

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 252.910 du 7 février 2022

A. 226.381/VI-21.334

En cause : **la société anonyme PHARMACIE
LEFÉBURE KAIN,**
ayant élu domicile chez
M^e Philippe SCHAFFNER, avocat,
avenue Brugmann 451
1180 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de la Santé publique,
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre LEGROS et
Jérôme SOHIER, avocats,
chaussée de la Hulpe 181/24
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme TORNAPHAR,
ayant élu domicile chez
M^e Benoît VERZELE, avocat,
Drève Gustave Fache 3/4
7700 Mouscron.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 octobre 2018, la société anonyme Pharmacie Lefébure Kain demande l'annulation de « la décision de la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique du 8 août 2018 autorisant le transfert à proximité immédiate de l'officine pharmaceutique (n° 574202) ouverte au public sise place de Kain Centre, 2 à 7540 Kain vers la rue des Combattants, 6 à 7540 Kain ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 19 novembre 2018, la SA Tornaphar demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 6 décembre 2018.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M. Patrick Herbignat, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 9 juillet 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 octobre 2021.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Philippe Schaffner, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Jérôme Sohier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Pamela Ayik, *loco* M^e Benoît Verzele, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Patrick Herbignat, premier auditeur chef de section, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. La requérante exploite une officine pharmaceutique ouverte au public dénommée Pharmacie Lefébure sise avenue d'Audenarde, 42 à 7540 Kain.

Cette officine pharmaceutique est la plus proche, avant et après transfert, de l'officine pharmaceutique enregistrée sous le numéro 57.42.02 exploitée par la SA Tornaphar.

2. Le 14 mars 2017, la SA Tornaphar introduit une demande d'autorisation de transfert à proximité immédiate de son officine n° 57.42.02 sise place de Kain centre 2 à 7540 Kain vers la rue des Combattants 6 à 7540 Kain, en indiquant qu'une distance de 220,3 mètres sépare ces deux adresses. La demande de transfert est motivée par l'exiguïté des locaux de la pharmacie et l'impossibilité de l'agrandir, ce qui l'oblige à trouver une autre implantation afin de pouvoir répondre aux attentes de la patientèle et du législateur. La SA Tornaphar fait valoir que l'implantation actuelle et l'implantation projetée se situent à Kain-Centre et que celle-ci sera donc toujours séparée des deux autres pharmacies (Samaphar – ancienne dénomination de la requérante – et Familia) par la frontière géographique et psychologique que représente l'autoroute E42.

3. Le 24 mai 2017, le pharmacien-inspecteur émet un avis défavorable qui conclut que la distance du transfert est supérieure à 100 mètres et que le transfert projeté entraînera un rapprochement par rapport aux trois pharmacies avoisinantes les plus proches. Il laisse toutefois le soin à la commission d'implantation d'apprécier si cette demande doit être considérée comme un transfert en dehors du voisinage immédiat et s'il peut être fait droit des dispositions de l'article 15, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public.

4. Par un courrier du 6 juin 2017 réceptionné le 9 juin 2017, la requérante fait part de son opposition à la demande de transfert projeté, en invoquant les éléments suivants :

- une distance de transfert de 350 mètres sort de la notion de transfert dans la proximité immédiate;
- l'intervenante a demandé un transfert à proximité immédiate pour contourner les règles normalement applicables aux transferts dans une même commune ou une commune limitrophe, qui requièrent une meilleure répartition géographique ou démographique après transfert;
- le transfert produira la situation inverse puisque la pharmacie concernée se rapprochera des trois pharmacies les plus proches tandis que la zone d'influence de chaque pharmacie n'est déjà actuellement pas importante d'un point de vue démographique.

5. Le 20 juin 2017, l'Association pharmaceutique belge (APB) émet un avis défavorable sur la demande de transfert qu'elle estime ne pouvoir être considérée comme étant « à proximité immédiate ». Elle demande à la commission d'implantation de la traiter comme une demande en dehors du voisinage immédiat.

6. Au cours du mois de décembre 2017, l'intervenante transmet un mémoire complémentaire à la commission d'implantation. Elle fait valoir que le transfert :

- est bien un transfert à proximité immédiate (seule pharmacie de Kain centre, même zone d'influence directe, transfert conforme au développement démographique du village, distance réelle de transfert de 160m);
- permet une nette amélioration de la répartition démographique avec un impact très négligeable sur l'attribution de la population accordée aux pharmacies voisines et contribue globalement à une amélioration de la répartition démographique au sein du village de Kain même en tenant compte du rapprochement opéré par rapport à l'officine la plus proche;
- permet surtout d'offrir un service nettement amélioré à toute la patientèle sans exception contribuant dès lors à l'amélioration des conditions de délivrance des médicaments dans l'intérêt de la santé publique.

7. Le 8 mai 2017, la commission d'implantation rend un avis favorable au transfert, motivé comme il suit :

« Attendu que le transfert postulé s'effectuera à une distance de 240 mètres de l'implantation initiale;
 Que lors du transfert envisagé, l'unique officine de Kain-Centre demeurerait au sein du village qu'elle occupe actuellement;
 Que le village de Kain-Centre est une entité isolée à l'ouest par le bras de l'Escaut, au sud par le tracé de l'autoroute E42, à l'est par le tracé de l'autoroute E429 et au nord par de larges zones agricoles qu'il y a lieu de considérer comme

des obstacles naturels délimitant la zone d'influence de l'officine et qu'il n'y a donc pas lieu de tenir compte du courrier de la SA Samaphar-SPRL Lefébure qui ne prend pas en considération les particularités géographiques de la région; Attendu dès lors que le transfert demandé ne porterait nulle atteinte au principe de la répartition équilibrée des officines et que, malgré le fait qu'il se fasse dans un rayon dépassant les 100 mètres pris comme référence à l'article 1, [§] 5bis, 2°, il doit être considéré comme répondant à la notion de proximité immédiate compte tenu de la topographie des lieux concernés et peut être accordé sur base de l'article 1, § 5bis, 2°. »

8. Le 8 août 2018, le Ministre des Finances et de la Lutte contre la fraude fiscale Johan Van Overtveldt, signant « pour Maggie De Block, Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, absente », autorise le transfert demandé par la SA Tornaphar en se ralliant à l'avis de la commission d'implantation du 8 mai 2018.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 19 novembre 2018, la SA Tornaphar demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a dès lors lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen soulevé d'office par le premier auditeur chef de section

V.1. Rapport du premier auditeur chef de section

Monsieur le premier auditeur chef de section soulève, dans son rapport, un moyen d'office pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Il expose que le Ministre des Finances et de la Lutte contre la fraude fiscale Johan Van Overtveldt, n'était pas compétent pour signer l'acte attaqué « pour Maggie De Block, Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, absente », à défaut de pouvoir se prévaloir, d'une part, d'une autorisation de déléguer, expresse ou implicite, tandis que l'adoption de l'acte attaqué relève de l'essence même des pouvoirs attribués au ministre qui a la Santé publique dans ses attributions et, d'autre part, d'un acte formel de délégation qui ait fait l'objet d'une certaine publicité. Il ajoute que « l'existence d'un accord de travail ne saurait aller à l'encontre du principe de l'exercice personnel des compétences, principe d'autant plus essentiel qu'il concerne ici les plus hautes autorités de l'État, et [ne pourrait avoir pour effet] de dispenser du respect des règles autrement applicables », que « l'impossibilité de déléguer est d'autant plus radicale que l'admettre reviendrait à méconnaître l'arrêté par lequel le

Roi a déterminé les attributions de chacun des ministres », que « seul l'acte de désignation d'un ministre ou un autre acte émanant du Roi peut prévoir quelles attributions il peut exercer en dehors de ses attributions naturelles et dans quelles conditions » et qu'« on ne saurait évidemment en l'espèce invoquer l'état de nécessité ou le principe de continuité du service public pour justifier l'intervention du ministre des Finances, la décision en cause ne touch[ant] pas aux intérêts fondamentaux de l'État et [ne] présent[ant] pas un caractère d'urgence tel qu'elle devait être adoptée sans désespérer ». Il précise encore que le dossier ne permet pas, par ailleurs, de relever l'existence d'une délégation de signature, qui suppose que l'autorisation de signer soit explicite et que l'acte à signer ait été pris par l'auteur compétent. Il renvoie aux arrêts *Focan*, n° 147.483 du 7 juillet 2005 et *Hagelstein* n° 237.467 du 23 février 2017 et n° 241.790 du 14 juin 2018.

V.2. Thèses des parties

Dans son dernier mémoire, la partie adverse conteste le bien-fondé du moyen soulevé d'office pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Elle expose ce qui suit :

« [...] Ainsi exposé, le moyen soulevé d'office par Monsieur le Premier auditeur-chef de section paraît manquer en droit, dès lors qu'il s'agit ici, non pas d'une délégation de compétence, mais bien d'une situation tout à fait usuelle pendant la période de vacances d'été, où les délégations de signature sont couramment réparties pendant cette période entre les Ministres, selon qu'ils sont présents à Bruxelles ou en vacances à l'étranger. L'important est ici que l'acte attaqué soit bien signé par un membre du même gouvernement, pareillement soumis au contrôle parlementaire et bénéficiant des mêmes prérogatives propres à un Ministre du pouvoir exécutif fédéral.

Contrairement aux considérations émises dans le rapport, il ne s'agit point ici d'une délégation de pouvoirs au sens propre du terme, mais bien plutôt d'un "intérim", lequel, selon la définition donnée par M. FLAMME, "constitue le remplacement provisoire, non organisé par un texte, et exigeant de la part de l'autorité compétente, à la fois la désignation de l'intérimaire et la détermination de la durée et de l'étendue de ses pouvoirs" (M. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruylant 1989, p. 348; dans le même sens, P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2. éd., Bruylant 2016, p. 336, lequel ajoute encore qu'une "autorisation de signature" se concrétise par l'utilisation de formules comme "Pour ..., absent à la signature", *op. cit.*, p. 211).

Ces conditions, propres à une telle situation d'intérim, sont parfaitement réunies en l'espèce :

- Les modalités du "remplacement d'un membre du Gouvernement" ont été déterminées par une note du Premier ministre datée du 16 mars 2015 comme suit : "le Ministre qui ne peut assurer momentanément la direction de son département pour quelque motif que ce soit — mission à l'étranger, vacances, maladie — doit veiller à être remplacé par un collègue de son choix, dont le nom me sera communiqué en temps voulu. Ce collègue doit être un autre Ministre puisqu'il faut qu'il ait, sans limitation, le pouvoir de contresigner les actes royaux et de signer les actes ministériels, ce qui n'est pas le cas d'un Secrétaire d'État" [...];

- En application de ces instructions, la Ministre de la Santé publique a sollicité l'autorisation du Roi de se trouver absente pendant la période du 30 juillet au 14 août 2018 pendant laquelle elle souhaitait séjourner en France “pour des raisons privées”, en lui précisant que, pour la période du 30 juillet au 11 août 2018 (soit celle au cours de laquelle la décision attaquée a été prise en l'espèce) elle serait remplacée “par le Ministre des Finances, M. Phan VAN OVERTVELDT” [...];
- Par une note du 26 juillet 2018, le Chef de cabinet du Roi a répondu que le Roi n'avait pas d'objection à cette absence et à ce remplacement [...]

Il ressort de ces éléments que les conditions de l'intérim de la partie adverse ont été scrupuleusement respectées, puisque, d'une part, la Ministre de la Santé publique a bien désigné l'intérimaire chargé de suppléer son absence et que, d'autre part, elle a bien délimité la durée de ses pouvoirs. Au demeurant, la décision attaquée mentionne bien que le Ministre des Finances M. VAN OVERTVELDT est habilité à la signer “pour Maggie DE BLOCK, Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, absente” [...]

[...] Monsieur le Premier auditeur-chef de section concède que “si un pouvoir attribué à une autorité ne peut être exercé que par celle-ci, il peut être admis que son expression écrite soit revêtue de la signature d'une autre autorité”, tout en relevant que “le dossier ne révèle pas que le Ministre de la Santé publique a bien pris la décision contestée et qu'il aurait demandé au Ministre des Finances d'en signer l'*instrumentum*, ce que son absence l'empêchait de faire” [...]

En l'occurrence, il ressort des pièces en annexe au présent dernier mémoire que la partie adverse établit bien qu'elle a demandé à son collègue des Finances de signer la décision attaquée, tout en en précisant les raisons, et ce conformément aux modalités du remplacement d'un membre du Gouvernement tel que déterminé par le Premier ministre dans sa note de principe du 16 mars 2015 [...]

[...] Il faut, enfin, insister sur le principe du raisonnable. À suivre l'avis de Monsieur le Premier auditeur-chef de section, toutes les décisions qui ont été signées par les Ministres du Gouvernement fédéral pour d'autres, pendant les vacances d'été depuis 2015, devraient être déclarées proprement illégales, au motif qu'elles auraient été prises par une autorité “incompétente” ! Cela concernerait, en réalité, non seulement les décisions de la partie adverse, mais également toutes celles de tous les ministres, à tout le moins du Gouvernement fédéral, qui se seraient permis d'être absents pendant une brève période et auraient pourtant veillé consciencieusement à assurer la continuité du service public !

Pour autant que de besoin, l'on conviendra que l'acte individuel qui constitue la décision attaquée ne constitue qu'une affaire très banale relevant de la gestion quotidienne d'un département, sans incidence politique réelle, et qui doit être assurée conformément au principe général de la continuité du service public. En l'occurrence, cette décision se limite d'ailleurs à suivre l'avis favorable qui avait été émis par la Commission d'implantation et ne porte aucune motivation autre que celle qui avait justifié cet avis, sans aucune prise de position personnelle distincte de la part du Ministre.

Au vu de tous ces éléments, le moyen mérite d'être jugé non fondé. »

Dans leurs derniers mémoires, les parties requérante et intervenante s'en réfèrent à l'appréciation du Conseil d'État sur la question soulevée par monsieur le premier auditeur chef de section dans son rapport.

V.3. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 96 de la Constitution prévoit que le Roi nomme et révoque ses ministres, ce qui implique la détermination de leurs attributions.

Par un arrêté royal du 11 octobre 2014, publié au *Moniteur belge* du 13 octobre 2014, le Roi a nommé M. De Block, ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et J. Van Overtveldt, ministre des Finances. Aucune autre compétence n'est attribuée à celui-ci.

Par ailleurs, l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 mai 2015 coordonnée relative à l'exercice des professions des soins de santé attribue au « ministre qui a la Santé publique dans ses attributions » la compétence d'accorder les autorisations d'ouverture, de transfert et de fusion d'officines pharmaceutiques.

La compétence d'autoriser le transfert d'une officine pharmaceutique est donc attribuée en propre au ministre en charge de la Santé publique.

Rien n'est prévu en cas d'empêchement ou d'absence de ce ministre et celui-ci ne dispose, dans ces hypothèses, d'aucune habilitation à pourvoir lui-même à son remplacement. Admettre le contraire reviendrait à méconnaître l'arrêté par lequel le Roi a déterminé les attributions de chacun des ministres. Seul l'acte de désignation d'un ministre, ou un autre acte émanant du Roi, peut prévoir les attributions d'un ministre et, le cas échéant, habiliter ce dernier à désigner un autre ministre pour le remplacer en cas d'absence ou d'empêchement.

Ni la note intitulée « remplacement d'un membre du Gouvernement » du 16 mars 2015 établie par le Premier ministre, ni le courrier du 26 juillet 2018 signé par le chef du cabinet du Roi – indiquant que Celui-ci n'a pas d'objections quant au séjour en France de la Ministre de la Santé publique – ne constituent une habilitation régulière permettant à celle-ci d'organiser son remplacement pendant ses congés.

L'état de nécessité ou le principe de continuité du service public ne peuvent, en l'espèce, être invoqués pour justifier l'intervention du ministre des Finances. La partie adverse ne prétend pas – ni *a fortiori* ne démontre – que la décision en cause toucherait aux intérêts fondamentaux de l'État ou qu'elle présenterait un caractère d'urgence tel qu'elle devait être adoptée sans désespérer. Elle indique, au contraire, que « l'acte individuel qui constitue la décision attaquée

ne constitue qu'une affaire très banale relevant de la gestion quotidienne d'un département, sans incidence politique réelle » et que « cette décision se limite d'ailleurs à suivre l'avis favorable qui avait été émis par la commission d'implantation [...] sans aucune position personnelle distincte de la part du Ministre ».

La partie adverse fait état d'« une situation tout à fait usuelle pendant la période de vacances d'été où les délégations de signature sont couramment réparties pendant cette période entre les ministres, selon qu'ils sont présents à Bruxelles ou en vacances à l'étranger ». Elle invoque une « situation d'intérim » qui, pour être régulière, ne devrait satisfaire qu'à certaines conditions, lesquelles seraient rencontrées « puisque, d'une part, la Ministre de la Santé publique a bien désigné l'intérimaire chargé de suppléer son absence et que, d'autre part, elle a bien délimité la durée de ses pouvoirs ». Elle affirme encore que la Ministre « a bien demandé à son collègue des Finances de signer la décision attaquée, tout en en précisant les raisons, et ce conformément aux modalités du remplacement d'un membre du Gouvernement tel que déterminé par le Premier ministre dans sa note de principe du 16 mars 2015 ».

De deux choses l'une. Soit la situation d'intérim, dont fait état la partie adverse, doit permettre au Ministre des Finances d'exercer, en remplacement de sa collègue, les pouvoirs attribués en propre à la Ministre de la Santé publique et, dans cette hypothèse, une intervention du Roi est nécessaire pour les motifs qui viennent d'être exposés. Soit, comme semble le soutenir la partie adverse en maintenant une certaine confusion à ce sujet, il s'agit uniquement d'autoriser le Ministre des Finances à signer l'*instrumentum* de décisions qui ont déjà été prises par l'autorité compétente. Mais, dans cette hypothèse, la partie adverse reste en défaut de prouver que la Ministre de la Santé publique, seule autorité compétente pour adopter ces décisions, a, préalablement à son départ en vacances, effectivement autorisé le transfert litigieux. Dans un cas comme dans l'autre, il y a lieu de considérer que l'acte attaqué n'a pas été pris par une autorité compétente.

Quant à l'affirmation selon laquelle « toutes les décisions qui ont été signées par les ministres du Gouvernement fédéral pour d'autres, pendant les vacances d'été depuis 2015, devraient être déclarées proprement illégales au motif qu'elles auraient été prises par une autorité "incompétente" », elle n'est pas de nature à modifier le constat d'irrégularité de la décision attaquée, ni à renverser le principe d'ordre public selon lequel les pouvoirs sont d'attribution et ne peuvent, en principe, être exercés que par leurs titulaires, sauf le cas de la délégation de pouvoir

qui est de stricte interprétation et dont la partie adverse reconnaît qu'elle n'est pas d'application en l'espèce.

Le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est fondé.

VI. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Tornaphar est accueillie.

Article 2.

La décision prise le 8 août 2018 par le Ministre des Finances et de la Lutte contre la fraude fiscale, Johan VAN OVERTVELDT, signant « Pour Maggie De Block, Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, absente », qui autorise le transfert à proximité immédiate de l'officine pharmaceutique (n° 574202) ouverte au public sise place de Kain Centre 2 à 7540 Kain vers la rue des Combattants 6 à 7540 Kain, est annulée.

Article 3.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie adverse supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre,
le 7 février 2022 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky