

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Les dossiers de transfert d'établissements médico-sociaux sont rares dans votre contentieux. Il s'agit pourtant d'opérations fréquentes, généralement liées à la mise en œuvre des schémas régionaux qui rebattent les cartes de l'offre médico-sociale à intervalle régulier. Et elles ne manquent pas d'intérêt juridiquement puisque, s'agissant le plus souvent d'une activité privée réglementée, ces transferts font intervenir à la fois une relation entre exploitants, sous la forme d'une cession de fonds de commerce, et une relation avec l'administration, pour ce qui concerne les autorisations requises. C'est sur l'articulation de ces deux relations qu'il vous appartient de prendre parti aujourd'hui, à travers l'affaire portée devant vous par l'EHPAD Ma Résidence.

Cette société, exploitant un EHPAD de 54 lits dans la banlieue Est de Bordeaux, a en effet sollicité du préfet et du président du conseil général de la Gironde, une autorisation d'extension pour 29 lits supplémentaires, dont 23 par transfert de l'autorisation dont bénéficiait jusque là la société Home du Château Cadouin pour une maison de retraite située à quelques kilomètres de là. Cette demande de transfert a été acceptée en juillet 2007, mais en février 2013, le juge judiciaire prononçait la caducité du contrat de cession de fonds de commerce par une décision définitive. L'autorité administrative en tirait les conséquences en constatant, en juillet de la même année, la caducité partielle de l'arrêté de 2007 en ce qui concerne les 23 lits à transférer. La société EHPAD Ma Résidence, qui n'entendait pas renoncer à son projet de reprise, a contesté cette décision devant le tribunal administratif de Bordeaux, avec succès. Mais la cour administrative d'appel a pris un parti différent, d'où le pourvoi de la société.

Le cadre juridique peut être rapidement exposé car il est sommaire. Il tient en effet presque tout entier à l'article L. 313-1 du code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel : « *La création, la transformation ou l'extension des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1 [ce qui inclut les établissements accueillant des personnes âgées, mentionnés au 6° de cet article] sont soumises à autorisation (...)/ Toute autorisation est caduque si elle n'a pas reçu un commencement d'exécution dans un délai de trois ans à compter de sa date de notification../ Lorsque l'autorisation est accordée à une personne physique ou morale de droit privé, elle ne peut être cédée qu'avec l'accord de l'autorité compétente concernée... ».*

Ce dernier alinéa de l'article envisage ainsi une « cession d'autorisation » devant donner lieu à un « accord » de l'autorité administrative. La rédaction aurait pu être plus heureuse. D'une part, il n'y a évidemment pas de cession de l'autorisation elle-même, en ce sens qu'il n'y a pas de patrimonialité de l'autorisation dont bénéficiait l'établissement d'origine. Ce n'est pas elle qui est vendue mais bien le fonds de commerce. D'autre part, « l'accord » de l'administration constitue lui-même une autorisation administrative. Elle est délivrée en pratique non au cédant -comme on aurait pu l'imaginer, à charge pour lui de trouver un cessionnaire à même de respecter les conditions pour être autorisé à son tour- mais directement au cessionnaire, nouvel exploitant.

Cette manière de procéder, qui revient juridiquement à traiter un transfert comme une nouvelle demande d'autorisation présentée par le cessionnaire, amène à lui appliquer les règles qui figurent aux alinéas précédents du même article, régissant l'exploitant initial, y compris en ce qui concerne la caducité des autorisations qui n'ont pas reçu de commencement d'exécution dans un délai de trois ans, que l'on appellera, par commodité, la « caducité-péremption ».

1. La première difficulté tient ici à ce que la cour a retenu un autre type de caducité.

Elle a en effet jugé qu'il résultait des dispositions de l'article L.313-1 du CASF que nous avons rappelé que l'accord donné par l'autorité compétente au transfert « *constitue une nouvelle autorisation d'exploitation délivrée par l'autorité compétente au cessionnaire [dont] l'entrée en vigueur est (...) conditionnée par l'existence d'un contrat entre le précédent titulaire de l'autorisation et le nouveau, stipulant les conditions effectives de la cession. Dès lors, la caducité de ce contrat de cession entraîne nécessairement la caducité de la nouvelle autorisation d'exploitation délivrée au cessionnaire* ». La société soutient dans son pourvoi que la cour a, ce faisant, commis une erreur de droit.

Il est vrai qu'en principe, il n'y a pas de caducité sans texte. Mais nous ne suivons pas le pourvoi pour considérer que la cour aurait ici ajouté illégalement à ces dispositions législatives. Si l'autorisation ne peut plus servir à rien, elle n'a pas à être maintenue. La perte d'objet est un cas classique de caducité, comme le rappelle R. Chapus dans son ouvrage de droit administratif général (15^e éd. n°1338, 2°), qui se manifeste dans de nombreux domaines.

D'une manière générale donc, et plus encore s'agissant des établissements sanitaires et sociaux, il n'est ni nécessaire ni de bonne administration que de laisser vivre une autorisation d'une opération qui ne peut plus se réaliser. Cela ne peut que gêner l'octroi d'autorisations utiles pour adapter l'offre aux besoins tels qu'ils ont été notamment recensés dans le schéma régional et assurer ainsi son exécution.

Et, dans le secteur sanitaire, votre jurisprudence a déjà admis la sortie de vigueur des autorisations pour cet autre cas de caducité, que l'on appellera par commodité, « caducité-perte d'objet ». Vous avez ainsi jugé que la cessation d'activité d'un établissement de santé privé entraînait de plein droit la caducité de son autorisation de fonctionnement : 24 juillet 1981, *Ministre de la santé c. Société Nouvelle clinique Beausoleil*, n° 25526, T., confirmé par Sect., 26 juillet 1985, *Société Nouvelle clinique Beausoleil*, n° 46236, rec. sur un autre point.

Il n'y a donc pas de difficulté à ce que la cour n'en soit pas restée à la seule caducité prévue explicitement par la loi, qu'était la caducité-péremption. Elle pouvait juger sans erreur de droit qu'il appartenait aussi à l'administration de constater une éventuelle « caducité-perte

d'objet », ceci, d'ailleurs, sans préjudice d'autres motifs de cessation de l'autorisation « de transfert ». On peut songer en particulier à une abrogation justifiée par le fait qu'à un moment donné, les conditions auxquelles sa délivrance avait été subordonnée ne seraient plus remplies. Il appartiendrait là encore à l'administration de la prononcer alors même qu'elle n'est pas explicitement prévue par la loi.

2. La deuxième difficulté pointée par le pourvoi, plus sérieuse, tient au critère que la cour a retenu pour juger que l'autorisation avait perdu son objet.

Elle s'est en effet bornée à relever que le contrat de cession de fonds de commerce était caduc pour en déduire mécaniquement la caducité de l'autorisation de transfert. Mais un contrat caduc peut être remplacé par un autre avec les mêmes parties et produire au besoin des effets rétroactifs entre elles si elles le jugent utile. La disparition de cet instrument juridique ne suffit pas pour constater que le projet qu'il mettait en œuvre aurait irrémédiablement échoué. Tant qu'il y a un projet précis ayant une chance d'aboutir, il nous semble que l'administration ne peut constater que l'autorisation a perdu son objet.

Le tribunal administratif lui-même avait d'ailleurs refusé de tirer des conséquences aussi mécaniques de la caducité du contrat de cession de fonds de commerce, en relevant qu'il n'était pas mentionné dans l'acte d'autorisation. La cour aurait dû, selon nous, dans le même esprit, procéder à un examen global des circonstances qui existaient à la date de la décision mettant fin à l'autorisation pour déterminer si l'administration avait pu en déduire qu'elle était privée d'objet.

Et cette recherche plus large nous semble devoir être menée avec beaucoup de précaution. La caducité « perte-d'objet » peut en effet intervenir avant même l'expiration du délai de 3 ans de la « caducité-péremption » pour les projets en quelque sorte mort-nés. Mais elle peut aussi intervenir bien plus tard, alors qu'un commencement d'exécution aura permis d'éviter la caducité-péremption et que le projet était en fait sur le point d'aboutir.

On mesure bien que, dans les deux cas, et même si c'est pour des raisons différentes, la « caducité-perte d'objet », que l'administration sera sans doute pressée de constater pour réallouer le droit d'exploiter à un autre opérateur procède d'un constat très rude pour le repreneur qui avait été autorisé. Elle ne peut donc être prononcée à la légère. L'autorité administrative comme le juge du fond appelé à contrôler sa décision doivent nous semble-t-il procéder à une vérification, à la fois globale et minutieuse, de ce qu'il n'y a effectivement plus d'espoir raisonnable de voir l'opération se réaliser.

En l'espèce, la caducité du contrat de cession de fonds de commerce constatée par le juge judiciaire était évidemment un indice très fort de ce que l'opération ne se ferait pas mais ce n'était qu'un indice. Faute d'avoir procédé à la recherche globale et minutieuse qui nous semble requise pour parvenir à une telle conclusion, nous pensons que la cour a commis une erreur de droit de nature à justifier l'annulation de son arrêt.

3. Mais comme rien n'échappe à votre sagacité, vous aurez sans doute noté que la décision litigieuse mettant un terme à l'autorisation de transfert est intervenue 6 ans après qu'elle a été accordée, soit bien au delà du délai de 3 ans de la caducité-péremption. La substitution de motifs est tentante.

La caducité instituée par le législateur pour les autorisations qui n'ont pas donné lieu à un commencement d'exécution repose depuis la LFSS pour 2017 sur un critère clair qui est l'ouverture au public de l'établissement ou du service¹. S'il avait fallu appliquer un tel critère en l'espèce, la substitution de motifs n'aurait soulevé aucune difficulté, puisque ce critère est binaire -les lits sont ouverts ou pas- et il n'a jamais été soutenu en l'espèce qu'ils l'avaient été.

Mais ce sont les textes antérieurs qui sont applicables au présent litige et, sous l'empire de ceux-ci, le commencement d'exécution s'entendait de manière beaucoup plus diffuse de « *tout élément de réalisation tendant à rendre l'autorisation effective* »². Or, devant les juges du fond, l'EHPAD Ma résidence soutenait avoir, dans le délai de trois ans, réceptionné le bâtiment appelé à accueillir les lits transférés, de sorte que vous ne pourriez substituer aux motifs de la cour celui d'une caducité-péremption, sans prendre parti sur ces allégations et donc porter une appréciation sur les faits, hors de votre portée en cassation.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt, au renvoi de l'affaire à la cour, à ce que le département de la Gironde verse au requérant une somme de 3 000 euros au titre des frais de procédure et au rejet des conclusions présentées au même titre par ce département.

¹ Art. L.313-1 du CASF dans sa rédaction issue de l'article 89 de cette loi n°2016-1827 du 23 déc. 2016.

² Art. D. 313-7-2 du code de la santé publique introduit par le décret n° 2010-870 du 26 juillet 2010, faisait suite à l'ordonnance dite de coordination de la loi HPST (n°2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires dont l'article 18 a déclassé le délai de 3 ans au niveau réglementaire) « codifiant » le droit antérieur.