

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 202.749 du 2 avril 2010

G./A.189.299/VI-17.918

En cause : **1. DE CUYPER-PENNINCKX** Brigitte,
2. la société anonyme PHARMACIE GUISET,
3. la société anonyme PHARMACIE LAMBAUX,
4. RASMONT Nicole,
5. la société anonyme PHARMACENTRE,
6. la société anonyme PHARMACIE SOTIAUX,
7. COLLA Béatrice,
8. la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE WERA,

ayant élu domicile chez
Me Frédéric VAN DEN BOSCH, avocat,
rue de la Procession, n° 25,
1400 Nivelles,

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.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIES SERVAIS,

ayant élu domicile chez
Mes Dominique GERARD et Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 8 août 2008 par Brigitte DE CUYPER-PENNINCKX, la société anonyme PHARMACIE GUISET, la société anonyme - PHARMACIE LAMBAUX, Nicole RASMONT, la société anonyme PHARMACENTRE, la société anonyme PHARMACIE SOTIAUX, Béatrice COLLA et la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE WERA qui demandent l'annulation de "la

décision du Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique datée du 12 juin 2008 et octroyant à la SPRL SERVAIS (dont le siège social est établi à 1420 Braine-L'Alleud, chaussée d'Alseberg, 577) l'autorisation de transférer une officine établie à 1060 Bruxelles, avenue Brugmann, 19, vers 1410 Waterloo, boulevard de la Cense, section cadastrale de Waterloo, 1^{ère} division, B/2, n° 295b, s'agissant de la réfection d'un acte annulé par un arrêt n° 182.088 rendu par Votre Conseil, le 15 avril 2008";

Vu l'arrêt n° 188.924 du 17 décembre 2008 accueillant la requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée PHARMACIES SERVAIS dans la procédure en référé et rejetant la demande de suspension;

Vu la demande de poursuite de la procédure introduite le 19 janvier 2009 par les parties requérantes;

Vu l'ordonnance du 9 février 2009 accueillant provisoirement la requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée PHARMACIES SERVAIS dans la présente procédure;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le mémoire en intervention;

Vu le rapport de M. BOSQUET, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 1^{er} mars 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 mars 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Frédéric VAN DEN BOSCH, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaisant pour la partie adverse, Me Anne FEYT, avocat, comparaisant pour la partie intervenante et M^{me} SERVAIS;

Entendu, en son avis conforme, M. BOSQUET, 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/ 188.924 du 17 décembre 2008 précité; qu'il en ressort, notamment, que le 12 juin 2008, la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique a délivré une nouvelle autorisation de transfert, rédigée dans les termes suivants :

" OBJET : Loi du 17/12/1973. Arrêté royal du 25/9/1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, modifié par les arrêtés royaux des 19/4/1977, 16/12/1981, 23/12/1983, 17/2/1988, 18/10/1994, 3/4/1997, 3/3/1999, 25/3/1999, 8/12/1999, 20/7/2000, 15/4/2002 et 29/6/2003. Décision ministérielle.

Madame, Monsieur,

Vu la demande introduite le 28/1/1999 par la SPRL Pharmacie Mont-Saint-Pont (siège social: ruelle des Croix, 39 à 1390 Grez-Doiceau), devenue SPRL Pharmacies Servais (siège social: chaussée d'Alseberg, 577 à 1420 Braine-L'Alleud), tendant à obtenir l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise avenue Brugmann, 19 à 1060 Bruxelles vers le boulevard de la Cense, terrain cad. 1^{ère} division, B/2 n/ 295b, à 1410 Waterloo;

Vu l'arrêté royal n/ 78 du 10/11/1967 modifié notamment par les lois des 17/12/1973, 13/12/1976 et 14/5/1985 et vu l'arrêté royal du 25/9/1974 modifié par les arrêtés royaux des 19/4/1977, 16/12/1981, 23/12/1983, 17/2/1988, 18/10/1994, 3/4/1997, 3/3/1999, 25/3/1999, 8/12/1999, 20/7/2000, 15/4/2002 et 29/6/2003;

Vu l'avis favorable émis par la Commission d'implantation des officines en sa séance du 18/9/2000 au motif que le transfert satisfait aux critères prévus à l'article 1, § 5, b, de l'arrêté royal du 25/9/1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public;

Vu la décision ministérielle notifiée le 16/1/2001, par laquelle le ministre qui a la Santé publique dans ses attributions se rallie à l'avis favorable de la Commission d'implantation des officines et autorise le transfert sollicité;

Vu la requête en annulation contre cette décision introduite devant le Conseil d'Etat le 26/3/2001;

Vu l'arrêt n/ 182.088 du Conseil d'Etat du 15/4/2008 annulant l'exécution de la décision du 16/1/2001;

Vu le contenu de cet arrêt qui estime que la décision attaquée n'est pas adéquatement motivée;

Vu le rapport du Pharmacien-Inspecteur du 23 mai 2008;

Considérant que le Conseil d'Etat estime que l'avis de la Commission d'implantation omet toute référence à l'article 1^{er}, § 3, a) de l'arrêté royal du 25/9/1974 et ne contient aucune mention de la distance entre l'officine projetée et la pharmacie la plus proche;

Attendu qu'il appartient à l'autorité de tirer toutes les conséquences de cet arrêt et de prendre une nouvelle décision en tenant compte du contenu de cet arrêt;

Attendu qu'il est établi selon les éléments du dossier que l'implantation d'une officine supplémentaire n'est pas possible conformément à l'article 1, § 2 de l'arrêté royal du 25/9/1974, compte tenu du nombre d'habitants de la commune de Waterloo et du nombre d'officines existantes, parmi lesquelles se trouvent deux officines dans lesquelles deux ou plusieurs pharmaciens exercent simultanément leur art de façon effective et à plein temps, cette situation existant avant l'introduction de la demande de transfert;

Attendu que par dérogation aux dispositions de l'article 1, § 2 susmentionné, l'article 1, § 3 du même arrêté royal stipule que l'implantation d'une officine supplémentaire peut être autorisée:

- a) si la pharmacie la plus proche se trouve à environ 1 km de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 2.500 habitants;
- b) si la pharmacie la plus proche se trouve à environ 3 km de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 2.000 habitants;
- c) si la pharmacie la plus proche se trouve à environ 5 km de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 1.500 habitants;

Attendu que par dérogation aux dispositions de l'article 1, § 2 et 3 susmentionnés, l'article 1, § 5 du même arrêté royal stipule que le transfert peut être autorisé même si les critères fixés aux § 2 et 3 de l'arrêté royal du 25/9/1974 ne sont pas respectés, à condition:

- a) soit qu'il entraîne une moindre concentration des officines par rapport à la situation antérieure et qu'il ait lieu dans la même commune ou dans une commune limitrophe;
- b) soit qu'une des conditions prévues aux lettres a), b) ou c) du § 3 étant entièrement respectée, l'autre condition prévue aux mêmes lettres le soit au moins à raison de cinquante pour-cent.

Attendu que la disposition prévue à l'article 1, § 5, a) n'est pas applicable;

Attendu que la pharmacie la plus proche du lieu de transfert sollicité est la pharmacie WERA, rue de la Station 25 à 1410 Waterloo, la distance entre les deux étant de 990 mètres;

Attendu qu'une distance de 990 mètres peut, avec raison, être considérée comme une distance d'environ 1 km;

Attendu que conformément aux dispositions de l'article 1, § 3 susmentionné, il faudrait que la pharmacie dont le transfert est demandé couvre les besoins de 2.500 habitants;

Attendu que conformément aux dispositions de l'article 1, § 5 dérogeant aux dispositions de l'article 1, § 3, la condition de population peut être réduite de cinquante pour-cent;

Qu'ainsi, il suffit que la pharmacie pour laquelle le transfert est demandé couvre les besoins de 1.250 habitants pour que le transfert puisse être autorisé;

Attendu que je me rallie aux chiffres de population établis par la Commission d'implantation en son avis du 18/9/2000, laquelle Commission établissait que la pharmacie projetée pourrait desservir les besoins de 1.305 habitants, se répartissant comme suit:

[...]

Attendu toutefois qu'en raison du laps de temps qui s'est écoulé depuis l'avis de la Commission d'implantation, il est apparu opportun de demander à l'administration communale de Waterloo une actualisation des chiffres de la population;

Attendu que selon les données chiffrées fournies par ladite administration le 16 mai 2008, le tableau de population ci-dessus peut être revu comme suit:

[...]

Attendu que quelle que soit l'époque de référence, l'année 2000 ou l'année 2008, la population de 1 250 habitants requise par la réglementation est atteinte et permet l'établissement d'une officine pharmaceutique supplémentaire sur le territoire de Waterloo;

Attendu qu'à titre accessoire, il peut être ajouté à la population de 1272 personnes, les 157 habitants d'une nouvelle avenue qui est apparue suite à la construction d'immeubles sur le boulevard de la Cense, à savoir l'avenue du Château Jaco;

Qu'en effet, la proximité de cette avenue par rapport au lieu d'implantation demandé fait que la totalité de ces 157 habitants peut être retenue au profit de l'officine dont le transfert est demandé et que celle-ci pourrait donc couvrir actuellement les besoins de 1272 habitants + 157 habitants = 1429 habitants;

Attendu que dans son rapport du 23 mai 2008, le Pharmacien-Inspecteur, se basant sur l'attestation communale susvisée du 16 mai 2008 quant au nombre d'habitants recensés, indique effectivement que «l'actualisation des données du nombre d'habitants par rue me permet de mettre en évidence une augmentation d'environ 9,5 % du nombre d'habitants à comptabiliser pour la zone d'influence de la pharmacie. Actuellement on doit tenir compte que la pharmacie couvre les besoins de 1429 habitants et ne plus tenir compte du nombre retenu par la Commission d'implantation en 2000 à savoir 1305 habitants»;

Que le Pharmacien-Inspecteur conclut dans son rapport précité que :

«les critères de l'article 1, § 5, b de l'arrêté du 25/9/1974 sont respectés: la pharmacie Mont-Saint-Pont est située à environ 1 km de l'officine la plus proche. Compte tenu du critère distance respecté entièrement, le nombre d'habitants ne doit pas être respecté entièrement (2500) mais à cinquante pour-cent (1250). Cette pharmacie couvre les besoins de 1429 habitants (179 habitants en plus que le nombre légal requis par l'article susmentionné à savoir 1250 habitants). Par ailleurs, le nombre d'habitants retenu (1429) est en augmentation par rapport au nombre retenu antérieurement (1305).»

Attendu que je me rallie aux chiffres de population établis par le rapport du Pharmacien-Inspecteur, estimant que la pharmacie projetée pourrait desservir les besoins de 1.429 habitants;

Attendu que la population de 1.250 habitants requise par la réglementation est ainsi atteinte et permet l'établissement d'une officine pharmaceutique supplémentaire sur le territoire de Waterloo;

Par ces motifs,

J'ai décidé de vous accorder l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique sise avenue Brugmann, 19 à 1060 Bruxelles vers le boulevard de la Cense, terrain cad. 1^{ère} division, B/2 n/ 295b, à 1410 Waterloo.

[...];

Considérant que les parties requérantes prennent un moyen unique "de la violation de l'autorité attachée aux arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, du principe général de bonne administration, notamment de son principe de préparation avec soin d'une décision administrative, du principe de réfection des actes administratifs annulés par le Conseil d'Etat, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, notamment de son article 1^{er}, § 3, a), et § 5, b)"; qu'en une première branche, les parties requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir accompli l'acte attaqué sans reprendre la procédure d'instruction "là où l'illégalité a été constatée" par l'arrêt d'annulation n/ 182.088 du 15 avril 2008, et, en particulier, sans demander un nouvel avis à la commission d'implantation ni aux organes et institutions à consulter en la matière, que la partie adverse a chargé l'inspecteur de la pharmacie d'établir un nouveau rapport devant contenir les données géographiques et démographiques qui viendraient appuyer une nouvelle autorisation de transfert alors que, pour être régulière, la réfection d'un acte administratif annulé impliquait que l'autorité reprît la procédure au stade auquel l'illégalité avait été constatée, qu'appliquée à la matière des pharmacies, cette règle exige que, lorsque l'illégalité qui a déterminé l'annulation tient à l'avis de la commission d'implantation auquel s'est rallié le ministre en délivrant l'autorisation, la commission d'implantation soit à nouveau consultée; que les parties requérantes s'appuient sur les arrêts du Conseil d'Etat n/ 140.848 du 18 février 2005 et n/ 148.248 du 17 août 2005; qu'en l'espèce, l'arrêt d'annulation a considéré que la première autorisation du 16 janvier 2001 et l'avis de la commission d'implantation ne permettaient pas de déterminer si les conditions autorisant le transfert et, en particulier, celle qui a trait à la distance entre les officines pharmaceutiques les plus proches, étaient remplies, en manière telle que la commission d'implantation aurait dû être consultée avant toute réfection de l'autorisation;

Considérant que la partie adverse et la partie intervenante répondent que l'irrégularité de l'autorisation constatée par l'arrêt d'annulation tenait à la motivation formelle de la décision annulée, qu'il suffisait dès lors à la partie adverse de reprendre une décision en la motivant en termes adéquats, qu'elle n'avait pas à saisir à nouveau la commission d'implantation d'une demande d'avis, cela d'autant moins que l'arrêt d'annulation constatait "que les précisions nécessaires qui permettaient de justifier le transfert de l'officine en question, se trouvaient sans doute au dossier administratif et avaient bien été prises en compte dans le cours de l'instruction de la procédure administrative"; qu'elles en concluent que c'est au stade de la décision ministérielle elle-même qu'il convenait de se reporter, ce qui permettait d'assurer la sécurité juridique

dans les meilleurs délais et qu'il y avait une urgence certaine à statuer à nouveau sur la demande d'autorisation de transfert puisque les parties requérantes avaient décidé de citer la partie intervenante devant le président du tribunal de commerce siégeant comme en référé;

Considérant que les parties requérantes répliquent que l'arrêt n/ 182.088 du 15 avril 2008 fait ressortir que tant la décision du 16 janvier 2001 que l'avis donné par la commission d'implantation ne permettaient pas de déterminer si les conditions visées à l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, et en particulier celle qui a trait à la distance entre les officines pharmaceutiques ouvertes au public, étaient remplies, qu'il incombait à la partie adverse de reprendre la procédure là où avait été commise l'illégalité dénoncée et par conséquent d'obtenir l'avis motivé de la commission d'implantation avant de se prononcer sur la demande de transfert, que cet avis constitue une formalité substantielle qui s'imposait d'autant plus que la partie adverse avait repris la procédure au stade du rapport de l'inspecteur de la pharmacie et que, conformément aux articles 7 et 8 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, le dossier contenant le rapport de l'inspecteur de la pharmacie devait être transmis à la commission d'implantation; qu'elles affirment encore que l'introduction de la procédure en cessation devant le président du tribunal de commerce de Nivelles ne saurait en aucun cas justifier l'urgence de reprendre une décision qui ne serait pas purgée de son vice;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient qu'en l'espèce il y avait urgence à statuer à nouveau sur la demande de transfert, que les requérantes avaient cité la société privée à responsabilité limitée PHARMACIES SERVAIS, partie intervenante, devant le Président du tribunal de commerce siégeant comme en référé tandis que la partie intervenante avait à son tour cité la partie adverse en intervention et garantie, en manière telle qu'il était essentiel de rétablir la sécurité juridique dans les meilleurs délais alors que le seul grief retenu à l'encontre de la décision ministérielle se limitait à un vice de forme;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie intervenante soutient que l'arrêt n/ 182.088 du 15 avril 2008 n'obligeait nullement à décider que l'avis de la commission d'implantation était entaché d'irrégularité, qu'en faisant figurer la référence à l'article 1^{er}, § 3, a), de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité et la distance entre l'officine projetée et l'officine la plus proche dans la décision attaquée elle-même, la partie adverse a parfaitement exécuté l'arrêt précité, qu'il ne peut être tiré argument ni de l'arrêt n/ 148.248 du 17 août 2005, lequel a été prononcé au terme d'un examen prima

facie au contentieux de la suspension, ni de l'arrêt n/ 180.948 du 13 mars 2008, qui est un arrêt de rejet; qu'elle soutient que, par l'arrêt n/ 190.135 du 3 février 2009, il a été admis que le ministre compétent pouvait prendre une nouvelle décision sans disposer d'un nouvel avis de la commission d'implantation alors cependant qu'un arrêt n/ 67.607 du 29 juillet 1997 avait fait ressortir que cet avis était "affecté d'une insuffisance de motivation relative aux conditions de fond de la demande d'installation de l'officine";

Considérant que, lorsque, comme en l'espèce, une première autorisation de transfert motivée exclusivement par référence à l'avis de la commission d'implantation dont elle s'approprie les motifs, est annulée par le Conseil d'Etat en raison d'une insuffisance de motivation relative aux conditions de fond de la demande de transfert, l'autorité compétente reste saisie de la demande d'autorisation et doit statuer à nouveau sur celle-ci, en veillant à ne pas reproduire l'illégalité qui a déterminé le prononcé de l'annulation de la première autorisation; qu'il ressort de l'arrêt n/ 182.088 du 15 avril 2008 que la commission d'implantation, dans son avis favorable du 18 septembre 2000, ne s'est pas prononcée sur la distance entre la pharmacie projetée et la pharmacie la plus proche, alors que l'article 1^{er}, § 3, a), de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 prévoit que l'implantation d'une officine supplémentaire peut être autorisée si la pharmacie la plus proche se trouve à environ un kilomètre de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 2.500 habitants; que le même arrêt énonce qu'une précision quant à la prise en compte de cette distance se recommandait d'autant plus que la situation présentait la particularité que trois pharmacies et non une seule se trouvaient à environ un kilomètre du lieu d'implantation de la pharmacie à transférer; que c'est en vain que la partie adverse et la partie intervenante font état de ce que, dans le même arrêt, il est affirmé que ces précisions auraient dû se trouver dans la décision attaquée elle-même ou, à tout le moins, dans l'avis de la commission d'implantation dont elle portait référence; que cette formulation implique que le ministre, nanti de l'avis du nouveau rapport de l'inspecteur de la pharmacie eût dû le soumettre, à tout le moins, à la commission d'implantation lui permettant ainsi de donner un avis sur le respect des conditions prévues par l'article 1^{er}, § 3, a) et § 5, b) de l'arrêté royal du 25 septembre 1974; qu'en l'espèce, force est de constater que l'autorisation attaquée, qui se borne à mentionner que la pharmacie la plus proche du lieu de transfert sollicité est la pharmacie WERA, rue de la station 25 à Waterloo, la distance entre les deux étant de neuf cent nonante mètres, sans évoquer les autres pharmacies, a été délivrée sans nouvelle consultation de la commission d'implantation et dès lors sans que celle-ci ait donné un avis sur la condition relative à la distance entre les officines, dans le respect des articles 7 à 13 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974; que, dans la mesure où il est pris de cette illégalité, le moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée PHARMACIES SERVAIS est accueillie.

Article 2.

Est annulée la décision du ministre des Affaires sociales et de la Santé Publique datée du 12 juin 2008 octroyant à la société privée à responsabilité limitée PHARMACIES SERVAIS l'autorisation de transférer une officine pharmaceutique établie à 1060 Bruxelles, avenue Brugmann, 19, vers 1410 Waterloo, boulevard de la Cense, section cadastrale de Waterloo, 1^{ère} division, B/2, n° 295b.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 2.925 euros, sont mis à la charge de la partie adverse, à concurrence de 2.800 euros, et à la charge de la partie intervenante, à concurrence de 125 euros.

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

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
HOUYET,
M^{me} HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

C. HUGÉ.

O. DAURMONT.