

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 197.433 du 28 octobre 2009

G./A.186.449/VI-17.636

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
PHARMACIES POPULAIRES LIEGEOISES,**

ayant élu domicile chez
Mes Philippe HALLET et Pierre LEJEUNE, avocats,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première
Ministre et Ministre des Affaires sociales et
de la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale,

ayant élu domicile chez
Me Jérôme SOHIER, avocat,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 21 décembre 2007 par la société coopérative à responsabilité limitée PHARMACIES POPULAIRES LIEGEOISES qui demande l'annulation de "la décision prise par le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique le 23 octobre 2007, rejetant sa demande de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public située rue Gérardrie, 17 à 4000 Liège vers le boulevard du 12^{ème} de Ligne, 1 (centre hospitalier régional de la Citadelle) à 4000 Liège";

Vu l'arrêt n° 190.834 du 25 février 2009 ordonnant la réouverture des débats;

Vu le rapport de M. AMELYNCK, Premier auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure;

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

Vu l'ordonnance du 22 septembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 21 octobre 2009;

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

Entendu, en leurs observations, Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. AMELYNCK, Premier 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 ont été exposés dans l'arrêt n° 190.834 du 25 février 2009;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen "de la violation du principe général de fair-play, de confiance légitime, du principe général «audi alteram partem» et du devoir de minutie pesant sur la partie adverse"; qu'elle fait valoir qu'à la demande expresse de la commission d'appel d'implantation des officines pharmaceutiques, elle "a produit, le 25 octobre 2005, un échantillon de 3000 ordonnances établissant que l'officine ayant effectivement fonctionné pendant cinq ans sur le site de la Citadelle avait été fréquentée par des habitants de Liège", que la partie adverse devait en prendre connaissance avant de statuer, qu'elle a pourtant décidé qu'"aucun enseignement utile ne [pouvait] être tiré des documents parcellaires qu'elle a produits et communiqués à l'Inspecteur des pharmacies et dont la commission n'a pu prendre connaissance, dès lors qu'ils étaient couverts par le secret professionnel", que la requérante devait pouvoir compter sur la ligne de conduite que la partie adverse s'était donnée à elle-même, que "l'affirmation du caractère parcellaire des documents produits n'est pas acceptable, dès lors [qu'elle] avait proposé, si la commission le jugeait opportun, de compléter les pièces produites par d'autres documents" et que "sur les 3000 ordonnances prescrites, les services de la partie adverse ont estimé opportun de n'en examiner que 500", que "quant au secret professionnel, loin d'amener la commission à ne pas prendre les pièces en considération, il avait pour conséquence :

- soit d'amener la commission à mandater la personne de son choix pour examiner les pièces afin de lui faire rapport;

- soit d'astreindre tous et chacun des membres de la Commission à respecter eux-mêmes ce secret",

mais qu'il ne permettait pas à la partie adverse d'écarter des informations qu'elle avait elle-même réclamées;

Considérant que, dans son mémoire en réplique et son dernier mémoire, la requérante affirme que le dossier administratif fait apparaître que les ordonnances ont été produites à la demande de la partie adverse, que, compte tenu du but de la mesure d'instruction, seules des ordonnances pouvaient être communiquées utilement, que, pour décider qu'aucun enseignement ne pouvait être tiré des ordonnances produites, la commission a estimé ne pas pouvoir prendre connaissance elle-même des documents demandés, ce que mentionne formellement l'acte attaqué, alors qu'elle était pourtant à l'origine de la demande de pièces, qui ne paraissait provoquer aucune difficulté liée au secret professionnel, qu'elle critique le caractère incomplet de ces documents alors qu'elle soutient pourtant que le prélèvement d'un échantillon de 500 documents au sein des 3000 ordonnances produites est une méthode de travail tout à fait acceptable, qu'elle omet de considérer que la requérante avait proposé de compléter les pièces produites, qu'elle se contente du rapport de son inspecteur alors qu'il ne contient aucune donnée relative à la seule information visée par la mesure d'instruction, à savoir déterminer la fréquentation de l'officine par des habitants de la ville de Liège, que la requérante a admis qu'il n'était pas possible d'établir un listing des patients liégeois ayant fréquenté l'officine, que cet élément n'était cependant pas déterminant, que le fait qu'un inspecteur de la pharmacie ait procédé à une lecture, par sondage, des pièces fournies ne rencontre pas le moyen parce que l'inspecteur n'a pas cherché à déterminer la proportion des habitants de la ville de Liège fréquentant l'officine;

Considérant que le moyen est pris de la violation de quatre principes généraux, celui de fair-play, celui de confiance légitime, celui qu'exprime l'adage Audi alteram partem et celui de minutie; que la requérante reste en défaut d'établir en quoi la partie adverse aurait méconnu la portée de chacun de ces principes en prenant la décision attaquée; que, s'agissant de vérifier si l'officine qui a fonctionné d'octobre 1995 à février 2001 sur le site où le transfert est actuellement demandé, a permis une meilleure répartition démographique des officines implantées sur le territoire de la ville de Liège et si, comme le demandait la commission, cette officine a desservi, entre autres, des personnes habitant Liège, la requérante a communiqué 3000 ordonnances, que 500 de celles-ci ont été examinées par un inspecteur de la pharmacie chargé de cette mission par la commission, que celui-ci a conclu que la clientèle de l'officine était en majeure partie constituée de personnes "de passage", qui s'étaient rendues à l'hôpital

pour une consultation ou un traitement et qui, par facilité immédiate, avaient choisi l'officine installée dans les locaux de cet hôpital, qu'en confiant pour avis l'examen des ordonnances à cet inspecteur, la commission n'a pas méconnu sa propre compétence mais a usé de la faculté ouverte à toute autorité administrative, hors de toute disposition législative ou réglementaire, de procéder à une consultation avant de décider, que la requérante a pu faire valoir son point de vue, notamment par une note rédigée par son avocat et déposée devant la commission d'appel d'implantation des officines pharmaceutiques, qu'en agissant ainsi qu'elle l'a fait, la partie adverse n'a manqué, ni au devoir de fair-play, ni à celui de minutie, ni à celui de confiance légitime pas plus qu'à la règle Audi alteram partem; que le deuxième moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 4, § 3, de l'arrêté royal n° 78 - application d'une norme contraire à la Constitution"; qu'elle affirme que la partie adverse a considéré qu'il n'existait qu'une seule catégorie d'officines pharmaceutiques, celle qui s'adresse "à une population de proximité, les habitants d'un quartier", que si cette interprétation devait être retenue, se poserait la question de la conformité de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public aux dispositions citées dans le moyen, que "l'arrêté royal n/ 78" impose au Roi d'établir des critères de répartition 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, que l'interprétation de la partie adverse amène à traiter, sur la base de critères identiques, des situations profondément différentes étant celle des officines s'adressant à une population de quartier et celle s'adressant à une population de passage, que, le 17 août 1999, la partie adverse a autorisé l'ouverture d'une officine dans la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles-National, alors que la population desservie par une telle officine est exclusivement une clientèle de passage, que cet arrêté repose sur l'article 4, § 3bis, de "l'arrêté n° 78" qui, par dérogation autorise un transfert vers les aéroports, qu'il ne se justifie pas de ne permettre la prise en considération de la population de passage que dans les seuls aéroports à l'exclusion des centres médicaux, tels le C.H.R., que ce serait traiter de manière discriminatoire des situations comparables, que les critères démographiques et géographiques contenus à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, tels qu'interprétés par la partie adverse, sont contraires à la Constitution et, pour ce motif, qu'ils doivent être écartés en application de l'article 159 de la Constitution;

Considérant que, dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, la requérante soutient que la partie adverse refuse, par une dénégation générale non autrement motivée, de tenir compte d'une clientèle de passage dont l'existence n'est pas mise en doute, qu'elle ne justifie pas cette interprétation en tenant compte des articles 10 et 11 de la Constitution et que l'objectif de la réglementation applicable est d'assurer la dispensation adéquate, efficace et régulière des médicaments dans toutes les régions du pays; qu'elle affirme que le moyen met en cause la conformité de l'article 1^{er}, § 5bis, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 aux articles 10 et 11 de la Constitution et au prescrit de "l'arrêté royal n° 78" qui impose au Roi d'établir des critères de répartition 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, que la référence à l'officine existante à l'aéroport national est pertinente, d'autant plus que la Belgique connaît des officines virtuelles accessibles via internet;

Considérant que le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de l'article 4, § 3, de "l'arrêté royal n° 78", la requérante négligeant d'en préciser la date et l'intitulé; qu'en admettant, par une interprétation particulièrement bienveillante, qu'il faille lire que la requérante se fonde sur l'article 4, § 3, 1/, alinéa 4, de l'arrêté royal n°78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, le troisième moyen n'est pas fondé; qu'en effet, aux termes de cette disposition :

" 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";

que, sur cette base, le Roi a élaboré l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public; que les critères visant à organiser une répartition adéquate des officines pharmaceutiques ouvertes au public reposent sur la notion d'habitant; que, par "habitants" au sens de l'article 1^{er}, § 3, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, il faut entendre les personnes qui ont une résidence permanente dans un quartier ou à un endroit dans les environs de l'officine projetée, en manière telle qu'ils achètent régulièrement leurs médicaments dans cette pharmacie; qu'en refusant de prendre en compte une population de passage, la partie adverse n'a commis aucune discrimination ni erreur en droit ou en fait;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de la violation "de la liberté du commerce et de l'industrie, de la violation du principe de proportionnalité, des articles 43 et 49 du Traité de Rome, des articles 81 et suivants du Traité de Rome lus en combinaison avec les articles 3 et 10 du même Traité, des articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne"; qu'elle affirme qu'en tant qu'entreprise, elle dispose de la liberté du commerce et de l'industrie, consignée dans l'article 7 du décret d'Allarde et reconnue par l'article 23 de la Constitution, par les articles 15, qui consacre la liberté professionnelle et le droit de travailler dans la profession de son choix, et 16, qui concerne la liberté d'entreprise, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000, qu'elle dispose encore du droit à la liberté d'établissement et de celui de pouvoir déployer son activité au sein d'un marché concurrentiel; qu'elle soutient que la législation et la réglementation belges portent atteinte aux droits fondamentaux consacrés par les dispositions visées dans son moyen, que cette atteinte est disproportionnée et que les préoccupations de Santé publique sont étrangères à la justification de la décision querellée, que si, selon l'état initial de la jurisprudence, le droit communautaire et ses principes ne pouvaient être invoqués que dans des litiges comportant un élément d'extranéité, mettant en cause des échanges intracommunautaires, de nouvelles solutions ont été dégagées par la Cour de justice aux termes desquelles "la véritable situation purement interne peut donc aujourd'hui être définie comme celle dans laquelle est en cause l'application d'une règle nationale qui n'a ni actuellement ni potentiellement d'effets sur les échanges intracommunautaires"; que s'il est loisible à la partie adverse de restreindre de tels droits, il lui incombe de respecter le principe de proportionnalité selon lequel il ne peut être porté atteinte à un droit garanti au-delà de ce qui est strictement nécessaire, que l'examen de la jurisprudence démontre le bien-fondé des effets pervers du système, que dans l'immense majorité des arrêts, le requérant est un exploitant proche de la nouvelle implantation qui voit d'un mauvais oeil l'arrivée d'un concurrent dans son "territoire", les préoccupations de Santé publique étant totalement absentes de ces débats;

Considérant que, dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, la requérante soutient que l'atteinte portée à ses droits par le refus de transfert querellé est illustrée "par le succès de l'officine implantée au sein de la Citadelle pendant les années où elle a pu fonctionner", que la partie adverse reste en défaut d'établir que des considérations de Santé publique justifient l'atteinte proportionnée à ses droits, que l'on se demande en quoi le fait de desservir la population fréquentant un hôpital, soit le personnel, les visiteurs et les patients, serait contraire à des considérations de Santé publique et que l'intérêt réellement protégé et déclaré tel par la partie

adverse est celui d'autres officines, que l'approvisionnement efficace des médicaments n'est pas compromis par le déplacement de l'officine à un endroit qui répond précisément aux demandes émanant du milieu médical et hospitalier, que les restrictions au droit d'établissement sont constantes, qu'elles ne constituent pas une situation purement interne, que l'existence d'un motif légitime au sens de l'article 46, en l'espèce la Santé publique, ne suffit pas pour déclarer la législation nationale compatible si elle n'est pas nécessaire pour atteindre cet objectif, que la charge de la preuve pèse sur la partie adverse, que la réglementation nationale ne remplit pas la condition de proportionnalité, qu'il existe d'autres moyens moins attentatoires à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services afin d'atteindre l'objectif poursuivi; qu'elle conclut que l'arrêté royal du 25 septembre 1974 est contraire aux articles 43 et 49 du Traité C.E.; que, subsidiairement, dans son dernier mémoire, se réclamant de l'article 234 du Traité C.E., la requérante demande que soient posées à la Cour de justice des communautés européennes les questions préjudicielles suivantes :

" 1/ Les atteintes à la liberté d'établissement et à la liberté des services des exploitants d'officines pharmaceutiques, telles que contenues à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, en ce que cette disposition impose des conditions très strictes quant à l'ouverture et au transfert d'officines pharmaceutiques et n'autorise notamment que la prise en compte des besoins des habitants implantés à proximité immédiate de l'officine à l'exclusion des besoins d'une population autre, telle qu'une population de passage, sont-elles justifiées par le seul fait que des considérations de santé publique sont alléguées, sans être établies, par l'Etat belge, à tout le moins, sont-elles proportionnées à l'objectif poursuivi et ne violent-elles pas les articles 43 et 49 du Traité CE ?;

2/ L'article 81 CE peut-il s'interpréter comme s'opposant à ce que les Etats membres maintiennent en vigueur des mesures réglementaires susceptibles d'éliminer ou de restreindre l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises ?

Si oui, l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public est-il contraire à l'article 81 du Traité CE ?";

Considérant que c'est en vain que la requérante allègue que la décision attaquée est contraire à la liberté de commerce et d'industrie, cette liberté n'étant pas absolue; que la réglementation relative à l'implantation des pharmacies apporte à son exercice une limitation qui n'est pas disproportionnée; que le moyen n'est pas fondé en ce qu'il est pris de la violation de cette liberté;

Considérant que l'accès de la population aux spécialités pharmaceutiques est étroitement lié à la Santé publique; qu'il ressort tant de la jurisprudence de la Cour de justice que de l'article 152, paragraphe 5, du Traité C.E. et du vingt-sixième considérant de la directive 2005/36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des

qualifications professionnelles que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à organiser des services de santé tels que les officines de pharmacie; que, toutefois, dans l'exercice de cette compétence, les Etats membres doivent respecter le droit communautaire, notamment les dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation, y compris la liberté d'établissement; que lesdites dispositions comportent l'interdiction pour les Etats membres d'introduire ou de maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice de ces libertés dans le domaine des soins de santé (voir, en ce sens, arrêts du 16 mai 2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325, points 92 et 146, du 10 mars 2009, Hartlauer, C-169/07, non encore publié au Recueil, point 29 et du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes, C-171/07);

Considérant que dans l'appréciation du respect de cette obligation, il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et intérêts protégés par le Traité et qu'il appartient aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la Santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint; que, ce niveau pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, il convient de reconnaître à ceux-ci une marge d'appréciation (voir, en ce sens, arrêts du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rec. p. I-14887, point 103; du 11 septembre 2008, Commission/Allemagne, C-141/07, non encore publié au Recueil, point 51, et du 10 mars 2009, Hartlauer, précité, point 30 et du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes, C-171/07);

Considérant que, pris sur le fondement de l'article 4 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, l'arrêté royal du 25 septembre 1974 impose comme critères visant à organiser une répartition adéquate des officines pharmaceutiques ouvertes au public la limitation du nombre de pharmacies par commune et le nombre d'habitants de celle-ci;

Considérant que, comme établi lors de l'examen du troisième moyen, par "habitants", au sens de l'article 1^{er}, § 3, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, il faut entendre les personnes qui ont une résidence permanente dans un quartier ou à un endroit dans les environs de l'officine projetée, en manière telle qu'ils achètent régulièrement leurs médicaments dans cette pharmacie;

Considérant que, par les dispositions précitées, la partie adverse a exercé le pouvoir d'appréciation que lui reconnaît la Cour de justice; que la juridiction supérieure n'est pas tenue de poser la question lorsque la Cour de justice y a déjà

répondu dans un arrêt antérieur; que les questions préjudicielles proposées par la requérante s'avèrent dès lors superflues; que, pour le surplus, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre interprétation des impératifs de Santé publique à celle de la partie adverse, réserve faite d'une erreur manifeste d'appréciation, non établie en l'espèce; que le quatrième moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-huit octobre deux mille neuf par :

M ^{me} DAURMONT,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

O. DAURMONT.