

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.060 du 27 octobre 2011

G./A.192.221/VI-18.185

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
MULTIPHARMA, venant aux droits de
la société coopérative à responsabilité limitée
PHARMACIES POPULAIRES LIEGEOISES,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HALLET et
Pierre LEJEUNE, avocats,
rue des Fories, n° 21,
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
Mes Pierre LEGROS et
Jérôme SOHIER, avocats,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 15 avril 2009, la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA demande l'annulation de "la décision prise par le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique le 16 février 2009, rejetant sa demande de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public située Avenue des Martyrs, 252 à Fléron vers la Rue Bureau, 18 à Fléron".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 213.197 du 11 mai 2011 a rouvert les débats.

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

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 31 août 2011, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 12 octobre 2011.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Philippe HALLET, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, Christian AMELYNCK, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. REPRISE D'INSTANCE

Il ressort du dernier mémoire de la partie requérante daté du 24 juin 2011 et de l'attestation notariale du 26 mai 2011 qui y est annexée, que la société initialement requérante, la société coopérative à responsabilité limitée PHARMACIES POPULAIRES LIEGEOISES a été absorbée par la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA. Dans ces conditions, l'instance initialement diligentée par la société coopérative à responsabilité limitée PHARMACIES POPULAIRES LIEGEOISES, est reprise par la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA.

IV. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la requête ont été exposés dans l'arrêt n° 213.197, précité.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen "de la violation de la liberté du commerce et de l'industrie (décret d'Allarde), de la violation du principe de proportionnalité, des articles 43 et 49 du Traité de Rome, des articles 81 et suivants du Traité du 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 ainsi que de l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique".

La requérante fait valoir qu'en tant qu'entreprise, elle dispose du droit à la liberté d'établissement et au déploiement de son activité au sein d'un marché concurrentiel. Elle invoque la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à l'appui de son argumentation. Elle soutient que si, selon l'état initial de cette 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. Celle-ci examine si la réglementation nationale dont le juge de renvoi doit faire application est, potentiellement, au-delà du cas d'espèce qui lui est soumis, contraire au droit communautaire. Elle affirme que la législation et la réglementation belge portent atteinte aux droits fondamentaux consacrés par des dispositions d'effet direct, visées dans son moyen, ainsi qu'à l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 précitée, qui en constitue le pendant en droit purement interne belge. Elle soutient, en substance, que l'atteinte portée à ses droits fondamentaux par la décision attaquée est disproportionnée et que les préoccupations de santé publique sont étrangères à la justification de la décision attaquée.

Dans son mémoire en réplique, la requérante écrit que l'atteinte portée à ses droits par le refus de transfert attaqué n'est pas justifiée par des considérations de santé publique, mais bien par une conception du "libre jeu de la concurrence" défendue par la partie adverse, laquelle consisterait à faire usage des prérogatives qui sont les siennes en vue d'entraver l'action de la requérante au bénéfice d'autres acteurs.

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, la requérante énonce que, par un arrêt du 8 mars 2011 la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que l'article 20 du TFUE était d'application hors de tout élément d'extranéité au motif que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres, que le droit dont elle se prévaut est un autre droit

fondamental de l'Union européenne, que l'arrêt du 8 mars 2011 ne consacre pas une solution spécifique au contentieux des étrangers et que la circonstance que la situation d'espèce ne présenterait aucun élément d'extranéité n'est pas pertinente pour exclure l'application du droit de l'Union européenne. Elle fait observer qu'en tout état de cause, elle a invoqué à l'appui de son moyen l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, dont l'application ne requiert aucun élément d'extranéité. Elle affirme que la législation belge comporte des mesures attentatoires à la liberté d'établissement qui ne peuvent se justifier par des considérations de santé publique mais par la volonté de restreindre le nombre de pharmacies en vue de réduire les dépenses corrélatives. Elle conclut que la réglementation, telle qu'appliquée, porte atteinte de manière non proportionnée à son droit d'établissement.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Des limitations peuvent être apportées à la liberté du commerce et de l'industrie, pour autant qu'elles reposent sur une justification objective et raisonnable et qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi par l'autorité.

Pris sur le fondement de la loi du 31 mars 1967 attribuant certains pouvoirs au Roi en vue d'assurer la relance économique, l'accélération de la reconversion régionale et la stabilisation de l'équilibre budgétaire, dont l'article 3 permet au Roi d'abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé apporte, en ce qui concerne en particulier l'exercice de l'activité de pharmacien, une limitation à la liberté du commerce. Cet arrêté royal établit en effet en son article 4, § 3, 1°, le principe de la répartition des officines pharmaceutiques, celui de la limitation du nombre d'officines ouvertes au public et l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à l'ouverture d'une telle officine. Selon la disposition précitée, le Roi doit déterminer 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.

La motivation de la décision attaquée fait référence à l'avis donné le 16 décembre 2008 par la commission d'implantation des officines. Elle fait apparaître qu'en substance, c'est bien cette préoccupation qui a guidé l'autorité dans sa décision.

Il est apparu à celle-ci que le transfert demandé n'apporterait ni une meilleure répartition géographique, ni une meilleure répartition démographique des officines par rapport à la situation existante

Il ressort de l'arrêt n° 213.197 du 11 mai 2011, à l'occasion de l'examen du premier moyen, qu'une telle conclusion ne procédait d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

Les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne portent que :

" Article 15

Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens de l'Union.

Article 16

Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales".

L'article 43 du Traité de Rome est rédigé en ces termes :

"Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

[...]".

L'article 49 du même traité est rédigé en ces termes :

"Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

[...].

L'article 81 du même traité est rédigé ainsi qu'il suit :

- " 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun [...]".

L'article 82 est rédigé en ces termes :

- " Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

[...]".

Il résulte de l'article 43 du Traité que la liberté d'établissement bénéficie aux ressortissants européens lorsqu'ils font usage de leur liberté de circulation au sein de l'Union. Le déplacement est un élément de la libre circulation et se présente comme condition du bénéfice des droits liés à celle-ci.

En l'absence d'élément d'extranéité, la non-applicabilité de l'article 43 a été reconnue notamment par l'arrêt S.P.R.L. LABORATOIRES DE BIOLOGIE CLINIQUE BIORIM (en faillite), n° 168.089, du 21 février 2007.

La même conclusion s'impose en l'espèce.

Par ailleurs, la requérante n'établit pas en quoi la législation visée serait contraire à l'article 49 du Traité de Rome.

Quant aux articles 81 et 82 du Traité de Rome, ils sont insérés dans une section intitulée "Règles applicables aux entreprises". L'interdiction des ententes et des abus de position dominante qu'ils édictent visent dès lors les entreprises.

L'Etat peut être concerné par le régime de concurrence, soit directement en qualité d'opérateur économique, lorsqu'il intervient par la création et la gestion d'entreprises publiques, soit indirectement par la réglementation de l'activité économique.

La première situation est visée par l'article 86, alinéa 1^{er}, du traité instituant la Communauté européenne qui prévoit que :

" Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus".

La seconde situation a été rencontrée par la Cour de justice. Il en découle que l'Etat ne peut, par la réglementation qu'il édicte, susciter, imposer ou renforcer les ententes entre entreprises ou l'abus de position dominante d'une entreprise.

Dès lors que la requérante n'entend dénoncer aucun abus de position dominante, on voit mal comment les articles 81 et suivants du Traité de Rome peuvent servir de fondement à son argumentation.

Au demeurant, en réponse à une question écrite d'un parlementaire, la Commission européenne a déclaré notamment que :

" [...]

dans le contexte spécifique du droit d'établissement au sein de la Communauté, des mesures nationales telles que celles dont il est fait état (monopole attribué aux pharmaciens pour la vente de médicaments non soumis à prescription médicale, critères démographiques et géographiques conditionnant l'ouverture des officines, concours public pour avoir l'autorisation d'ouvrir une officine, horaires et gardes des pharmacies fixés par l'autorité publique et conditions restrictives en matière de publicité) ne sont pas contraires au principe du libre établissement figurant à l'article 52 du traité CE à partir du moment où elles s'appliquent de façon non discriminatoire et sont proportionnées par rapport à l'objectif recherché. La Commission considère également que le caractère disproportionné de ces mesures par rapport à l'objectif recherché reste à établir" (J.O., n° C320 du 6 novembre 1999, p. 32)."

On n'aperçoit pas davantage que la requérante entende dénoncer "tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci", au sens de l'article 3 de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique.

Enfin, l'enseignement de l'arrêt prononcé par la Cour de justice le 8 mars 2011 dans la cause C-34/09 Gerardo Ruiz ZAMBRANO c/Office national de l'emploi, invoqué par la partie requérante dans son dernier mémoire, se fonde sur la qualité de citoyen de l'Union, mais ne paraît pas transposable à l'espèce.

Le moyen n'est pas fondé

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Arguments de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la "violation du principe général «Audi alteram partem» et des droits de la défense, des articles 11 et 13 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public". Elle soutient qu'elle a été entendue par la commission d'implantation des officines le 16 décembre 2008 et que c'est le même jour que celle-ci a formulé l'avis dont l'autorité s'est approprié la motivation, ce qui fait apparaître que l'audition de la requérante ne présentait aucune utilité. Elle affirme encore n'avoir pas reçu copie de l'avis de la commission d'implantation avant que la partie adverse ait pris sa décision, en manière telle qu'elle n'a pu contredire cet avis, alors que la réglementation impose de notifier l'avis dans les soixante jours à compter de la séance. Elle énonce que pour que la notification présente un effet utile, il est nécessaire qu'un délai d'attente permettant de réagir utilement à l'avis soit respecté entre la réception de celui-ci et la prise de décision.

Dans son mémoire en réplique, la requérante entend constater que la partie adverse ne répond rien au fait que la réglementation lui impose de notifier l'avis de la commission d'implantation dans un certain délai.

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, elle soutient que, par une interprétation téléologique des dispositions visées au moyen, la partie adverse était tenue non seulement de notifier l'avis de la commission mais encore de permettre à la requérante de le contredire.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ni l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 précité, ni l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité ne prévoient que celui qui sollicite un transfert d'officine doit être entendu, ou mis dans la position d'exprimer ses arguments, postérieurement à l'avis de la commission d'implantation.

Le principe général de droit "Audi alteram partem" ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce. Par la décision attaquée, la partie adverse n'a pas pris une mesure grave en considération du comportement de la requérante, mais lui a refusé une autorisation pour des motifs étrangers à sa personne.

De surcroît la requérante ne peut être suivie en ce qu'elle invoque la violation des droits de la défense, la décision attaquée n'ayant pas le caractère d'une sanction.

Le moyen est mal fondé.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII. 1. Arguments de la partie requérante

La requérante prend un quatrième moyen de la "violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs".

Elle fait état de ce que deux autorités consultées par la partie adverse ont remis un avis favorable au transfert, étant l'office des pharmacies coopératives de Belgique et le gouverneur de la province.

Elle reproche à la décision attaquée de ne comporter aucun motif explicitant les raisons pour lesquelles elle s'écarter de l'avis des instances qu'elle devait consulter en application de la réglementation et qu'elle vise de surcroît dans son préambule.

Dans son mémoire en réplique, la requérante admet qu'il était loisible à la partie adverse de s'écarter des avis recueillis, mais qu'il lui appartenait alors de motiver sa position en la forme, ce qu'elle n'a pas fait.

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, la requérante énonce que les avis auxquels il n'a pas été répondu sont prévus par la réglementation et que, même si d'autres avis doivent être recueillis, dont celui de la commission d'implantation, la partie adverse était tenue de rencontrer les avis dont elle avait décidé de s'écarter.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Toute autorité administrative qui décide de s'écarter d'un avis, même non contraignant, doit en donner les raisons dans sa décision.

Les demandes de transfert d'officines pharmaceutiques donnent lieu à divers avis.

Elles sont examinées par l'autorité selon la procédure prévue aux articles 4 à 15bis de l'arrêté royal du 25 septembre 1974.

Il en découle que cette procédure comporte plusieurs phases, qu'il est permis de décomposer comme suit :

- une phase d'instruction, préalable à l'avis de la commission d'implantation, pendant laquelle des avis doivent être recueillis et qui se clôture par les conclusions de l'administrateur général de l'agence fédérale des Médicaments et des Produits de santé ou son délégué;
- l'avis de la commission d'implantation compétente;
- la décision finale qui statue sur la demande.

Au cours de la phase d'instruction préalable, cinq avis ont été recueillis.

Trois furent défavorables au transfert et deux autres lui furent favorables, étant ceux de l'OPHACO et du Gouverneur de la Province de Liège.

La requérante reproche à la partie adverse de ne pas les avoir rencontrés dans la décision attaquée

Il s'avère que, selon la procédure d'examen fixée dans l'arrêté royal du 25 septembre 1974, c'est sur la base de l'avis de la commission d'implantation que la partie adverse se prononce. Il ne peut dès lors lui être reproché de n'avoir pas fait état d'avis donnés au cours de l'instruction préalable à celui de la commission d'implantation et de ne pas avoir expliqué pourquoi elle s'en écartait dans la motivation de sa décision.

Il ressort au demeurant de l'article 7 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 que les avis qui y sont mentionnés, tels celui du gouverneur de la province et celui des organisations pharmaceutiques les plus représentatives, sont destinés à la commission d'implantation puisqu'ils sont recueillis par le secrétariat de celle-ci avant qu'il ne lui soumette la demande d'autorisation.

Le moyen est mal fondé.

Aucun des moyens de la requête n'étant fondé, celle-ci ne peut être accueillie.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de reprise d'instance introduite par la société coopérative à responsabilité limitée MULTIPHARMA est accueillie.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

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-sept octobre deux mille onze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.