

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. Lorsque l'administration refuse de délivrer une autorisation de regroupement de pharmacies à une société sur le territoire d'une commune, cette société a-t-elle intérêt à agir contre l'autorisation délivrée à une société concurrente l'autorisant à transférer l'une de ses pharmacies dans ce territoire ?

Telle est la question posée par la présente affaire.

Son point de départ est la demande présentée par la pharmacie Ottavy, le 28 mai 2018, à l'Agence régionale de santé (ARS) de Corse, sollicitant l'autorisation de transférer son officine d'Ajaccio vers la commune de Sarrola-Carcopino, alors dépourvue d'une pharmacie. Le directeur général de l'ARS de Corse a d'abord rejeté cette demande par un arrêté du 12 juillet 2018, au motif que le secteur d'implantation choisi par la pharmacie ne permettait pas de répondre de façon optimale aux besoins de la population. Mais, dans la même décision, cette autorité a identifié quatre secteurs de la commune dans lesquels une officine pouvait être implantée. Le 18 juillet 2018, la société Pharmacie Ottavy a donc demandé le transfert de son officine dans l'un de ces secteurs, qui a été autorisé par un arrêté du 7 août 2018 du directeur général de l'ARS.

Les choses auraient pu en rester là mais c'était sans compter les sociétés Pharmacie du Centre et Broche, qui avaient sollicité quelques jours auparavant, le 1^{er} août 2018, le regroupement de leurs officines dans le centre de la commune de Sarrola-Carcopino, situé dans l'un des secteurs identifiés par l'arrêté du 12 juillet 2018. Le DG de l'ARS ayant refusé de faire droit à leur demande le 3 août 2018, au motif que leur dossier était incomplet, les deux sociétés ont alors demandé au tribunal administratif de Bastia d'annuler l'autorisation de transfert accordée le 7 août à la société Ottavy.

Si les premiers juges ont rejeté sur le fond leur demande, la cour administrative d'appel de Marseille a de son côté rejeté l'appel formé par la Pharmacie du Centre contre leur jugement, faute pour celle-ci de disposer d'un intérêt à agir contre l'autorisation de transfert accordée à la société Ottavy. C'est l'arrêt contre lequel la société Pharmacie du Centre se pourvoit en cassation.

2. Le premier moyen du pourvoi sera aisément écarté. Il reproche à la cour d'avoir méconnu son office en confirmant le jugement attaqué, alors même que ce dernier n'avait pas relevé l'irrecevabilité de la requête de première instance. Mais les juges d'appels pouvaient à bon droit rejeter l'appel de la société requérante en confirmant le dispositif de la décision de première instance par une substitution du motif d'irrecevabilité qu'ils ont relevé au motif de fond retenu par les premiers juges.

3. Le second moyen est celui qui a justifié l'inscription de l'affaire à votre formation de jugement.

3.1. Avant de vous exposer ce qu'a jugé la cour, nous devons vous dire un mot du cadre dans lequel s'organise le transfert et le regroupement de pharmacies.

Comme vous le savez, le code de la santé publique organise le contrôle des implantations d'officine de pharmacie sur le territoire national par l'exigence préalable d'une autorisation accordée par l'ARS (v. art. L. 5125-18 du code de la santé publique). Sa délivrance dépend à la fois de critères quantitatifs – en premier lieu le nombre d'habitants de la commune d'implantation¹ – et de critères plus qualitatifs. L'administration veille ainsi à ce que la création, le transfert ou le regroupement d'une pharmacie permettent d'assurer une desserte en médicaments optimale au regard des besoins de la population résidente et du lieu d'implantation (v. art L. 5125-3)².

Pour réguler les demandes d'autorisation formulées pour un même territoire, l'actuel article L. 5125-20 du code de la santé publique organise une procédure fondée sur deux principes : un principe de priorité thématique, de sorte que les demandes d'autorisation de regroupement sont examinées en priorité par rapport aux demandes de transfert, ces dernières l'étant par rapport aux demandes de création ; un principe de priorité chronologique, toute demande ayant fait l'objet du dépôt d'un dossier complet étant examinée en priorité par rapport aux demandes ultérieures concurrentes³.

¹ L. 5125-11 du code de la santé publique

² L'administration veillant aussi ce que ces transferts ou regroupements ne compromettent pas l'approvisionnement en médicaments de la population résidente du quartier, de la commune ou des communes d'origine (1° de l'art. L. 5125-3).

³ V. not. Christophe Devys, « *Sur la portée du droit d'antériorité en cas de demandes concurrentes de transfert d'officines pharmaceutiques* », RDSS 2007 p.853

Ce système a été réformé en dernier lieu par une ordonnance du 3 janvier 2018⁴. Celle-ci n'a pas modifié l'ordre d'examen des différentes demandes d'autorisation mais a modifié les conditions de bénéfice du droit de priorité pour les regroupements d'officines. Avant son intervention, le droit de priorité bénéficiait aux regroupements d'officines dont le futur lieu d'implantation était soit l'emplacement actuel de l'une d'elles, soit un lieu nouveau situé dans la commune de l'une des pharmacies regroupées. Cette dernière condition a été assouplie, le droit de priorité bénéficiant désormais aux regroupements dont le lieu d'implantation se situe dans un « *autre emplacement situé sur le territoire national* ». Cette modification est entrée en vigueur, comme l'indique l'article 5 de l'ordonnance, « *au plus tard* » à compter du 31 juillet 2018, les demandes complètes d'autorisation de création, de transfert ou de regroupement déposées avant cette date restant en revanche soumises aux dispositions antérieurement en vigueur.

3.2. Pour juger que la Pharmacie du Centre ne justifiait pas d'un intérêt à agir contre l'autorisation de transfert accordée à sa concurrente, les juges d'appel se sont fondés sur ces dispositions.

Relevant que la demande de transfert de la société Ottavy était complète au 18 juillet 2018, ils ont considéré qu'elle était soumise aux règles du code de la santé publique en vigueur avant le 31 juillet 2018. Ils ont donc jugé que la Pharmacie du Centre et la Pharmacie Broche ne pouvaient bénéficier du droit de priorité d'examen de leur demande par rapport à celle de la société Ottavy, leurs officines ne se situant pas dans la commune de Sarrola-Carcopino. Et ils ont conclu qu'en l'absence d'un tel droit de priorité, l'autorisation de transfert accordée à la société Ottavy ne pouvait pas porter atteinte aux intérêts de la Pharmacie du Centre. Autrement dit, la cour a déduit de l'absence de droit de priorité, l'absence d'intérêt à agir.

Le pourvoi critique ce raisonnement sous l'angle de l'erreur de droit et de la dénaturation, en soutenant que l'intérêt à agir était bien constitué, dès lors que l'autorisation de transfert litigieuse l'empêchait de déployer, à l'avenir, son projet de regroupement de ses officines sur le territoire de la commune, le *numerus clausus* y limitant les possibilités d'installation de pharmacies.

Si vous reconnaissez de longue date l'intérêt à agir d'officines préexistantes contre une décision autorisant la création de nouvelles officines à proximité d'elles (CE, 23 juin 1997, *Mme N...*, n° 160779), vous n'avez, à notre connaissance, jamais été confrontés à une configuration telle que celle de l'espèce. Votre décision pourra donc utilement éclairer les juges du fond, régulièrement amenés à arbitrer les conflits, parfois farouches, qui peuvent animer la profession au niveau local.

⁴ Ordonnance n° 2018-3 du 3 janvier 2018 relative à l'adaptation des conditions de création, transfert, regroupement et cession des officines de pharmacie

Disons-le tout de suite, le pourvoi nous semble viser juste.

En effet, non seulement l'articulation entre le droit de priorité et l'intérêt à agir revient à mobiliser un élément portant sur le bien-fondé de la demande pour en apprécier la recevabilité, mais elle nous semble surtout rétrécir de manière trop importante la focale d'analyse de l'intérêt à agir. Selon nous, ce dernier ne dépend pas de savoir si la Pharmacie du Centre disposait ou non d'un droit de priorité par rapport à la société Ottavy mais uniquement de savoir si la première avait un intérêt suffisamment direct et certain à demander l'annulation de la décision de transfert bénéficiant à la seconde (sur ce critère fréquemment mobilisé, CE, Section, 13 décembre 2006, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n° 264115, Rec.).

L'intérêt à agir de cette société devait donc s'apprécier au regard d'autres motifs que le droit de priorité, par exemple en recherchant les impacts concurrentiels de la décision attaquée et de son éventuelle annulation sur la situation de la Pharmacie du Centre. On retrouve d'ailleurs régulièrement cet angle d'analyse dans votre jurisprudence, marquée par sa libéralité lorsqu'il s'agit, comme ici, d'apprécier la recevabilité d'un recours formé par un tiers contre une décision attribuant un avantage à un concurrent.

Vous acceptez ainsi de reconnaître l'intérêt à agir d'une entreprise concurrente des parties à l'opération de concentration qu'elle conteste (CE, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 362347, *Société Groupe Canal Plus et autres*, Rec.) ou d'un exploitant de radio critiquant l'agrément accordé par le CSA à la modification du capital social d'une concurrente ou à l'acquisition par cette dernière d'autres sociétés exploitant des chaînes de radios dans la même catégorie (CE, Section, 29 janvier 1993, *Société NRJ*, n° 121953, Rec. ; CE, 11 avril 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*, n° 348972, T.). Vous avez même admis l'intérêt à agir d'une société contre une décision accordant une subvention à une concurrente, alors même qu'elle avait également perçu une telle aide (CE, 29 juillet 1998, *SA Minoterie de Saint-Vincent*, n° 127281, T.)

Vous veillez cependant toujours à ce que l'intérêt allégué soit en rapport avec l'objet de la décision attaquée. Comme l'indique le Professeur Chapus, la recevabilité d'un recours ne peut être admise que si la qualité en laquelle le requérant agit est en correspondance avec ce qu'est la décision litigieuse. Un exploitant de cinéma n'a donc pas intérêt à contester un permis de construire délivré à un concurrent (CE, Section, 13 mars 1987, *Sté Albigeoise spectacle*, Rec.) tout comme le bailleur d'un magasin d'une société n'exerçant son activité sur aucun des marchés concernés par une opération de concentration entre cette société et une autre société ne peut contester la décision autorisant cette opération (CE, 4 avril 2018, *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n° 405343, T.).

Au regard de cette ligne jurisprudentielle, l'intérêt à agir de la société requérante contre l'autorisation de transfert accordée à la société Ottavy nous paraît acquis. Le *numerus clausus* limitant les possibilités d'installation dans une commune aussi peu peuplée que celle de Sarrola-Carcopino, la décision de transfert rendait très improbable la possibilité d'obtenir, à court terme, une autorisation de regroupement de ses officines. La requérante avait donc tout intérêt à en demander la disparition rétroactive afin de lever un obstacle majeur à la réalisation de son projet.

Par ailleurs, vous ne serez pas arrêtés par la circonstance que la Pharmacie du Centre ait fait l'objet, le 3 août 2018, d'un refus de délivrance de l'autorisation de regroupement. Dans un marché concurrentiel et réglementé, cette circonstance ne permet pas, à elle seule, de nier l'existence d'un intérêt à contester une autorisation accordée à un concurrent. Déjà en matière de pharmacie vous avez jugé que la présentation de deux demandes par une pharmacienne, dont l'une a été rejetée et l'autre n'a fait l'objet d'aucune décision, lui conférait un intérêt à agir contre l'arrêté autorisant le transfert d'une officine à proximité de l'emplacement où cette pharmacienne envisageait de s'implanter (CE, 10 janvier 1968, *Mme G...*, n° 66946, Rec. sur un autre point). Est également recevable le recours d'une société s'étant vu refuser une autorisation de création d'officine dérogatoire dirigé contre l'autorisation de transfert délivrée quelques mois plus tard à une concurrente (CE, 30 mars 1994, *F...*, n° 141002, T.). La même logique s'est imposée pour admettre l'intérêt à agir d'une société à laquelle il a été refusée la délivrance d'une autorisation d'implantation d'un centre d'hémodialyse contre la décision l'accordant à une concurrente (CE, 1^{er} avril 1987, *Sté CMC Val-Notre-Dame*, n° 357787).

Il est vrai que la décision de refus opposée à la requérante par l'ARS était justifiée par un motif purement procédural puisque le dossier de demande qu'elle a présenté était incomplet. Vous pourriez donc avoir quelques scrupules à ouvrir votre prétoire à un tiers à la décision attaquée lorsque celui-ci a fait l'objet d'une première demande de refus en raison d'un projet inconsistant, ce qui n'était pas le cas ici, ou, d'un dossier incomplet, à l'image de l'irrecevabilité des recours formés par les candidats dont l'admission à concourir a été légalement refusée et qui sont dirigés contre les opérations et les résultats du concours (CE, 31 mars 2014, *M. H...*, n° 348806, T.).

Mais, d'une part, ce n'est pas le motif d'irrecevabilité retenu par les juges d'appel, et, d'autre part, le cas du concours se distingue nettement du cas d'un marché concurrentiel fermé comme celui de la pharmacie, où les effets concurrentiels se poursuivent longtemps après la décision de non admission de la demande. Le cas d'espèce le montre bien puisque l'incomplétude de son dossier, qu'elle peut toujours corriger, n'enlève pas à la société requérante l'intérêt à solliciter l'annulation de l'autorisation de transfert.

En se fondant sur l'absence de droit de priorité de la société requérante pour lui refuser un intérêt à agir, la cour a donc bien commis une erreur de droit.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la CAA de Marseille, au rejet des conclusions présentées par la société Ottavy Sylvain sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA et à ce que l'Etat verse à la société Pharmacie du Centre une somme de 3 000 euros sur ce fondement.
