

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R RÊT

n° 226.718 du 12 mars 2014

A. 202.856/g-126

En cause :

1. la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE HAEGEMAN,
2. la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE LENAIN,
3. la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE DU CHANT DES OISEAUX,
4. la société anonyme
PHARMACIE GROSJEAN,
5. MASSET Christine,
6. HEREMANS Christian,

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première Ministre
et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,
chargée de Beliris et des Institutions culturelles fédérales,
ayant élu domicile chez
Mes Pierre LEGROS et
Jérôme SOHIER, avocats,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE FOCH**,
ayant élu domicile chez
Me Rik ASCRAWAT, avocat,
Kaaiplaats, n° 10,
8630 Furnes.

LE CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE DE LA SECTION DU
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 12 décembre 2011, la société privée à
responsabilité limitée PHARMACIE HAEGEMAN, la société privée à

responsabilité limitée PHARMACIE LENAIN, la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE DU CHANT DES OISEAUX, la société anonyme PHARMACIE GROSJEAN, Christine MASSET et Christian HEREMANS demandent l'annulation de :

- " - la décision du Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale, prise à une date inconnue, octroyant à la S.P.R.L. PHARMACIE FOCH dont le siège social est établi au n° 43, rue Maréchal Foch à 6200 Châtelineau, l'autorisation de transférer une officine pharmaceutique établie à 6200 Châtelineau, rue du Chemin de Fer, 2, vers 6200 Châtelineau, rue des Haies, 142;
- la décision, prise à une date inconnue, qui octroierait le maintien d'autorisation d'ouverture de l'officine sise rue du Chemin de Fer, 2, [...] 6200 Châtelineau".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par l'arrêt n° 222.256 du 25 janvier 2013, la requête en intervention de la S.P.R.L. PHARMACIE FOCH a été accueillie, le recours a été déclaré recevable en son premier objet, irrecevable en son second objet et il a été sursis à statuer pour le surplus.

Une ordonnance du 25 janvier 2013 a renvoyée l'affaire à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif.

Une ordonnance du 3 octobre 2013 a fixé l'affaire à l'audience publique du 12 novembre 2013.

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

Mes Benoît CAMBIER et Dieu Hanh NGUYEN, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Rik ASCRAWAT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, 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. RAPPEL DES FAITS

III. 1. Le 8 août 2008, la société PHARMACIE FOCH a introduit une demande de maintien de l'autorisation d'une officine pharmaceutique ouverte au public en cas de fermeture temporaire supérieure à soixante jours.

Cette demande concernait une officine située rue du Chemin de fer, n° 2, à Châtelineau.

III. 2. Par une décision du 14 novembre 2008, la société PHARMACIE FOCH a obtenu le maintien de l'autorisation pour une période de trois ans, à compter du 1^{er} juillet 2008.

Il s'agit du second acte attaqué.

III. 3. Le 15 juillet 2010, la société PHARMACIE FOCH a introduit une demande de transfert de l'officine pharmaceutique sise rue du Chemin de fer, n° 2 à Châtelineau, fermée temporairement, vers la rue des Haies, n° 142 dans la même commune.

III. 4. Le 21 septembre 2010, le conseil de cinq pharmacies établies dans les environs du lieu de transfert, parmi lesquelles les quatre premières requérantes, a envoyé à la partie adverse un courrier tendant à ce que cette autorisation soit refusée.

Le 30 septembre 2010, le secrétaire ad interim de la commission d'implantation des officines pharmaceutiques a accusé réception de ce courrier.

III. 5. La demande de transfert d'officine a fait l'objet des avis suivants :

- un avis favorable, donné par l'Office des pharmacies coopératives de Belgique, en abrégé OPHACO, le 23 novembre 2010;
- un "avis neutre", donné par l'Association pharmaceutique belge, en abrégé A.P.B., le 13 décembre 2010;
- un avis défavorable, donné par le gouverneur de la province de Hainaut le 13 décembre 2010.

III. 6. Le 12 janvier 2011, la commission médicale provinciale du Hainaut a déclaré qu'elle n'avait pu émettre un avis motivé, à défaut d'avoir reçu un rapport de l'inspecteur de la pharmacie auquel elle s'était adressée "afin d'établir une analyse circonstanciée du transfert en question".

III. 7. Le 13 janvier 2011, le pharmacien inspecteur a rédigé un rapport, qui se termine par les considérations suivantes :

" Selon l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25/09/1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public le transfert sollicité se situe dans la même commune et paraît répondre au critère d'une meilleure répartition géographique par rapport à la situation antérieure.
Mon avis est dès lors favorable".

III. 8. Le 11 mai 2011, l'administrateur général de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé, en abrégé A.F.M.P.S., a adopté un rapport qui se conclut par un avis favorable à l'octroi de l'autorisation de transfert.

III. 9. Par un courrier recommandé du 11 mai 2011, la société PHARMACIE FOCH a été informée de ce que sa demande serait examinée par la commission d'implantation des officines pharmaceutiques en séance du 7 juin 2011.

III. 10. Après avoir entendu le représentant de la société PHARMACIE FOCH, la commission d'implantation a donné, le 7 juin 2011, un avis favorable en ces termes :

" [...]

Attendu que l'endroit choisi par la demanderesse pour le transfert de son officine est situé à une distance d'environ 1 km du lieu d'implantation actuel;

Attendu que conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, de l'arrêté royal du 25/9/1974, le transfert d'une officine existante peut être autorisé :

1° s'il est satisfait aux dispositions du § 2 ou § 3bis, ou

2° s'il s'agit d'un transfert dans la proximité immédiate, étant entendu qu'un transfert dans un rayon de 100 mètres est toujours considéré comme un transfert dans la proximité immédiate, ou

3° si, d'une part, le transfert a lieu dans la même commune ou dans une commune limitrophe, dans ce dernier cas pour autant qu'après le transfert, le nombre d'officines par habitant dans la commune où l'officine est fermée ne soit pas inférieur au nombre d'officines pouvant être ouvertes en application des critères fixés au § 2 ou au § 3bis, et si d'autre part, il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert.

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être accordé en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 1°, renvoyant aux dispositions du § 2, étant donné que le transfert demandé a lieu dans la même commune et que cette disposition ne s'applique donc pas en la cause;

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être accordé en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 1°, renvoyant aux dispositions du § 3bis, étant

donné que l'officine la plus proche du lieu d'implantation projeté se situe à moins de 1 km de ce dernier;

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être octroyé en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 2°, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un transfert dans la proximité immédiate;

Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport de l'inspecteur de la pharmacie, que, conformément à l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, le transfert sollicité apporterait une meilleure répartition géographique des officines de la commune de Châtelaineau par rapport à la situation antérieure au transfert, parce que l'adresse de transfert s'écarte de l'ensemble des officines de Châtelaineau, en effet avant transfert la pharmacie la plus proche se situe à 100 m et après transfert la pharmacie la plus proche sera à 600 m".

III. 11. Le 18 juillet 2011, la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale, a décidé d'accorder l'autorisation de transfert demandée par l'intervenante.

La Ministre s'est ralliée à la motivation de l'avis émis par la commission d'implantation en sa séance du 7 juin 2011.

Il s'agit du premier acte attaqué.

Il a été notifié à l'intervenante par un courrier recommandé envoyé le 28 juillet 2011.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

Les requérants prennent un moyen, le premier de la requête, de la violation de :

- " - la Constitution, notamment de son article 159;
- la loi du 29 juillet 1991 «sur [lire : relative à] la motivation formelle des actes administratifs», notamment de ses articles 2 et 3;
- l'arrêté royal du 10 novembre 1967, n° 78, «relatif à l'exercice des professions des soins de santé», notamment de son article 4, § 3, et § 3quater ;
- 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}, § 3bis et 5bis, de son article 1^{er} bis, de son article 4 et de son article 15ter;
- le principe général de bonne administration, notamment du principe de préparation avec soin de toute décision administrative en ce qu'il impose à

l'autorité d'avoir une connaissance exacte et complète des circonstances de l'espèce avant de statuer;

- l'erreur manifeste d'appréciation."

et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs.

Dans une première branche, les requérants affirment que la première décision attaquée autorise le transfert d'une officine pharmaceutique fermée depuis 2008, alors que l'article 1^{er}, § 5bis, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité prévoit qu'une officine n'entre en considération en vue de son transfert que si elle est ouverte au public et alors que l'article 15ter, § 1^{er}, et § 7, du même arrêté royal impose l'introduction d'une demande de maintien d'autorisation dans l'hypothèse d'une période de fermeture temporaire de plus de soixante jours et énonce les différentes durées de validité possibles de ce maintien. Ils soutiennent que comme l'officine concernée n'était pas ouverte au public, elle ne pouvait légalement être transférée.

Subsidiairement, ils font état de ce que si l'officine concernée a bénéficié d'une mesure de maintien d'autorisation malgré sa fermeture, cette décision de maintien devait expirer au plus tard le 1^{er} juillet 2011, en application de l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974. Ils estiment que la première décision attaquée, prise après cette date, n'a pas été accomplie légalement.

Les requérantes énoncent encore que la première décision attaquée n'est pas légalement motivée en la forme et qu'elle ne vise pas la décision de maintien d'une autorisation malgré une fermeture temporaire dont aurait bénéficié l'intervenante.

Dans son mémoire en réponse et dans son dernier mémoire, la partie adverse oppose à la première branche du moyen que celle-ci "se fonde sur une prémisse inexacte", que la pharmacie sise rue du Chemin de fer, n° 2, à Châtelaineau a bénéficié d'une décision de maintien de son autorisation, "pour une période de trois ans à compter du 1^{er} juillet 2008", que cette décision de maintien venait à expiration le 1^{er} juillet 2011, ce qui est sans importance puisque la demande de transfert introduite par la société PHARMACIE FOCH date du 15 juillet 2010 et que "toute la procédure administrative, en ce compris l'avis de la Commission d'implantation, est également antérieure à cette date d'expiration".

Rejointe sur ce point par l'intervenante dans son mémoire, la partie adverse entend se référer à un arrêt n° 216.631 du 1^{er} décembre 2011, en cause de la société APOTHEEK DECAESTECKER-VERHOEST, dont il ressortirait qu'"un transfert d'officine peut être décidé postérieurement à l'échéance de l'autorisation de maintien en cas de fermeture provisoire au sens de l'article 15ter, §§ 1^{er} et 7 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité, au motif que l'autorisation d'exploitation ne peut être perdue automatiquement à cette échéance, dès lors qu'il appartient, le cas échéant, au Ministre de la retirer en application de l'article 15quinquies".

Subsidiairement, la partie adverse soutient qu'on ne pourrait admettre que l'intervenante "soit finalement sanctionnée par le seul fait que la décision ministérielle finale a été rendue quelques jours après le terme de son autorisation, alors même qu'elle a fait toute diligence pour sa part, et qu'aucune infraction par rapport au délai prescrit par la réglementation ne peut lui être reproché".

Dans leur mémoire en réplique, les requérants soutiennent que si la partie intervenante présente le premier acte attaqué comme datant du 18 juillet 2011, cette date ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif.

Ils réaffirment que l'officine sise rue du Chemin de fer à Châtelineau ne figure plus au rôle de garde de l'entité de Châtelet depuis sa fermeture, que le rôle de garde n'y est jamais affiché, que les gardes antérieurement attribuées à la gérante de la pharmacie ont été redistribuées à l'ensemble des pharmacies réellement ouvertes et que la participation à un service de garde est une obligation qui incombe à toute officine ouverte au public en application de l'article 9, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé.

Dans leur dernier mémoire, les requérants font valoir encore que la partie intervenante a obtenu le 14 novembre 2008 une décision de maintien de son autorisation "pour une durée de trois ans à compter du 1^{er} juillet 2008", que cette autorisation était donc valable jusqu'au 1^{er} juillet 2011, que passé cette date, l'officine ne pouvait plus être considérée comme étant ouverte régulièrement au public et qu'elle ne pouvait plus être transférée, que le 18 juillet 2011, l'autorité n'était plus compétente ni *ratione temporis* ni *ratione materiae* pour autoriser le transfert et que le moyen pris de cette irrégularité qui touche à l'ordre public peut être dénoncé à tout moment de la procédure.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse constate qu'il a été jugé par un arrêt du 11 mai 2011, n° 213.198, prononcé par la VI^e chambre en cause de la

société PHARMACIE DE LA BUISSIERE, qu'une officine dont l'autorisation de maintien était échue ne pouvait plus être transférée, mais fait remarquer que cette position a été contredite par l'arrêt n° 216.631 prononcé par la VII^e chambre le 1^{er} décembre 2011.

La partie adverse en conclut que "la divergence de jurisprudence apparue entre les VI^e et VII^e chambres du Conseil d'Etat justifie, à tout le moins, que cette question soit renvoyée à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, en application des dispositions de l'article 92 des lois sur le Conseil d'Etat".

Dans son dernier mémoire, l'intervenante soutient notamment que l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 "n'exige pas que la procédure concernant l'autorisation d'un transfert doive se réaliser dans un délai de trois ans" et que c'est ajouter une condition qui n'est pas prévue que de prétendre que si l'autorisation de maintien pour son officine fermée a été délivrée le 14 novembre 2008, cette autorisation n'était valable que pour une période de trois ans à compter du 1^{er} juillet 2008, soit jusqu'au 1^{er} juillet 2011.

A titre subsidiaire, l'intervenante demande que l'affaire soit renvoyée à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, vu l'interprétation différente des deux chambres précitées concernant l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de la relation des faits que le 8 août 2008, la S.P.R.L. PHARMACIE FOCH a introduit une demande de maintien de l'autorisation d'une officine pharmaceutique ouverte au public, située rue du Chemin de fer n° 2 à Châtelineau, en cas de fermeture temporaire supérieure à 60 jours.

Par une décision prise le 14 novembre 2008, la S.P.R.L. PHARMACIE FOCH a obtenu le maintien de l'autorisation demandée pour une période de trois ans, à compter du 1^{er} juillet 2008.

Le 15 juillet 2010, la S.P.R.L. PHARMACIE FOCH a introduit une demande de transfert de l'officine située rue du Chemin de fer n° 2 à Châtelineau vers la rue des Haies n° 142 dans la même commune.

Le 7 juin 2011, la commission d'implantation a donné un avis favorable au transfert de l'officine, sur la base de l'article 1^{er}, 5bis, 3° de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public.

Le 18 juillet 2011, la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale, a décidé d'accorder l'autorisation de transfert demandée.

La décision accordant le maintien de l'autorisation a pour effet que l'officine qu'elle concerne, matériellement fermée, est fictivement réputée ouverte au public, ce qui emporte, entre autres conséquences, qu'elle peut être transférée à une autre adresse moyennant respect des conditions légales et réglementaires. Le but de cette disposition est précisément de permettre qu'une officine qui, dans les faits, a temporairement cessé d'être exploitée, puisse être rouverte ou transférée quand elle remplit les conditions requises à cet effet. Pour être autorisé à transférer l'officine, le titulaire de l'autorisation doit introduire une demande auprès des services de la partie adverse, qui doit, avant de statuer, procéder à diverses consultations, de sorte que l'examen de la demande requiert un temps qui dépend en partie de la diligence avec laquelle la partie adverse traite le dossier, en partie de celle dont font preuve toutes les personnes qui ont à intervenir dans la procédure. La durée nécessaire à l'examen de la demande n'est pas prévisible pour le titulaire de l'autorisation de maintien.

Pour que l'article 15ter ait un effet utile, et que les règles qu'il édicte revêtent le caractère de prévisibilité requis dans un État de droit, il s'impose d'interpréter ses dispositions en ce sens que le maintien de l'autorisation expire dans trois hypothèses : soit après trois ans, soit avant trois ans lorsqu'une raison le justifie, notamment la réouverture de la pharmacie à la même adresse, soit encore lorsqu'une décision est adoptée en matière d'autorisation de transfert que ce soit avant ou après l'expiration du délai de trois ans. Ainsi, conformément à l'article 4, §§ 3, 1°, et 3quater, 6°, de l'A.R. n° 78, une autorisation de transfert ne peut être valablement demandée que pour une pharmacie dont l'autorisation n'est pas encore échue - donc avant l'expiration du délai de trois ans -, mais l'introduction de cette demande prolonge l'autorisation de maintien, qui n'expire alors qu'au moment où il est statué quant à l'autorisation de transfert.

En l'espèce, la partie adverse était saisie d'une demande d'autorisation de transfert avant l'expiration du délai de trois ans prévu par l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité. La décision attaquée n'a pas violé cette disposition telle qu'elle doit être comprise.

Le premier moyen n'est pas fondé.

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

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

L'affaire est renvoyée à la VI^e chambre de la section du contentieux administratif.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le douze mars deux mille quatorze, par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, par :

MM. R. STEVENS,	président du Conseil d'Etat,
D. VERBIEST,	président de chambre,
M. LEROY,	président de chambre,
L. HELLIN,	président de chambre,
M ^{me} O. DAURMONT,	président de chambre,
MM. Ph. QUERTAINMONT,	président de chambre,
J. VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
J. LUST,	président de chambre,
P. LEWALLE,	conseiller d'Etat,
D. MOONS,	conseiller d'Etat,
M ^{me} S. GUFFENS,	conseiller d'Etat,
MM. G. DEBERSAQUES,	conseiller d'Etat,
E. BREWAEYS,	conseiller d'Etat,
M ^{me} C. DEBROUX,	conseiller d'Etat,
MM. C. ADAMS,	conseiller d'Etat,
Br. SEUTIN,	conseiller d'Etat,
I. KOVALOVSKY,	conseiller d'Etat,
P. LEFRANC,	conseiller d'Etat,
J. CLEMENT,	conseiller d'Etat,
M. PÂQUES,	conseiller d'Etat,
St. DE TAEYE,	conseiller d'Etat,
M ^{me} D. DÉOM,	conseiller d'Etat,
MM. P. SOURBRON,	conseiller d'Etat,
Y. HOUYET,	conseiller d'Etat,
D. DE ROY,	conseiller d'Etat,
M ^{mes} A.-Fr. BOLLY,	conseiller d'Etat,
D. LANGBEEN,	greffier en chef.

Le Greffier en chef,

Le Président du Conseil d'Etat,

D. LANGBEEN.

R. STEVENS.