, auquel il serait dérogé dans deux cas particuliers, il n'a pas davantage régi les situations passées.

Pour faire droit au raisonnement du requérant, il vous faudrait juger que l'annulation, avant l'intervention de la loi, d'une décision de refus d'autorisation aurait pour effet de créer des droits acquis dans le chef du demandeur. Dans cette optique, l'application de la loi nouvelle à la décision qui fait suite à l'annulation, reviendrait à remettre en cause les droits acquis à la suite d'une décision de justice. Or la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle affirme depuis longtemps qu'en dehors du droit répressif, le principe de non-rétroactivité de la loi n'a pas valeur constitutionnelle (déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980), affirme non moins clairement qu'une loi même non répressive ne peut rétroactivement « porter atteinte aux droits nés de décisions de justice passées en force de chose jugée » (ex. déc. n° 86-223 du 29 décembre 1986, ainsi que les nombreuses décisions rendues à propos de lois de validation). Si l'on considérait qu'une annulation contentieuse est de nature à créer de tels droits, cela reviendrait finalement à reconnaître au demandeur un droit à ce que la nouvelle décision à venir soit prise sur la base des dispositions qui avaient conduit à l'annulation.

Mais une telle lecture est contraire à la jurisprudence. Il est de jurisprudence constante qu'une décision d'annulation, même passée en force de chose jugée, n'a pas pour effet de créer un droit au maintien des dispositions applicables. Cela résulte très nettement des précédents de Section P... (n°54327p. 145) et clinique du Châblais précités, et dans le domaine ici en cause, vous avez très expressément rejeté un argument en sens dans votre décision A... (n° 284415, précitée). Un tel maintien du droit applicable ne peut résulter que d'un texte exprès, comme cela est prévu p. ex. en matière d'autorisations d'urbanisme par l'art. L. 600-2 du code de l'urbanisme.

Cette situation ne nous paraît pas choquante, même au prisme de la sécurité juridique à laquelle M. S... fait furtivement allusion dans sa requête. Le demandeur dispose en effet dans un tel cas d'outils qui lui permettent de préserver les bénéfices qu'il retire de l'annulation. En premier lieu, si la matière dans laquelle le juge intervient obéit à un régime de plein contentieux objectif, l'annulation d'une décision de refus pour cause d'application erronée de la loi conduira dans le même mouvement le juge à attribuer au demandeur l'avantage qu'il sollicite ; ce dernier n'a alors pas à craindre qu'une nouvelle décision administrative ultérieure lui soit défavorable en raison de l'intervention d'un nouveau texte¹. Si, comme dans la présente affaire, la décision est soumise à un contrôle de l'excès de pouvoir, le demandeur peut chercher à conserver, après l'annulation qu'il a obtenue, le bénéfice du droit applicable en demandant au juge de prononcer une injonction pour que l'administration prenne à délai rapproché une nouvelle décision sur la base de ce droit. De la sorte, il pourra se prémunir contre les effets combinés d'un changement de l'état du droit et de la lenteur que mettrait l'administration à statuer à nouveau sur sa demande.

En l'occurrence d'ailleurs, M. S... a demandé et obtenu une telle injonction, mais il l'a fait sous l'empire des nouvelles dispositions issues de la loi de 1999, et c'était trop tard car le nouveau texte plus restrictif ne lui permettait plus d'obtenir l'autorisation qu'il demandait. Ce que M. S... aurait dû faire, c'est demander une injonction à la suite de la première annulation, prononcée sous l'empire des anciennes dispositions. S'il avait sollicité une injonction à ce moment-là, il aurait peut-être pu bénéficier d'une autorisation sous l'empire de l'ancien droit, ou de la période pendant laquelle celui-ci continuait à s'appliquer aux bénéficiaires de décisions de justice.

Pour en revenir au moyen soulevé, nous pensons donc que la loi n'est pas rétroactive, et que le reproche selon lequel elle méconnaîtrait la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la rétroactivité des lois non répressives n'est pas sérieux.

Le second reproche d'inconstitutionnalité est tiré du principe d'égalité : il revient à dire en substance qu'en ne permettant aux bénéficiaires d'une décision de justice intervenue avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif de continuer à bénéficier des dispositions anciennes de la loi, le législateur aurait créé une situation dans laquelle le sort réservé à la demande sera différent selon que l'administration statue avant ou après la publication des dispositions réglementaires d'application. Ce faisant, la loi aurait porté atteinte au principe d'égalité.

Ce moyen n'est pas sérieux car il est de jurisprudence constante, aussi bien pour vous que pour le Conseil constitutionnel, que nul n'a de droit acquis au maintien d'un texte ; la conséquence nécessaire est que si un demandeur A a obtenu un avantage sur le fondement d'une loi, et qu'un demandeur B placé dans la même situation s'est vu refuser le même avantage sur le fondement d'une loi différente et postérieure, il n'y a aucune rupture d'égalité entre A et B : voir p. ex. Ass., 13 décembre 1974, Sté des Ciments Lafarge, p. 628. Les deux juridictions admettent même, dans certains cas, pour des décisions à effet continu, que le

¹ Ceci sous réserve, bien sûr, de l'intervention du juge d'appel et d'un éventuel changement de l'état du droit entre la décision du juge de premier ressort et celle du juge d'appel – mais sans préjudice des dispositions qui peuvent avoir pour effet, même en plein contentieux, de cristalliser la situation du demandeur à une date autre que celle à laquelle le juge statue...

bénéficiaire d'un régime légal continue à en bénéficier après l'entrée en vigueur d'un nouveau régime qui ne s'appliquera quant à lui qu'aux nouveaux bénéficiaires : ex. CE, 27 mars 1981, M..., n° 20661, au Recueil ; 3 mars 1997, Mme B... et autres, n° 179022, aux tables ; CC, décision n° 93-330 DC du 29 décembre 1993 ; décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997. Si la coexistence temporaire d'un régime ancien et d'un régime nouveau ne porte pas atteinte au principe d'égalité, la succession de deux régimes y est encore moins attentatoire.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à ce que les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par M. S... ne soient pas renvoyées au Conseil constitutionnel.