CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 131.458 du 17 mai 2004

A.79.007/VI-14.616

En cause : **DESMEDT** Bénédicte,

ayant élu domicile chez
Mes Gérard RIVIERE et
Dominique DELANGRE, avocats,
rue César Desprets, n° 26,
7860 Lessines,

contre :

L'ETAT BELGE, représenté par
le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,

ayant élu domicile chez
Me Marc UYTTENDAELE, avocat,
rue Capitaine Crespel, n°s 2-4,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**LA SOCIETE COOPERATIVE
GROUPE MULTIPHARMA**,

ayant élu domicile chez
Me François TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 177/6,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 18 juin 1998 par Bénédicte DESMEDT qui demande l'annulation de la "décision prise le 05.03.1998 par laquelle Monsieur le Ministre de la Santé publique et des Pensions a octroyé à la Société coopérative Groupe MULTIPHARMA l'autorisation de transférer à proximité immédiate l'officine pharmaceutique sise à 7500 TOURNAI, rue de l'Hôpital Notre-Dame 18, vers le numéro 1 de la Place Paul-Emile Janson à 7500 TOURNAI";

Vu la requête introduite le 16 décembre 1998 par la Société coopérative Groupe Multipharma qui demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 6 janvier 1999 accueillant cette intervention;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^me^ CARLIER, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 5 septembre 2003 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 13 avril 2004, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 5 mai 2004;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Dominique DELGRANGE, avocat, comparaissant pour la requérante, Me Sophie LEROY, loco Me Marc UYTTEN-DAELE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Catherine WIJNANTS, loco Me François TULKENS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis, M^me^ CARLIER, Auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. La requérante est titulaire d'une officine pharmaceutique ouverte au public sise rue de la Cordonnerie 8, à 7500 Tournai.

2. Le 15 mars 1996, la Société coopérative Groupe Multipharma introduit auprès du Ministre de la Santé publique une demande d'autorisation de transfert à

proximité immédiate de l'officine sise au n° 18 de la rue de l'Hôpital Notre-Dame à Tournai vers le n° 1 de la place Paul-Emile Janson.

3. Par un courrier du 30 avril 1996 adressé à l'Inspecteur de la Pharmacie, la requérante s'oppose formellement à cette demande de transfert.

4. Le 10 mai 1996, l'Inspecteur de la Pharmacie remet son rapport concernant cette demande de transfert. Ses conclusions sont les suivantes :

" La rue de l'Hôpital Notre-Dame et la place Paul-Emile Janson se situent au centre de Tournai. L'endroit projeté se trouve sur un coin d'intersection entre la rue de l'Hôpital Notre-Dame et la Place Paul-Emile Janson.

La pharmacie DESMEDT sise rue de la Cordonnerie, n° 8 est à environ 110 mètres de l'adresse actuelle de l'officine Multipharma.

Si l'officine Multipharma est transférée au n° 1 de la place Paul-Emile Janson, ces deux officines se rapprocheront et ne seront plus distantes que de 65 mètres.

Vous trouverez en annexe une lettre que le Pharmacien Desmedt m'a adressée à ce sujet le 30 avril 1996.

Conclusion :

En vertu de l'article 1, § 4, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, il s'agit d'un transfert à proximité immédiate. Ce transfert ne doit donc pas satisfaire aux exigences des §§ 2 et 3 de l'article 1 de ce même arrêté.

Aucune disposition légale ne va à l'encontre de ce transfert.".

5. Le 28 mai 1996, l'Inspecteur en chef de la Pharmacie marque son accord avec cet avis.

6. En sa séance du 19 août 1996, la Commission d'implantation émet un avis défavorable au sujet de la demande de transfert introduite le 15 mars 1996 sur la base des motifs suivants :

" (...)

Attendu que la demanderesse fait valoir que le bâtiment où son officine est implantée actuellement est inconfortable pour la clientèle qui doit franchir plusieurs marches pour atteindre le niveau de l'officine située à environ 80 centimètres du niveau de la rue;

Attendu qu'il ne s'agit pas là d'une raison déterminante pour justifier le transfert étant donné les possibilités et les moyens de transformation dont dispose la demanderesse;

Attendu par ailleurs que l'implantation projetée pour le transfert n'améliore pas une répartition adéquate des officines dans l'intérêt de la population (critère général repris à l'article 1, § 1, 2°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974);

Attendu de plus que cette implantation projetée se rapprocherait de l'officine du pharmacien DESMEDT passant de 111 mètres à quelque 64 mètres seulement après le transfert envisagé;

Par ces motifs,

(...)

émet l'avis que l'autorisation de transfert sollicitée par la S.C. Groupe Multipharma lui soit refusée".

7. Le 20 mars 1997, le Ministre de la Santé publique et des Pensions, en se ralliant à la motivation qui a déterminé l'avis défavorable de la Commission d'implantation, décide de ne pas octroyer l'autorisation demandée.

8. Le 2 juin 1997, la Société coopérative Groupe Multipharma introduit une nouvelle demande d'autorisation de transfert à proximité immédiate de son officine vers le n° 1 de la place Paul-Emile Janson. Cette demande a été notifiée aux organisations professionnelles représentatives.

9. Le 15 juillet 1997, la requérante marque son désaccord avec ce transfert.

10. Le 1er août 1997, l'Inspecteur de la Pharmacie établit un rapport concernant la nouvelle demande de transfert de la Société coopérative Groupe Multipharma. Ses conclusions sont les suivantes :

" En vertu de l'article 1, § 4, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, il s'agit d'un transfert à proximité immédiate. Ce transfert ne doit donc pas satisfaire aux exigences des §§2 et 3 de l'article 1er de ce même arrêté.

Etant donné que :

- ce transfert entraînerait un rapprochement significatif de l'officine la plus proche;
- l'accès à l'endroit projeté nécessite de monter des marches;
- le demandeur est propriétaire à l'adresse actuelle et serait locataire de l'endroit projeté;

Nous remettons un avis défavorable pour ce transfert.".

11. Par un courrier du 8 octobre 1997, la Société coopérative Groupe Multipharma demande à pouvoir être entendue par la Commission d'implantation.

12. Le 19 novembre 1997, l'Inspecteur en Chef Directeur indique que "les motifs de l'avis défavorable émis par Melle J. Meunier, Inspecteur régional de la Pharmacie, ne prouvent pas que les critères prévus à l'article 1, § 1 de l'Arrêté royal du

25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, ne sont pas respectés.".

13. Le dossier est examiné par la Commission d'implantation en sa séance du 24 novembre 1997. Celle-ci émet, à nouveau, l'avis que l'autorisation doit être refusée pour les motifs suivants :

" Vu la demande introduite le 02.06.1997 par la S.C. Groupe Multipharma dont le siège est établi route de Lennik, n° 900 à 1070 Anderlecht, représentée par Monsieur William Janssens, Administrateur-Directeur Général, tendant à obtenir l'autorisation de transférer à proximité immédiate, l'officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Hôpital Notre-Dame, n°18 à 7500 Tournai vers la place Paul-Emile Janson, n°1 à 7500 Tournai;

Attendu que le dossier a été présenté à la Commission en séance du vingt-quatre novembre mil neuf cent nonante-sept;

Attendu qu'il s'agit de la même demande de transfert introduite le 15.03.1996 par le demandeur (dossier 3420/DX/96) pour laquelle la Commission d'Implantation a donné un avis négatif le 19.08.1996 et Monsieur le Ministre de la Santé publique une décision négative le 20 mars 1997;

Attendu que l'avis de la dite Commission émis le 19.08.1996 était fondé sur les quatre raisons ci-après :

1. que la demanderesse fait valoir que le bâtiment où son officine est implantée actuellement est inconfortable pour la clientèle qui doit franchir plusieurs marches pour atteindre le niveau de l'officine située à environ 80 centimètres du niveau de la rue;

2. qu'il ne s'agit pas là d'une raison déterminante pour justifier le transfert étant donné les possibilités et les moyens de transformation dont dispose la demanderesse;

3. que, par ailleurs, l'implantation projetée pour le transfert n'améliore pas une répartition adéquate des officines dans l'intérêt de la population (critère général repris à l'article 1, § 1, 2°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974);

4. que, de plus, cette implantation projetée se rapprocherait de l'officine du pharmacien DESMEDT, la distance séparant les deux officines passant de 111 mètres à quelque 64 mètres seulement, après le transfert envisagé;

Attendu qu'il a déjà été répondu aux arguments présentés actuellement à la Commission et qu'aucun élément objectif nouveau n'apparaît des débats;

Attendu que la demande, bien que recevable, n'est pas fondée";

14. Le 18 février 1998, la Société coopérative Groupe Multipharma indique dans un courrier adressé au Ministre de la Santé publique que la transformation du bâtiment est extrêmement difficile et, en tout cas, impossible dans des conditions économiques acceptables pour n'importe quel exploitant d'officine. A cet égard, elle

signale que, sur la base des rapports des bureaux d'études, le coût des travaux de transformation se situerait aux alentours de 4.100.000 FB.

Elle rappelle encore que l'équilibre général des implantations d'officines à Tournai, après le transfert projeté, reste inchangé, compte tenu de la densité de la population locale.

15. Le 5 mars 1998, la partie adverse accorde à la partie intervenante l'autorisation sollicitée.

Il s'agit de l'acte attaqué; il est motivé ainsi qu'il suit :

" Suite à votre demande du 2 juin 1997, visant à obtenir l'autorisation de transférer, à proximité immédiate, une officine pharmaceutique ouverte au public, sise à 7500 Tournai, rue Hôpital Notre-Dame, n° 18, vers le n° 1, place Paul-Emile Janson;

Vu l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales, modifié, notamment par les lois du 17 décembre 1973, 14 mai 1985 et 26 juin 1992;

Vu l'arrêté royal du 25 septembre 1974, concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, modifié par les arrêtés royaux des 19 avril 1977, 16 décembre 1981, 23 décembre 1983, 17 février 1988, 18 octobre 1994 et 3 avril 1997;

Attendu que la demande a pour objet le transfert d'une officine pharmaceutique, à proximité immédiate de l'endroit où elle est implantée, comme défini à l'article 1er, § 4, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité, sur une distance de 45 mètres, à l'intérieur de la commune de 7500 Tournai, comptant, sur une superficie de 21.375 hectares, pour 67.924 habitants, à la date du 1er janvier 1993, 35 officines, à la date du premier janvier 1998;

Attendu que le détenteur d'autorisation peut demander régulièrement le transfert de localisation du numéro d'autorisation à une nouvelle adresse;

Attendu qu'en application des critères démographiques énoncés à l'article 1er, § 2, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, l'implantation d'une nouvelle officine ne peut être réalisée;

Attendu qu'en l'occurrence, les deux objectifs définis à l'article 1er, § 4 et § 5, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, peuvent être rencontrés;

Attendu que l'officine, dont le transfert est sollicité, est difficilement accessible au public qui doit franchir plusieurs marches pour atteindre le niveau de l'officine situé à environ 80 centimètres du niveau de la rue, réduisant ainsi la satisfaction des besoins des patients, ce qui constitue une raison déterminante pour justifier la demande de transfert;

Attendu, par ailleurs, que la mise à niveau de la rue du bâtiment de l'officine constitue un ensemble de transformations techniquement et économiquement irréalisables et qu'il en résulte que le demandeur justifie d'un critère de raisons impérieuses pour le

transfert, prévu à l'article 2, § 1, 1°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, et que le demandeur peut se prévaloir de répondre au critère de l'article 2, § 1, 5°, premier tiret, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité;

Attendu qu'il doit être fait usage, dans un même voisinage, de ces critères conformément aux dispositions de l'article 4, § 3, 1°, 5ème alinéa, de l'arrêté royal n° 78 précité;

Attendu que, s'agissant d'un transfert, il convient d'avoir égard aux critères généraux de répartition des officines et notamment la prévention d'une trop forte concentration de pharmacies dans un endroit donné, conformément à l'article 1er, § 1, 2°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité;

Attendu qu'à l'endroit de la commune de 7500 Tournai, où est située l'autorisation faisant l'objet de la demande de transfert, une forte concentration d'officines est préexistante et que les dispositions, prévues à l'article 1er, § 5, littera a et b, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, sont largement rencontrées du fait que l'accomplissement du transfert n'est pas susceptible de modifier le niveau de concentration des officines;

Attendu, en outre, que les conditions pour l'application des dispositions dérogatoires, prévues par l'article 1er, § 5 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, étant remplies, d'une part, l'officine, la plus proche se situe à environ 0,066 km de l'endroit vers lequel le transfert est demandé et, d'autre part, l'officine, la plus proche de l'endroit où est située l'officine, faisant l'objet de la demande, se situera à environ 0,165 km de l'endroit vers lequel le transfert est demandé et que, en conséquence, la population, normalement susceptible d'être desservie par l'officine faisant l'objet de la demande de transfert, à l'endroit, vers lequel le transfert est demandé, est, compte tenu de la répartition locale des officines, maintenue dans l'état, tel qu'il existe à l'endroit où est située l'officine, faisant l'objet de la demande, soit de 2.500 habitants;

Attendu, en conséquence, que c'est sur base des dispositions de l'article 1er, § 4 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, que le transfert peut être octroyé;

Pour ces motifs, j'ai décidé de vous octroyer l'autorisation demandée.".

16. Le 29 avril 1998, la requérante, informée de cette décision, a demandé à la partie adverse de lui communiquer la décision précitée. Elle a adressé un rappel à la partie adverse le 4 juin 1998.

L'acte attaqué a été communiqué à la requérante le 8 juin 1998.

Considérant qu'il ressort des pièces de la procédure que, le 2 juin 1997, la Société coopérative Groupe Multipharma a introduit une demande d'autorisation de transfert à proximité immédiate de son officine vers le n° 1 de la place Paul-Emile Janson; que, conformément à l'article 12 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, la Commission d'implantation a donné, le 24 novembre 1997, un avis défavorable à cette demande d'autorisation de transfert; que la question se pose de savoir si, à la date de la décision attaquée, le Ministre était lié par cet avis;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient, à cet égard, que l'article 4, § 3, 1° et 2°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir, à l'exercice des professions qui s'y rattachent et aux commissions médicales, tel que remplacé par la loi du 17 décembre 1973 modifiant la loi du 12 avril 1958 relative au cumul médico-pharmaceutique et l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, n'était plus en vigueur à la date de la décision attaquée, au motif qu'il avait, à cette date, été remplacé par l'article unique de la loi du 14 mai 1985 modifiant l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, lequel ne précisait plus qu'en cas d'avis défavorable de la Commission d'implantation, le Ministre était tenu d'y conformer sa décision;

Considérant que, dans sa formulation première, l'article 4 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, était rédigé comme suit :

"§ 1er. Nul ne peut exercer l'art pharmaceutique s'il n'est porteur du diplôme légal de pharmacien obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé et s'il ne réunit pas en outre les conditions imposées par l'article 7, § 1er ou § 2.
Constitue l'exercice illégal de l'art pharmaceutique, l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions requises par l'alinéa 1er du présent paragraphe de tout acte ayant pour objet la préparation, l'offre en vente, la vente en détail et la délivrance, même à titre gratuit, de médicaments.
Le Roi peut, conformément aux dispositions de l'article 46, préciser les actes visés à l'alinéa précédent.

§2. Ne tombent pas sous l'application des dispositions du § 1er du présent article :
1° la délivrance de médicaments au seul usage des malades qu'il a, en traitement, par un médecin qui, par application de la loi du 12 avril 1958 relative au cumul médico-pharmaceutique, a obtenu la dérogation l'autorisation à tenir un dépôt, avant l'entrée en vigueur du présent arrêté;
2° la délivrance par un médecin ou par un praticien de l'art dentaire, dans les conditions éventuellement prescrites par la loi ou par les règlements, de médicaments dans les cas d'urgence ou, à titre gratuit, d'échantillons de médicaments; ces délivrances ne peuvent donner lieu en faveur du médecin à des honoraires ou bénéfices;
3° la délivrance par un médecin de médicaments destinés à combattre les maladies vénériennes à condition qu'il les ait fait préparer chez un pharmacien de l'arrondissement avec l'étiquette duquel il sera obligé de les fournir au client.
4° la fabrication et la préparation industrielles, le commerce et la distribution en gros ainsi que l'importation de médicaments dans les conditions prescrites par la loi ou les règlements;
5° la fourniture par un médecin vétérinaire dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur de médicaments achetés chez un pharmacien; ces conditions peuvent être modifiées par le Roi.

§3. Le Roi peut, sur avis des organisations intéressées, prendre toutes mesures en vue d'adapter le nombre des officines qui peuvent être ouvertes au public, en fonction des impératifs de la santé publique au plan national, régional ou local et compte tenu des différentes formes de délivrance de médicaments.";

qu'en vertu de la loi du 17 décembre 1973, précitée, l'article 4, § 3, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, a été remplacé par la disposition suivante :

" § 3, 1° L'ouverture, le transfert ou la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public sont subordonnés à l'autorisation préalable accordée au demandeur, personne physique ou morale.
L'autorisation est personnelle. Sans préjudice des règles fixées en vertu des dispositions du 6° du présent article, l'autorisation ne devient transmissible qu'au plus tôt cinq ans après l'ouverture de l'officine.
Le Roi fixe, après avis des organisations professionnelles pharmaceutiques les plus représentatives et pour autant que cet avis Lui soit fourni dans les soixante jours de la demande, les critères qui visent à organiser une répartition des officines pharmaceutiques, en vue d'assurer dans l'intérêt de la santé publique une dispensation adéquate, efficace et régulière des médicaments dans toutes les régions du pays, compte tenu des différentes formes de délivrance.
Il est statué sur les demandes qui concernent l'ouverture ou le transfert de deux ou plusieurs officines dans un même voisinage selon les critères de préférence arrêtés par le Roi.
2° Sans préjudice des dispositions de l'article 5 de la loi du 12 avril 1958 relative au cumul médico-pharmaceutique, le Ministre qui a la santé publique dans ses attributions décide de l'octroi de l'autorisation, sur l'avis motivé d'une commission d'implantation, avis qui est susceptible d'un recours auprès d'une commission d'appel dont l'avis doit également être motivé.
Le Ministre prend sa décision dans les trois mois qui suivent l'avis définitif.
La décision du Ministre contraire à l'avis favorable, est motivée. En cas d'avis défavorable, le Ministre est tenu d'y conformer sa décision.";

que, toutefois, la loi du 14 mai 1985, précitée, a modifié une nouvelle fois l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 précité; qu'en vertu de son article unique, l'article 4, § 3, 2°, tel qu'il avait été remplacé par la loi du 17 décembre 1973, précitée, devait se lire comme suit :

" 2° Sans préjudice des dispositions de l'article 5 de la loi du 12 avril 1958 relative au cumul médico-pharmaceutique, le Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions décide de l'octroi de l'autorisation, sur l'avis motivé d'une commission d'implantation, avis qui est susceptible d'un recours auprès d'une commission d'appel dont l'avis doit également être motivé.
Le Ministre prend sa décision motivée dans les trois mois qui suivent l'avis définitif.";

qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 14 mai1985, précitée, qu'initialement, l'intention du législateur était d'obliger le Ministre à prendre, dans tous les cas, une décision conforme à l'avis de la Commission d'appel (Doc. parl., Ch., sess. 1981-1982, n° 81/1), que c'est par amendement qu'il fut proposé de remplacer le deuxième alinéa de l'article 4, § 3, 2°, précité, par les termes : "Le Ministre prend sa décision motivée dans les trois mois qui suivent l'avis définitif" (Doc. parl., Ch., sess. 1981-1982, n° 81/2), étant précisé qu'il s'agissait "de confier l'entière responsabilité de la décision au Ministre de la Santé publique également en cas d'avis négatif"(Doc. parl., Ch., sess. 1981-1982, n° 81/3, p. 5), que la proposition de loi ainsi amendée fut adoptée en

commission de la Santé publique, de la Famille et de l'Environnement puis en séance publique par la Chambre des représentants, et votée ensuite par le Sénat pour devenir l'article unique de la loi du 14 mai 1985, précitée; qu'ainsi rédigé à la date de la décision attaquée, l'article 4, § 3, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, n'obligeait pas le Ministre à conformer sa décision à l'avis défavorable de la Commission d'implantation ou, le cas échéant, de la Commission d'appel;

Considérant qu'il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur-rapporteur d'examiner la requête en sa recevabilité et en son unique moyen,

D E C I D E :

Article 1er.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

L'auditeur désigné par l'auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Sur le vu de ce rapport, la requérante disposera de trente jours pour introduire un dernier mémoire et les parties adverse et intervenante d'un même délai pour y répondre.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le dix-sept mai deux mille quatre par :

MM.	ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
	HANSE,	Conseiller d'Etat,
	LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	HARMEL,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

P. HARMEL. R. ANDERSEN.