

Paris, le 5 janvier 2018

---

**Décision du Défenseur des droits n° 2017- 344**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu le Préambule de la Constitution de 1946 ;

Vu la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu le Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu le Code de la santé publique ;

Vu le Code du travail ;

Vu la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques

---

Saisi par le réclamant, pharmacien et gérant, d'une réclamation relative au refus de l'Agence régionale de santé d'accueillir favorablement sa demande de transfert dans une zone sécurisée située sur le territoire de la même commune.

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour administrative d'appel.

Jacques TOUBON

## Observations devant le tribunal administratif de Marseille

Le réclamant, pharmacien et gérant en exercice d'une EURL, exploite une pharmacie installée à proximité d'une usine.

Il a saisi le Défenseur des droits à la suite du rejet du recours hiérarchique qu'il a adressé à la Ministre des solidarités et de la santé et à son prédécesseur la Ministre des affaires sociales et de la santé, afin de contester le refus de l'Agence régionale de santé (ARS) d'accueillir favorablement sa demande de transfert dans une zone sécurisée située sur le territoire de la même commune.

Un courrier a été adressé à la Ministre des affaires sociales et de la santé demandant un réexamen en droit de la situation du réclamant et l'invitant à transmettre ses observations relativement à l'analyse en faits et en droit du Défenseur des droits. Un courrier de relance a été adressé à son successeur. Aucune réponse n'a été apportée à ces courriers du Défenseur des droits.

### **Les faits :**

Dans un courrier du Y , la Direction régionale et interdépartementale de l'Environnement et de l'Énergie (*DREAL*) a estimé que les conclusions d'une étude technique de vulnérabilité avaient mis en évidence l'exposition de la pharmacie à des phénomènes dangereux générant des aléas associés à des effets thermiques, des effets de surpression et des effets toxiques.

Un arrêté préfectoral, prescrit par un premier arrêté a approuvé le Plan de Prévention des Risques Technologiques (*PPRT*) de l'usine. Il souligne un aléa technologique d'une extrême gravité, classé « très fort », avec des « effets (...) de type thermique, de surpression ou toxique ».

Un droit de délaissement a été instauré et des mesures de renforcement du cadre bâti ont été prescrites dans la zone d'implantation de la pharmacie.

Dans ce contexte, le réclamant, en ses qualités de gérant de l'EURL, de professionnel de la santé et de chef d'entreprise responsable de ses salariés, a entrepris de transférer le siège de son officine dans une zone sécurisée à proximité des lieux, qui selon lui permettent de desservir les patients actuels de la pharmacie.

L'ARS a rejeté à plusieurs reprises les demandes d'autorisation de transfert du réclamant au motif que le quartier dans lequel est situé l'officine ne serait plus approvisionné, sans que la décision de l'ARS précise les faits sur lesquels elle se fonde ou répondre aux arguments relatifs à la prise en charge de la patientèle invoqués par le réclamant.

Le réclamant estime que ces décisions le confrontent au choix soit de poursuivre son activité dans le contexte d'un risque avéré, soit de cesser son activité ce qui entraînerait la caducité de sa licence et sa remise à l'Agence régionale de santé.

Ne réussissant pas à obtenir le soutien ou l'attention des autorités locales et nationales, il a obtenu communication des documents préparatoires au PPRT après décision de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), lesquels confirment la gravité des risques encourus dans la zone d'implantation de la pharmacie, zone à risque léthal.

A la suite de la décision du tribunal des conflits désignant la juridiction judiciaire comme seule compétente pour connaître du litige opposant l'EURL à la SAS responsable de l'usine, cette dernière a été assignée le 6 août 2015 pour trouble anormal de voisinage. La procédure visait à voir ordonner avant dire droit une expertise en vue de rechercher les préjudices résultant de l'exploitation de la raffinerie, à y remédier et à en obtenir réparation.

Le Tribunal de grande instance a constaté l'anormalité du trouble de voisinage tel qu'établi par les études réalisées par la DREAL faisant état « d'un risque légal par des effets thermiques graves, des effets de surpression significatifs ainsi que par des effets toxiques significatifs ».

Ce jugement soulignait que « les études indépendantes menées par les services de l'État ont révélé un danger particulièrement grave rendant le site (...) impropre à sa destination d'origine ». La SAS n'a pas fait appel de cette décision.

Saisie d'une nouvelle demande de transfert, déposée le 25 février 2016, vers un local situé à l'intérieur de la commune, à 2,2 kilomètres de l'emplacement précédent, l'ARS a réitéré son refus. Ce nouveau refus a été motivé comme les précédents par l'abandon de la population du quartier, l'absence d'éléments de fait et de droit nouveaux.

Étonnamment, la décision précise expressément qu'elle a été prise en l'absence de réponse dans les délais impartis des autorités départementales, suite à la demande d'observations de l'ARS adressée au préfet, au Syndicat général des pharmaciens et à l'Union nationale des pharmaciens du département.

L'EURL est en redressement judiciaire et l'immeuble où elle opère a atteint un niveau de dégradation important, sur lequel le réclamant ne peut pas intervenir.

Le réclamant produit au dossier du tribunal administratif une déclaration du cabinet de consultant X. attestant :

« (...) votre pharmacie étant située dans le périmètre d'un plan de prévention des risques technologiques (PPRT) défini selon courrier de la préfecture en date du Y, et devant les incertitudes liées à cette situation, aucun acquéreur ne prendra le risque de se voir supprimer ou diminuer sa faculté d'exploitation et par la même son outil de travail

De plus les investissements nécessaires à une éventuelle mise en conformité sont de nature à dissuader tout repreneur potentiel ».

Le réclamant a adressé à la Ministre des affaires sociales et de la santé un recours hiérarchique le Y, demandant que la décision du directeur adjoint de l'ARS ayant refusé sa demande de transfert soit renversée, que les services de la ministre ont indiqué avoir reçu le Z. Aucune suite n'a été donnée à ce recours.

### **Le cadre juridique :**

L'article L5125-3 du code de la santé publique précise les conditions qu'il appartient à l'autorité administrative de prendre en compte quant à l'opportunité de la demande de transfert d'une pharmacie :

« Les créations, les transferts et les regroupements d'officines de pharmacie doivent permettre de répondre de façon optimale aux besoins en médicaments de la population résidant dans les quartiers d'accueil de ces officines. Les transferts et les regroupements ne peuvent être accordés que s'ils n'ont pas pour effet de compromettre

l'approvisionnement nécessaire en médicaments de la population résidente de la commune ou du quartier d'origine.

Les créations, les transferts et les regroupements d'officines de pharmacie ne peuvent être effectués que dans un lieu qui garantit un accès permanent du public à la pharmacie et permet à celle-ci d'assurer un service de garde ou d'urgence mentionné à [l'article L. 5125-22](#). »

Une jurisprudence constante établit que les effets du transfert doivent être appréciés au regard de la population d'origine, mais également du quartier de destination et de la desserte d'autres quartiers moins bien desservis par l'offre de service (*CE., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 349694 et 349695*).

L'appréciation portée sur l'opportunité du transfert doit se faire au regard des circonstances très spécifiques de l'espèce, du Plan de Prévention des Risques Technologiques, des particularités du danger des lieux, sans omettre de prendre en considération les droits fondamentaux du réclamant et de ses employés.

En l'espèce, cette évaluation et la délimitation des quartiers visés doivent nécessairement tenir compte de leur proximité de l'usine et de la situation géographique des zones impactées, définies par le Plan de Prévention des Risques Technologiques.

Or, l'autorité administrative a considéré, sans autre motivation ou précision sur le fondement de cette conclusion, que le lieu proposé du transfert ne permettrait pas l'approvisionnement de la population du quartier.

Le réclamant remet en cause le décompte et l'analyse de l'ARS eu égard aux populations d'accueil du lieu de transfert proposé de la pharmacie.

L'emplacement de la pharmacie proposé, à 2,2 km de son emplacement actuel, permettrait selon lui de répondre aux besoins du quartier B. incluant le quartier d'origine, le nouvel emplacement favorisant la desserte de ces populations.

Il fait valoir que doivent être pris en compte, au-delà du quartier d'origine et du quartier B., les quartiers V., P. et Q., qui ne sont aujourd'hui desservis par aucune pharmacie et que le transfert proposé permettrait de répondre de façon optimale aux besoins de la population d'accueil et aux contraintes de la situation de péril.

Or, selon les informations communiquées par le réclamant, trois des quatre pharmacies de la commune sont concentrées en centre-ville, laissant une grande partie du territoire non desservie.

De surcroît, la décision ne tiendrait pas compte de l'évolution des modes de vie et des moyens de transports qui font des zones commerciales des nœuds urbains indépendamment du faible nombre d'habitants qui y résident.

A cet égard, le Conseil d'Etat a considéré que l'autorisation préfectorale permettant le transfert d'une officine pharmaceutique dans une zone commerciale n'était pas entachée d'illégalité si elle permettait d'approvisionner utilement en médicaments, la population de ce quartier ainsi que la population proche (*CE, 27 septembre 2006, n° 278563*).

Au-delà des considérations géographiques, il apparaît que la gravité et l'ampleur du risque encouru pour la sécurité du réclamant, mais aussi de ses salariés et de ses clients, constatés par les autorités de l'État et une décision du tribunal de grande instance, justifient la reconnaissance d'un droit au transfert dans la zone sécurisée la plus appropriée, fondé sur plusieurs droits fondamentaux.

L'appréciation portée par l'ARS sur l'opportunité du transfert ainsi que l'évaluation de la proportionnalité des décisions prises par celle-ci a entendu ignorer la gravité des risques auxquels est exposé la quartier en s'appuyant sur une analyse incomplète des faits.

L'ARS aurait dû prendre en compte les impératifs requis par l'organisation de la santé publique dans la réalité locale particulière du quartier de la Mède et les atteintes aux droits fondamentaux du réclamant, de ses salariés et des patients qu'emporte son refus de transfert.

### **Le droit à la protection de la santé du réclamant et de ses salariés**

L'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 stipule que la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » et pose un principe de protection de la santé publique.

Reconnu par l'article L. 1110-1 du code de la santé publique, il fait obstacle à toute action de l'État obérant la réalisation de la protection du droit à la santé.

Le Conseil constitutionnel a reconnu l'obligation du législateur de ne pas porter atteinte au droit à la protection de la santé (*CC 15 janvier 1975 ; CC 27 juillet 1994 n° 94-343-344*), et a fortiori dans les décisions prises par les services de l'État.

L'employeur doit veiller à la sécurité et à la protection de la santé de ses salariés. Il doit prendre les mesures de prévention des risques professionnels nécessaires, il doit informer et former ses salariés sur ces risques. Il doit aussi respecter certaines règles dans l'aménagement et l'utilisation des locaux de travail. L'employeur négligent engage sa responsabilité.

Aux termes des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures préventives pour évaluer et corriger les risques qui surviennent, et le cas échéant apporter les corrections nécessaires.

L'article R. 4121-1 du code du travail précise d'ailleurs que :

« L'employeur consigne, en annexe du document unique :

1° Les données collectives utiles à l'évaluation des expositions individuelles aux facteurs de risques mentionnés à l'article [L. 4161-1](#) de nature à faciliter la déclaration mentionnée à cet article, le cas échéant à partir de l'identification de postes, métiers ou situations de travail figurant dans un accord collectif étendu ou un référentiel professionnel de branche homologué mentionnés à l'article L. 4161-2 ;

2° La proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1, au-delà des seuils prévus au même article. Cette proportion est actualisée en tant que de besoin lors de la mise à jour du document unique. »

L'article L4161-1 I 2° fait référence à un environnement physique agressif incluant des agents chimiques dangereux, y compris les poussières et les fumées.

Dans une affaire relative à la responsabilité d'un employeur face à des salariés exposés à l'amiante, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu une obligation de sécurité de résultat de l'employeur dans un contexte où ce dernier a respecté les normes en vigueur à l'égard de ses salariés, la Cour estimant que le manquement à cette obligation de résultat avait le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du Code de sécurité sociale (*soc. 28 fév. 2002, 99-18389*). Dès lors que le risque se réalise en lien avec la situation de travail, l'employeur manque incidemment à son obligation de sécurité de résultat.

Or, le réclamant est employeur et à ce titre est tenu à une obligation de sécurité de résultat à l'égard de ses salariés.

Le droit à la protection de la santé du réclamant et de ses employés ne paraît pas avoir été pris en compte par l'ARS.

### **Le droit au respect de ses biens et de son droit de propriété**

Le droit de propriété protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789, reconnue à valeur constitutionnelle, est au cœur de la protection offerte par l'État de droit.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé que les limites qui peuvent y être apportées doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (CC 12 novembre 2010, n° 2010 – 60 QPC).

L'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) le garantit également en ces termes : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

Les immixtions des pouvoirs publics dans la jouissance du droit de propriété doivent répondre à un principe de légitimité, de nécessité et de proportionnalité.

La décision de maintien de la pharmacie sur son implantation actuelle contraint le réclamant à conserver son bien dans un contexte de danger et de péril. Elle s'apparente à une réquisition civile sans en respecter les formes et les conditions juridiques et sans démontrer qu'elle répond à une condition d'ordre public, de nécessité et de proportionnalité.

La pharmacie ne peut être cédée comme toute officine opérant dans un contexte normal, en raison de la situation de danger des lieux.

Par ailleurs, alors même que le propriétaire entend faire prospérer la société dans un lieu plus propice sans porter préjudice aux patients actuels et au système de santé, la décision de l'ARS le contraint à poursuivre son activité dans les mêmes conditions en l'assignant à demeurer sur place.

Il convient de relever que l'article 17 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques exclut de la réparation des dommages par le fonds de garantie prévu à cet effet, les biens immobiliers à usage professionnel.

Au regard de cette analyse, la décision litigieuse de l'ARS pourrait être considérée comme contraire au droit au respect des biens et du droit de propriété du réclamant, le contraignant à supporter une charge spéciale et exorbitante. Cette décision pourrait constituer une atteinte non indemnisée à la substance de son droit de propriété imputable à l'État, en violation du Protocole additionnel n° 1 à la CESDH (CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*).

### **L'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre**

La liberté d'entreprendre est un droit protégé par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité.

Si le législateur peut y apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, il ne doit pas en résulter une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Dans sa décision 2000-436 DC (Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain), le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que si « le souci d'assurer " la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers " répond à un objectif d'intérêt général (...) toutefois, en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi ».

Ainsi, dans un contexte particulier de péril et de risque légal constaté par l'État, le refus de transfert d'officine opposé par l'ARS au réclamant a pour effet d'entraîner des sujétions constituant une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre des pharmaciens d'officine au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi.

Il apparaît que la décision non motivée et réitérée de l'ARS pourrait être considérée non seulement comme illégale mais comme constituant une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du réclamant.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation de la cour administrative d'appel.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON