

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.402 du 20 janvier 2012

G./A.202.394/VI-19.316

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE DE LA BUISSIÈRE,**

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première
Ministre et Ministre des Affaires sociales et de
la Santé publique, chargée de Beleris et des
Institutions culturelles fédérales.

Partie intervenante :

la société anonyme UNIVERSAL PHARMA,

ayant élu domicile chez
Mes Luc MISSON et
Sylvie BREDÆEL, avocats,
rue des Pitteurs, n° 41,
4020 Liège.

LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,

I. OBJET DE LA REQUÊTE

Par une requête introduite le 8 novembre 2011, la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE DE LA BUISSIÈRE demande au Conseil d'Etat d'imposer à la partie adverse le paiement d'une astreinte de 2.000 euros par jour, à défaut de retrait, dans les huit jours de la notification de l'arrêt à intervenir, de sa décision du 29 août 2011 d'autoriser le transfert de l'officine située rue Léopold 44 à 4000 Liège vers la route de Sartiau n° 123 à Biercée, suite à la demande introduite le 13 avril 2006 par la S.A. Universal Pharma".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 6 décembre 2011, la société anonyme UNIVERSAL PHARMA demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Une ordonnance du 21 décembre 2011 accueille provisoirement cette intervention.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Le mémoire en intervention a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Christian AMELYNCK, a rédigé un rapport sur la base de l'article 6 de l'arrêté royal du 2 avril 1991 déterminant la procédure en matière d'astreinte devant le Conseil d'Etat.

Il est fait application de l'article 36, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

Une ordonnance du 21 décembre 2011 fixe l'affaire à l'audience du 11 janvier 2012 à 11 heures.

Le rapport et l'ordonnance de fixation ont été notifiés aux parties.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Sylvie BREDDEL, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

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

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Par son arrêt n° 213.198, du 11 mai 2011, le Conseil d'Etat a annulé, à la requête de la S.P.R.L. PHARMACIE DE LA BUISSIÈRE :

" la décision du 30 janvier 2007 par laquelle le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique accorde à la société anonyme UNIVERSAL PHARMA l'autorisation de transférer son officine pharmaceutique sise rue Léopold, 44, à 4000 Liège, vers la route de Sartiau, 123, à 6533 Biercée".

Cet arrêt a été notifié à la partie adverse le 17 mai 2011, ainsi qu'en atteste la signature qui figure sur l'accusé de réception qui figure dans le dossier du greffe.

III. 2. Selon la requérante, le 13 juillet 2011, la partie requérante et la S.P.R.L. PHARMACIE DU BEFFROI citent la S.A. UNIVERSAL PHARMA devant le juge des référés de Bruxelles aux fins d'entendre celle-ci condamnée à fermer l'officine pharmaceutique sise route de Sartiau, 123, à 6533 Biercée.

III. 3. Le 18 juillet 2011, le président de la Commission d'implantation des officines écrit ce qui suit au Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique :

" Nous accusons réception de votre demande du 20 juin 2011 tenant à rendre un nouvel avis portant sur la question de savoir si l'officine concernée était ou non régulièrement ouverte au public au moment de l'examen du dossier qui a mené à l'avis de notre commission du 11 décembre 2006.

Après avoir pris connaissance de votre demande, [nous] sommes d'avis que notre Commission n'a ni juridiction ni compétence pour porter une appréciation quelconque sur une décision définitive rendue le 11 mai 2011 par le Conseil d'Etat.

En effet, par cet arrêt, le Conseil d'Etat a annulé la décision du 30 janvier 2007 par laquelle était accordée à la S.A. UNIVERSAL PHARMA l'autorisation de transférer son officine pharmaceutique sise rue Léopold, 44, à 4000 Liège, vers la route de Sartiau, 123 à 6533 Biercée.

Le Conseil d'Etat relève notamment «que les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante, de telle sorte qu'il faut considérer que cette officine est bien demeurée fermée pendant la période courant du 3 mars 2003 au 3 mars 2006 et qu'elle ne pouvait plus dès lors être transférée».

Nous ne pouvons plus donner un avis sur un point de fait définitivement établi par le Conseil d'Etat et repris dans la motivation de son arrêt car l'autorité de chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande (art. 2 et 25 du code judiciaire).

Conséquemment, notre Commission ne peut déférer à votre demande sans violer la loi et sans outrepasser sa compétence".

III. 4. Le 29 août 2011, le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique décide d'accorder à la S.A. UNIVERSAL PHARMA l'autorisation de transfert d'officine sollicitée par elle.

Cette décision, qui retrace l'historique du dossier, contient notamment la motivation suivante :

" Considérant [...] que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 213.198 du 11 mai 2011 précité énonce que «les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante, de telle sorte qu'il faut considérer que cette officine est bien demeurée fermée pendant la période courant du 3 mars 2003 au 3 mars 2006», si bien qu'elle ne pouvait plus être transférée.

Considérant toutefois que l'officine était régulièrement implantée sous le numéro 6263347;

Que cette autorisation n'a jamais été suspendue, annulée ou déchue; que l'officine n'a pas été fermée plus de dix ans; qu'une demande de transfert, objet de la présente décision, a été introduite; qu'elle n'a pas fait l'objet d'une demande de fermeture définitive;

Que le 17 mai 2004, vous avez obtenu, en application de l'article 4, § 3, alinéa 7 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, l'autorisation de maintenir temporairement l'officine fermée, avec maintien de votre autorisation 626347, pour une période de 3 ans débutant le 3 mars 2003; que, conformément à l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, cette autorisation de fermeture temporaire a expiré le 29 avril 2004, c'est-à-dire à la réouverture de l'officine sur le lieu d'implantation à la rue Léopold 44 à 4000 Liège; que cette réouverture a fait l'objet d'un enregistrement conformément à l'article 20, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974; qu'une attestation de cet enregistrement portant le numéro 626347/2 vous a été délivrée le 19 mai 2004; que cette attestation précise que le pharmacien-titulaire de l'officine est Madame Marie-Louise DETRY, ce qui indique sans équivoque la réouverture de la pharmacie à la rue Léopold 44 à 4000 Liège; que, de plus, le fait que l'officine a été rouverte le 29 avril 2004 est des éléments dont le Conseil d'Etat a tenu compte pour fonder sa décision sans son arrêt n° 135.451 du 27 septembre 2004 (page 8/11, 1^{er} paragraphe «Considérant que l'officine sise rue Léopold, n° 44 à Liège a été fermée temporairement du 3 mars 2003 au 29 avril 2004»);

Considérant qu'il nous appartient de tenir compte de l'ensemble de ces éléments, sans que cela ne porte atteinte à l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 213.198 du 11 mai 2011 précité; qu'en effet, les pièces relatives à ces éléments étaient étrangères au contentieux relatif à la demande d'autorisation de transfert d'officine dans l'entité de Biercée, et n'ont donc pas été produites au dossier administratif de la procédure devant le Conseil d'Etat;

Qu'en réalité, ces documents ont été communiqués au Conseil d'Etat, sur le tard, par la partie intervenante S.A. UNIVERSAL PHARMA, en dehors des délais prescrits par le règlement général de la procédure devant le Conseil d'Etat, et n'ont donc pas été pris en considération par le juge administratif, au titre de pièces de la procédure, que la formule retenue par l'arrêt n° 213.198 du 11 mai 2011 précité, selon laquelle, «les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante», nous permet, en conséquence, de tenir compte de ces autres pièces pour considérer, sans qu'il n'y ait d'atteinte à

l'autorité de la chose jugée, que l'officine en question a toujours été réputée ouverte au public;

Que ces éléments indiquent que l'officine a toujours été ouverte au public ou réputée ouverte au public et qu'aucune fermeture ne faisait obstacle à son transfert;

Considérant que l'avis favorable émis par la Commission d'implantation le 11 décembre 2006, considéré comme faisant partie intégrante de la présente décision, énonce notamment qu' :

«Attendu que l'endroit choisi par la demanderesse pour son transfert est distant de 2,7 km de la pharmacie la plus proche, à savoir : la pharmacie PATTYN à Lobbes;

Attendu que la demanderesse ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 1^{er}, § 2, de l'arrêté royal du 25/9/1974 puisque l'entité de Thuin compte déjà six pharmacies;

Attendu que la demanderesse peut se prévaloir du § 5 b) dudit article qui renvoie au § 3, dans la mesure où l'on estime que la population à prendre en compte est de 1000 habitants et que la localité de Bercée totalise 1088 habitants»;

Considérant que la répartition locale des pharmacies au lieu d'implantation demandé n'a pas changé;

Que la population de la localité de Biercée [...] comptait, au 16 août 2011, 1.096 habitants;

Par ces motifs, j'ai décidé de vous accorder l'autorisation de transfert demandée".

Selon la requérante, cette décision est annexée aux conclusions de l'Etat belge, déposées le 30 août 2011 devant le juge des référés de Bruxelles à la suite de la citation introduite par la partie requérante et la S.P.R.L. PHARMACIE DU BEFFROI le 13 juillet 2011.

III. 5. Par une lettre recommandée du 25 octobre 2011, la partie requérante demande à la partie adverse de retirer la décision précitée du 29 août 2011.

A l'appui de cette demande, elle invoque l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 213.198 précité, et elle fait état de son intention de solliciter auprès du Conseil d'Etat que soit ordonnée l'infliction d'une astreinte en ce sens.

III. 6. Par un recours introduit le 31 octobre 2011, la S.P.R.L. PHARMACIE DU BEFFROI a postulé l'annulation de la décision précitée du 29 août 2011, autorisant la S.A. UNIVERSAL PHARMA à transférer une officine. Ce recours est inscrit sous le n° G./A.202.272/VI-19.304 et est toujours pendant.

IV. FONDEMENT DE LA DEMANDE

IV. Arguments des parties

a) La partie requérante fait état de ce que dans l'arrêt n° 213.198, l'annulation a été "prononcée au motif que l'autorisation préalable de transfert d'une officine pharmaceutique ne peut valablement être délivrée que si celle-ci est ouverte au public et qu'en l'espèce, l'officine est bien demeurée fermée durant la période courant du 3 mars 2003 au 3 mars 2006, de sorte qu'elle ne pouvait plus être transférée".

Elle relève que l'arrêt précité énonce, dans ses motifs, que "les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante, de telle sorte qu'il faut considérer que cette officine est bien demeurée fermée pendant la période courant du 3 mars 2003 au 3 mars 2006".

Elle argumente ensuite dans les termes suivants :

" Le Conseil d'Etat n'a nullement décidé de rejeter des débats les pièces qui avaient été déposées hors les délais fixés par le règlement de procédure et il n'appartient pas à la partie adverse de décider, en réalité, ce dont le Conseil d'Etat n'a pas décidé, comme si la haute juridiction administrative refusait de tenir compte de renseignements pertinents qui lui seraient donnés jusqu'à l'audience et qui viendraient conforter telle ou telle thèse.

Le procédé de la partie adverse ne peut être admis qui entend, hors les hypothèses prévues par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, décider que la haute juridiction administrative a mal jugé pour reprendre une nouvelle décision non pas qui se conformerait à l'enseignement de l'arrêt d'annulation mais estimerait que l'annulation fut prononcée à tort".

Elle poursuit son raisonnement en écrivant que "les documents qui avaient été transmis" par la S.A. UNIVERSAL PHARMA au Conseil d'Etat n'apportent pas la preuve de ce que l'officine fermée a été rouverte. Elle ajoute que dans son arrêt, dont elle cite des passages, le Conseil a du reste pris en compte les déclarations de cette société avant d'en déduire que son "officine est bien demeurée fermée du 3 mars 2003 au 3 mars 2006".

b) La partie adverse soutient d'une part que l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est inapplicable en l'espèce.

En substance, elle fait état de ce qu'après l'arrêt n° 213.198, elle ne s'est pas rendue coupable de carence et qu'elle ne se trouvait pas davantage face à une "obligation d'abstention". En ce sens, elle écrit qu'à la suite de cet arrêt, elle devait bel

et bien statuer à nouveau sur la demande de transfert d'officine introduite par la S.A. UNIVERSAL PHARMA.

Elle estime qu'en l'occurrence l'arrêt précité lui laissait d'autres possibilités que de refuser l'autorisation de transfert d'officine sollicitée.

Elle précise encore que l'exécution incorrecte d'un arrêt ne peut être assimilée à un refus d'exécution visé à l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

La partie adverse fait état d'autre part de ce qu'à la suite de l'arrêt d'annulation n° 213.198 précité, il lui "appartenait de reprendre, dans les meilleurs délais, une nouvelle décision qui redonnerait une certaine sécurité juridique en l'espèce : soit, en refusant la demande de transfert, ce qui obligerait à mettre immédiatement fin à la poursuite de l'exploitation de l'officine en question; soit, comme il a été fait en [l']espèce, en reprenant une décision d'autorisation de transfert, tout en veillant à respecter l'enseignement contenu dans l'arrêt d'annulation [...]".

Elle fait état de ce que c'est cette seconde voie qui a été retenue, sur la base des deux considérations suivantes :

- l'officine de la S.A. UNIVERSAL PHARMA était bien régulièrement implantée sous le n° 6263347, sur la base d'une autorisation ministérielle en bonne et due forme, datée du 19 mai 2004, et que cette autorisation n'a jamais été suspendue, annulée ou déchue, que l'officine n'a pas été fermée plus que dix ans, qu'une demande de transfert a été introduite et que l'officine n'a pas fait l'objet d'une demande de fermeture définitive;
- le fait que l'attestation d'enregistrement du 19 mai 2004 n'était pas jointe au dossier administratif déposé dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 213.198 précité, de telle manière que le Conseil d'Etat n'a pas pu prendre cette pièce en compte.

Elle estime que dès lors que le Conseil d'Etat n'a pas pu porter une appréciation sur cet élément en statuant, il n'y a pas atteinte à l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'arrêt n° 213.198.

Elle précise qu'il ressort de cet arrêt que le Conseil d'Etat n'a tenu nul compte des pièces déposées par la partie intervenante hors délai.

Dans une autre partie de son argumentation, elle rappelle la teneur de l'arrêt n° 135.451, rendu par le Conseil d'Etat le 27 septembre 2004 à la suite d'un recours introduit par la S.A. UNIVERSAL PHARMA. Elle estime que "la motivation

de [cet] arrêt confirme, en l'occurrence, que, d'une part, l'officine de la S.A. UNIVERSAL PHARMA a été réouverte en date du 29 avril 2004, et, d'autre part, que cette situation ne peut pas empêcher une demande de transfert au vu des dispositions de l'article 15ter, § 1^{er}, et § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 [précité], dès lors que l'autorisation n'a été ni suspendue, ni annulée, ni retirée, et n'était pas davantage échue à la date du 13 avril 2006, lorsque la pharmacie a renouvelé sa demande de transfert. La circonstance que l'autorisation de transfert ait été octroyée ultérieurement le 30 janvier 2007, est indifférente à cet égard, d'une part parce que le délai de trois ans prévu par cette disposition vise l'hypothèse d'une inertie prolongée, ce qui n'est précisément pas le cas en l'espèce, et, d'autre part, parce que ce délai de trois ans n'expirait de toute façon qu'au 28 avril 2007".

Elle termine sa réponse en relevant que dans son arrêt n° 213.198 précité, le Conseil d'Etat a rejeté le second moyen invoqué par la partie requérante, pris de ce que l'autorité n'aurait pas examiné in concreto la demande de transfert d'officine au regard du critère d'une meilleure répartition géographique et démographique des officines. Elle estime qu'il n'est pas contestable ni contesté que les dispositions de l'article 1^{er}, § 5, b), de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 ont été en l'occurrence parfaitement respectées.

c) La partie intervenante, S.A. UNIVERSAL PHARMA argumente dans le sens de "l'absence de violation de l'autorité de chose jugée dans le cadre de la réfection de l'acte attaqué".

Elle écrit que "l'autorisation de transfert du 29 août 2011 se fonde principalement sur une pièce établissant la réouverture de l'officine au 29 avril 2004 sur son lieu d'implantation d'origine" et que cette pièce consiste en "une attestation d'enregistrement délivrée le 19 mai 2004 en application de l'article 20 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 [précité] et mentionnant l'identité du pharmacien-titulaire de l'officine".

Elle ajoute que "dès lors que cette pièce ne figurait pas au dossier administratif et n'a pas non plus été soumise au Conseil d'Etat par la partie intervenante selon inventaire des pièces communiquées par ses soins le 27 avril 2011 (c'est une autorisation de la même date, mais délivrée conformément aux dispositions de l'article 4, § 3ter, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé qui a été communiquée, tardivement, par la partie intervenante), il ne peut s'agir d'une «pièce de la procédure» à laquelle [le Conseil d'Etat] s'est référé pour conclure, dans son arrêt n° 213.198 du 11 mai 2011, que «les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante»".

Elle écrit encore que "l'effectivité de cette réouverture est également démontrée par d'autres pièces, telles que des factures de grossistes en médicaments, d'électricité ou de téléphone, qui témoignent d'une reprise de l'activité rue Léopold, 44 à 4000 Liège".

Par un document qu'elle intitule "Dernier mémoire", la partie intervenante demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle. Cette question est rédigée comme suit :

" En conférant au Conseil d'Etat la compétence d'assortir, dans certaines conditions, ses arrêts d'une astreinte et ce faisant de se prononcer sur des droits subjectifs, l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne viole-t-il pas les articles 144 et 145 de la Constitution, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, combinés aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il instaure une différence de traitement non susceptible de justification objective et raisonnable et emportant des effets disproportionnés en termes de protection juridictionnelle effective entre les justiciables qui peuvent faire arbitrer leurs droits subjectifs par des juridictions de l'ordre judiciaire investies d'une compétence de pleine juridiction et soumises en principe au double degré de juridiction (article 1385bis du Code judiciaire) et les justiciables assujettis aux astreintes prononcées par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un strict contrôle de légalité exercé en premier dernier ressort"?

Elle rappelle, par ailleurs, les principes d'interprétation des arrêts du Conseil d'Etat et notamment celui de la séparation des fonctions juridictionnelles et administratives. Elle invoque, notamment, à l'appui de sa thèse, l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Selon elle, "cette immixtion [dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat ordonnerait une astreinte] interviendrait en l'occurrence en dehors d'une prévisibilité suffisante (au-delà des motifs exprès et des pièces réellement examinées à l'appui de l'annulation) et en violation de l'équilibre qui doit être ménagé entre l'intérêt général, d'une part, et la protection des droits fondamentaux de l'individu, d'autre part. L'ingérence en cause, outre qu'elle repose sur un fondement juridique insuffisamment précis et prévisible, méconnaîtrait donc le principe de proportionnalité."

IV. 2. La décision du Conseil d'Etat

a) Conditions d'introduction de la demande d'astreinte.

L'article 36 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 est rédigé en ces termes :

" § 1^{er}. Lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14, doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée, peut, si l'autorité ne remplit pas ses obligations, demander au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte à l'autorité en question. Lorsqu'il ressort d'un arrêt en annulation une obligation d'abstention vis-à-vis de certaines décisions pour l'autorité administrative, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité sous peine d'une astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prises en violation de l'obligation d'abstention découlant de l'arrêt d'annulation.

Cette requête n'est recevable que si le requérant a enjoint à l'autorité, par une lettre recommandée à la poste, de prendre une nouvelle décision et qu'au moins trois mois se sont écoulés depuis la notification de l'arrêt en annulation. L'astreinte ne peut être encourue avant que l'arrêt qui la fixe ne soit notifié.

§ 2. Le Conseil peut fixer l'astreinte soit à un montant global soit à un montant par unité de temps ou par infraction. Dans les deux derniers cas, le Conseil peut également fixer un montant au-delà duquel aucune astreinte n'est encourue.

§ 3. La chambre qui a prononcé l'astreinte, peut, à la requête de l'autorité condamnée, annuler l'astreinte, en suspendre l'échéance pendant un délai à fixer par elle ou diminuer l'astreinte en cas d'impossibilité permanente ou temporaire ou partielle pour l'autorité condamnée de satisfaire à la condamnation principale. Pour autant que l'astreinte soit encourue avant cette impossibilité la chambre ne peut ni l'annuler ni la diminuer.

§ 4. Les dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire qui ont trait à la saisie et à l'exécution, sont également applicables à l'exécution de l'arrêt imposant une astreinte.

§ 5. L'astreinte visée au § 1^{er} est exécutée à la demande du requérant et à l'intervention du Ministre de l'intérieur. Elle est affectée à un fonds budgétaire au sens de la loi organique du 27 décembre 1990 créant des fonds budgétaires. Ce fonds est dénommé «Fonds de gestion des astreintes».

Les moyens attribués à ce fonds sont utilisés pour la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative et l'affectation de ces moyens fera l'objet d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres."

Il s'indique, en l'espèce, de faire un sort à la thèse de la partie adverse et de la partie intervenante selon laquelle la présente demande d'astreinte serait dénuée de fondement légal.

Une demande d'astreinte peut être introduite à titre principal sans qu'il faille également recourir à d'autres procédures.

La question qui se pose, en l'espèce, est de déterminer si, en raison des motifs de l'arrêt d'annulation, arrêt n° 213.198 du 11 mai 2011, la partie adverse était tenue de refaire l'acte annulé ou au contraire, de s'abstenir d'encore décider en la matière.

Les motifs de l'arrêt n° 213.198 du 11 mai 2011 du Conseil d'Etat, pour ce qui concerne la première branche du premier moyen, sont les suivants :

" Considérant que l'article 4, § 3, 1°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé prévoit notamment ce qui suit :

«L'ouverture, le transfert ou la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public sont subordonnées à autorisation préalable accordée au demandeur, une seule personne physique ou une seule personne morale.

L'autorisation est personnelle.

[...]

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.

[...]»;

que, pris sur la base de cette disposition, l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, fixe les critères visant à organiser une répartition adéquate des officines pharmaceutiques ouvertes au public; qu'il dispose en son article 14, § 1^{er}, que :

«Le titulaire d'une autorisation qui n'a pas fait usage de celle-ci dans les deux ans de sa notification est déchu du bénéfice de cette autorisation. Les autres demandes qui avaient été jointes par la Commission d'Implantation sont, à la requête des intéressés, soumises à un nouvel examen, sans procédure préalable»;

que l'article 15ter du même arrêté royal prévoit notamment que :

«§ 1^{er} Toute personne physique ou morale, détentrice d'une autorisation pour une officine ouverte au public, est tenue d'adresser au Ministre qui a la santé publique dans ses attributions, au plus tard soixante jours après la fermeture temporaire de cette officine, une demande visant le maintien de l'autorisation, au plus tard soixante jours après la fermeture temporaire de cette officine, dans le cas où la période de fermeture est supérieure à soixante jours.

[...]

§ 7 La décision relative au maintien de l'autorisation de l'officine pharmaceutique ouverte au public expire après trois ans ou avant cette date, notamment à la réouverture de la pharmacie à la dernière adresse ayant fait l'objet d'une autorisation, ou lors de l'obtention d'une autorisation de transfert de l'officine»;

qu'il découle de l'article 4, § 3, 1°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 précité que l'autorisation préalable de transfert d'une officine pharmaceutique ne peut valablement être délivrée que si celle-ci est ouverte au public; qu'en l'espèce, la partie intervenante a fermé son officine de la rue Léopold, n° 44, à 4000 Liège, le 3 mars 2003; que si c'est à juste titre qu'elle soutient qu'une autorisation de maintien de son officine, fermée, lui a été délivrée le 17 mai 2004, cette

autorisation n'était valable que "pour une période de trois ans à compter du 3/3/2003", soit jusqu'au 3 mars 2006, la réglementation ne permettant pas la prolongation de ce délai; que, partant, le 30 janvier 2007, date de la décision attaquée, l'officine établie rue Léopold n° 44 à Liège ne pouvait plus être réputée ouverte au public; qu'en effet, l'article 4, § 3^{quater}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 précité dispose notamment :

«n'est pas considérée comme une officine ouverte régulièrement au public, toute officine : [...] 6° pour laquelle, après l'entrée en vigueur de la loi précitée du 17 décembre 1973, l'autorisation n'a jamais été octroyée ou dont l'autorisation a été suspendue, annulée, retirée ou est échue»,

que l'officine n'était déjà plus ouverte au public le 10 avril 2006, date à laquelle la partie adverse a avisé l'intervenante de ce qu'elle pouvait demander l'application de l'article 14, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, à la suite de l'absence de mise en œuvre par Marie-Line COLASSIN de l'autorisation de transfert qui lui avait été accordée; que lorsqu'une autorisation de transfert est devenue caduque pour n'avoir pas été utilisée par son bénéficiaire, l'autorité qui procède à un nouvel examen des demandes jointes ne peut que décider en fonction de la législation en vigueur et des circonstances de fait qui se présentent à ce moment; qu'elle peut tenir compte, notamment, de l'éventuelle fermeture d'une des officines pour lesquelles une demande de transfert avait été introduite; que la caducité de l'autorisation de transfert accordée à Marie-Line COLASSIN impliquait que l'autorité examinât la demande de transfert introduite par la partie intervenante en tenant compte de l'évolution de la situation de celle-ci; que les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante, de telle sorte qu'il faut considérer que cette officine est bien demeurée fermée pendant la période courant du 3 mars 2003 au 3 mars 2006 et qu'elle ne pouvait plus dès lors être transférée ; qu'il ressort de l'arrêt n° 173.675 du 26 juillet 2007 uniquement que la société UNIVERSAL PHARMA a soutenu qu'elle avait rouvert l'officine de la rue Léopold 44, à Liège le 29 avril 2004; que le moyen est bien fondé en sa première branche; que la réglementation applicable ne faisant pas obstacle, par contre, au transfert d'une officine sur une distance de 130 kilomètres, le moyen n'est pas fondé en sa seconde branche;

[...]".

Selon cette motivation, le maintien de l'autorisation de l'officine de l'intervenante expirait le 3 mars 2006. Il s'ensuit, sur la base de la réglementation applicable, que cette officine ne pouvait plus, au moment où la partie adverse a pris la décision de transfert, c'est-à-dire le 30 janvier 2007, être réputée ouverte au public et faire l'objet d'un transfert.

L'arrêt ne relève pas une irrégularité de la procédure ou une erreur d'appréciation qui aurait été commise par la partie adverse, par exemple, hypothèses dans lesquelles une réfection est envisageable. Il constate que la partie adverse a pris une décision sans aucun fondement légal : la réglementation applicable et les circonstances de fait ne permettaient pas, en l'espèce, de réputer l'officine ouverte et d'autoriser son transfert. L'illégalité est, en d'autres termes, "irréparable". La seule décision que l'autorité pouvait donc prendre était de s'abstenir d'encore agir et de prendre une nouvelle décision, qui par la force des choses, aurait été affectée de la même illégalité que la décision annulée. Ce qui non seulement est le cas de l'acte dont

le retrait est demandé mais qui en outre, cette fois, viole l'autorité d'un arrêt revêtu de l'autorité de chose jugée absolue.

b) Critiques de fond des parties adverse et intervenante de l'arrêt n° 213.198 susvisé.

b.1.) En ordre principal, les critiques visant à établir des erreurs de motivation d'un arrêt revêtu de l'autorité absolue de chose jugée ne sont pas recevables. Pareil arrêt clôt en effet une procédure largement contradictoire au cours de laquelle les parties ont l'occasion de développer leurs arguments juridiques, dépôt de pièces à l'appui, et de prendre, chacune, connaissance de tous ces éléments. Il assure ainsi la sécurité juridique. Il n'est dès lors pas susceptible de recours sauf dans les cas particuliers étrangers à l'espèce.

Ainsi, par exemple, l'article 31 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit la révision des arrêts contradictoires dans les deux hypothèses suivantes : si depuis l'arrêt, il a été recouvré des pièces décisives qui auraient été retenues par le fait de l'adversaire ou si l'arrêt a été rendu sur pièces reconnues ou déclarées fausses.

Aucune demande en révision n'a été introduite.

Et s'il y a bien un débat sur des pièces qui n'auraient pas été jointes en temps utile dans les dossiers, la partie intervenante, ni d'ailleurs les autres parties, ne font état de pièces "qui auraient été retenues par le fait de l'adversaire" ou "reconnues ou déclarées fausses".

Le débat est tout autre. En effet, ainsi qu'il est apparaît des devoirs de procédure et de l'audience, les parties adverse et intervenante ne nient pas que les pièces pertinentes n'ont pas été déposées en temps utile. Le débat se situe donc au niveau des responsabilités des ces parties et entre elles.

b.2.) Après avoir relevé, sur la base des éléments déposés par les parties, que le maintien de l'autorisation de l'officine de la requérante, délivré le 17 mai 2004, expirait le 3 mars 2006 et la circonstance que d'autres demandes jointes, notamment celle de Marie-Line COLASSIN, visant au transfert d'officines, l'arrêt conclut, logiquement, que l'officine de l'intervenante ne pouvait plus, sur la base de la réglementation applicable, être réputée ouverte au public ni transférée.

Cependant, la partie intervenante relève le passage suivant de l'arrêt susvisé :

" les pièces de la procédure ne permettent pas de tenir pour établie la réouverture de l'officine de la partie intervenante",

pour soutenir que toutes les pièces utiles n'ont pas été communiquées à l'époque.

A titre principal, il faut souligner que loin d'établir la thèse de la partie intervenante, ce passage atteste uniquement que le Conseil d'Etat a tenu compte de toutes les pièces déposées devant lui au moment où il a jugé de l'affaire et que celles-ci ne suffisaient pas à établir que l'officine aurait été rouverte.

Ensuite, comme exposé ci-dessus, la partie intervenante ne nie pas que la pièce, le cas échéant, pertinente pour démontrer cette circonstance n'a pas été déposée. Elle la communique seulement à ce stade de la procédure. Cette pièce, à la supposer décisive, ne peut être prise en considération pour les motifs exposés au point b.1.).

La partie intervenante ne peut non plus trouver un argument dans la longueur de la procédure administrative de cette affaire. En effet, la procédure juridictionnelle s'est déroulée normalement. Mais il appartenait à la partie adverse de déposer le dossier en sa possession, en tout cas, les pièces essentielles. Et il appartenait à la partie intervenante, en principe en possession de ces pièces puisqu'elles lui sont adressées en sa qualité de bénéficiaire de la décision, et dont c'est l'intérêt évident selon sa propre thèse, de produire ces pièces.

Il suit de l'ensemble des considérations exposées aux points a) et b) de la présente décision que les conditions définies par l'article 36 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, sont réunies pour accueillir, dans une mesure qui reste à préciser, la demande de la requérante tendant à ce que le Conseil d'Etat ordonne à la partie adverse, sous peine d'astreinte, de retirer sa décision du 29 août 2011 d'autoriser le transfert de l'officine située rue Léopold 44 à 4000 Liège vers la route de Sartiau n°123 à Biercée, à la suite de la demande introduite le 13 avril 2006 par la S.A. UNIVERSAL PHARMA.

Il convient toutefois d'avoir préalablement égard à la question préjudicielle que la partie intervenante soulève.

c) Question préjudicielle

La partie intervenante fonde l'argumentation visant à ce que le Conseil d'Etat pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur une critique générale de la compétence du Conseil d'Etat à prononcer une astreinte.

Elle expose en effet ce qui suit dans ce qu'elle intitule son dernier mémoire :

" Si Votre Conseil devait estimer l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat applicable en l'espèce, quod non, la partie intervenante serait alors contrainte de soulever l'inconstitutionnalité de cette disposition au regard des articles 144 et 145 de la Constitution combinés aux articles 10 et 11 de la Constitution : l'astreinte impliquant de reconnaître des droits subjectifs qui ont été lésés, la compétence en incombe en principe exclusivement au pouvoir judiciaire. En d'autres termes, lorsqu'il enjoint à l'administration de rétablir la légalité au bénéfice du requérant, le Conseil d'Etat se prononce en réalité sur des droits subjectifs.

(Voyez en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1984 statuant sur conflit d'attributions et l'arrêt de la Cour Bénélux du 1^{er} juillet 1988[...]).

Il y a dès lors lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante, en application de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle :

"En conférant au Conseil d'Etat la compétence d'assortir, dans certaines conditions, ses arrêts d'une astreinte et ce faisant de se prononcer sur des droits subjectifs, l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne viole-t-il pas les articles 144 et 145 de la Constitution, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, combinés aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il instaure une différence de traitement non susceptible de justification objective et raisonnable et emportant des effets disproportionnés en termes de protection juridictionnelle effective entre les justiciables qui peuvent faire arbitrer leurs droits subjectifs par des juridictions de l'ordre judiciaire investies d'une compétence de pleine juridiction et soumises en principe au double degré de juridiction (article 1385 bis du Code judiciaire) et les justiciables assujettis aux astreintes prononcées par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un strict contrôle de légalité exercé en premier et dernier ressort ?"

La thèse selon laquelle la procédure d'astreinte, qui nécessite une prompte solution, ne s'accommoderait pas de la possibilité de poser une question préjudicielle ne trouve aucun appui dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Et cela même si, comme en l'espèce, la partie requérante n'a pu répondre, par un mémoire, à cette nouvelle argumentation.

Par ailleurs, même si la Cour constitutionnelle a eu à connaître d'une question préjudicielle relative à l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, et si son arrêt n'est pas sans lien avec la question proposée par la partie intervenante, la question de celle-ci est cependant de portée beaucoup plus large que celle qui a abouti à l'arrêt n° 177/2006 du 22 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage.

Il s'ensuit qu'en vertu de l'article 26, § 2, de la loi spéciale, précitée, sur la Cour constitutionnelle, il y a lieu de poser à celle-ci la question préjudicielle rédigée par la partie intervenante.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme UNIVERSAL PHARMA est accueillie.

Article 2.

Il est sursis à statuer.

Article 3.

La question suivante, telle que formulée par la partie intervenante, est posée à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle :

- " En conférant au Conseil d'Etat la compétence d'assortir, dans certaines conditions, ses arrêts d'une astreinte et ce faisant de se prononcer sur des droits subjectifs, l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne viole-t-il pas les articles 144 et 145 de la Constitution, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, combinés aux articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il instaure une différence de traitement non susceptible de justification objective et raisonnable et emportant des effets disproportionnés en termes de protection juridictionnelle effective entre les justiciables qui peuvent faire arbitrer leurs droits subjectifs par des juridictions de l'ordre judiciaire investies d'une compétence de pleine juridiction et soumises en principe au double degré de juridiction (article 1385 bis du Code judiciaire) et les justiciables assujettis aux astreintes prononcées par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un strict contrôle de légalité exercé en premier et dernier ressort"?

Article 4.

Sur le vu des réponses données aux questions par la Cour constitutionnelle, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt janvier deux mille douze 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.