

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 256.768 du 13 juin 2023

A. 231.036/VIII-12.172

En cause : **la société anonyme « OCTAPHARMA BENELUX »**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Michel KAISER et
Emmanuel GOURDIN, avocats,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Santé publique,
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre SLEGERS et
Margaux KERKHOF, avocats,
avenue Louise 523
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 mai 2020, la société anonyme « Octapharma Benelux » demande l'annulation de « l'arrêté royal du 27 mars 2020 visant l'interruption des calendriers qui déterminent les délais pour l'exécution des procédures de modification de la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables et de la liste des implants et dispositifs médicaux invasifs suite à la pandémie COVID- 19 ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Edward Langohr, premier auditeur 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.

La partie requérante a demandé la poursuite de la procédure et la partie adverse a déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 18 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mai 2023.

M. Raphaël Born, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Emmanuel Gourdin et Olivier Mignolet, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et M^{es} Pierre Slegers et Caroline Joret, avocats, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Edward Langohr, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme, sauf en ce qui concerne les dépens et l'indemnité de procédure.

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. Faits

1. La requérante est une société pharmaceutique, filiale pour le Benelux du groupe Octapharma spécialisé, selon la requête, dans le fractionnement du plasma et la fabrication et la distribution de médicaments à base de protéines humaines, utilisés dans les domaines de l'hématologie, immunothérapie, soins intensifs et médecine d'urgence.

2. Le 30 mars 2020, le *Moniteur belge* publie une loi du 27 mars 2020 'habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)'. Cette loi dispose comme suit :

« Article 1^{er}. La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2. Afin de permettre à la Belgique de réagir à l'épidémie ou la pandémie du coronavirus COVID-19 et d'en gérer les conséquences, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, prendre les mesures visées à l'article 5, § 1^{er}, 1^o à 8^o.

Si nécessaire, ces mesures peuvent avoir un effet rétroactif, lequel ne peut cependant être antérieur au 1^{er} mars 2020.

Art. 3. Les arrêtés royaux pris en vertu de la présente loi ne peuvent pas porter atteinte au pouvoir d'achat des familles et à la protection sociale existante.

Art. 4. Les arrêtés royaux pris en vertu de la présente loi ne peuvent pas adapter, abroger, modifier ou remplacer les cotisations de sécurité sociale, les impôts, les taxes et les droits, notamment la base imposable, le tarif et les opérations imposables.

Art. 5. § 1^{er}. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 2, alinéa 1^{er}, le Roi peut prendre des mesures pour :

- 1° combattre la propagation ultérieure du coronavirus COVID-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l'ordre public ;
- 2° garantir la capacité logistique et d'accueil nécessaire, y compris la sécurité d'approvisionnement, ou en prévoir davantage ;
- 3° apporter un soutien direct ou indirect, ou prendre des mesures protectrices, pour les secteurs financiers, les secteurs économiques, le secteur marchand et non marchand, les entreprises et les ménages, qui sont touchés, en vue de limiter les conséquences de la pandémie ;
- 4° garantir la continuité de l'économie, la stabilité financière du pays et le fonctionnement du marché, ainsi que protéger le consommateur ;
- 5° apporter des adaptations au droit du travail et au droit de la sécurité sociale en vue de la protection des travailleurs et de la population, de la bonne organisation des entreprises et des administrations, tout en garantissant les intérêts économiques du pays et la continuité des secteurs critiques ;
- 6° suspendre ou prolonger les délais fixés par ou en vertu de la loi selon les délais fixés par Lui ;
- 7° dans le respect des principes fondamentaux d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire et dans le respect des droits de la défense des justiciables, garantir le bon fonctionnement des instances judiciaires, et plus particulièrement la continuité de l'administration de la justice, tant au niveau civil qu'au niveau pénal :
 - en adaptant l'organisation des cours et tribunaux et autres instances judiciaires, en ce compris le ministère public, les autres organes du pouvoir judiciaire, les huissiers de justice, experts judiciaires, traducteurs, interprètes, traducteurs-interprètes, notaires et mandataires de justice ;
 - en adaptant l'organisation de la compétence et la procédure, en ce compris les délais prévus par la loi ;
 - en adaptant les règles en matière de procédure et de modalités de la détention préventive et en matière de procédure et de modalités de l'exécution des peines et des mesures ;
- 8° se conformer aux décisions prises par les autorités de l'Union européenne dans le cadre de la gestion commune de la crise.

§ 2. Les arrêtés visés au paragraphe 1^{er} peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées à la loi par la Constitution.

Les arrêtés visés au paragraphe 1^{er} peuvent déterminer les sanctions administratives, civiles et pénales applicables à certaines infractions à ces arrêtés.

Les sanctions pénales ne peuvent comporter de peines supérieures à celles que la législation modifiée ou remplacée attache aux infractions en cause.

Les dispositions du Livre I^{er} du Code pénal, y compris le chapitre VII et l'article 85, s'appliquent aux sanctions pénales introduites par ces arrêtés.

Art. 6. Les arrêtés visés à l'article 5, § 1^{er}, 1°, peuvent être adoptés sans que les avis légalement ou réglementairement requis soient préalablement recueillis.

À l'exception de l'avis du Conseil d'État, les arrêtés royaux visés à l'article 5, § 1^{er}, 2^o à 8^o, peuvent être adoptés sans que les avis légalement ou réglementairement requis, soient préalablement recueillis. Si nécessaire, ces avis peuvent être recueillis dans un délai abrégé par rapport au délai légalement ou réglementairement requis.

Art. 7. Les pouvoirs accordés au Roi par la présente loi expirent trois mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Les arrêtés visés à l'article 5, § 1^{er}, 1^o à 8^o, sont confirmés par la loi dans un délai d'un an à partir de leur entrée en vigueur.

Les arrêtés royaux visés à l'article 5, § 1^{er}, 1^o à 8^o, sont réputés n'avoir jamais produit leurs effets s'ils ne sont pas confirmés dans le délai visé à l'alinéa 2.

Art. 8. La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* ».

3. Le 31 mars 2020, le *Moniteur belge* publie un arrêté royal du 27 mars 2020 'visant l'interruption des calendriers qui déterminent les délais pour l'exécution des procédures de modification de la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables et de la liste des implants et dispositifs médicaux invasifs suite à la pandémie COVID-19'.

Cet arrêté royal qui constitue l'acte attaqué, dispose comme suit :

« Article 1^{er}. Le calendrier qui détermine les délais pour l'exécution des procédures, visées à l'article 35bis, § 3, § 6 et § 8 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, est interrompu le vendredi 13 mars 2020 à minuit jusqu'à la date et l'heure, à définir par le ministre qui a les Affaires sociales dans ses attributions et le ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions.

Art. 2. Le calendrier qui détermine les délais pour l'exécution des procédures, visées à l'article 35 septies/2, § 5, § 6/1, § 7 et § 8 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, est interrompu le vendredi 13 mars 2020 à minuit jusqu'à la date et l'heure, à définir par le ministre qui a les Affaires sociales dans ses attributions et le ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions.

Art. 3. Le présent arrêté produit ses effets le 13 mars 2020.

Art. 4. Le ministre qui a les affaires sociales dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté ».

4. Le 19 mai 2020, le *Moniteur belge* publie un arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 'portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé'. Il dispose comme suit :

« [...]

Vu la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II), les articles 5, § 1^{er}, 1^o, et 6 ;

[...]

TITRE 1^{er}. - DISPOSITIONS GENERALES

Article 1^{er}. Sauf mention contraire dans le présent arrêté ou une autre disposition légale ou réglementaire adoptée après le 13 mars 2020, les délais prévus par ou en vertu de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, à l'exception des délais prévus par ou en vertu des sections XVI et XXII du chapitre V du titre III, des titres IV, V, Vbis, du chapitre III du titre VI et des chapitres II, III et IV du titre VII de la loi, sont suspendus à partir du 13 mars 2020 jusqu'à une date à fixer par le Roi de manière générique ou pour certains de ces délais.

[...]

TITRE 8. - DISPOSITIONS FINALES

Art. 72. Les mesures fixées dans le présent arrêté restent d'application jusqu'à une date à fixer par le Roi. Le Roi peut fixer une date différente pour chaque mesure.

Art. 73. L'arrêté royal du 27 mars 2020 visant l'interruption des calendriers qui déterminent les délais pour l'exécution des procédures de modification de la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables et de la liste des implants et dispositifs médicaux invasifs suite à la pandémie de COVID-19 est abrogé.

Art. 74. Le présent arrêté produit ses effets le 1^{er} mars 2020.

[...]

Art. 75. Le ministre qui a les Affaires sociales dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté ».

5. Le 15 janvier 2021, le *Moniteur belge* publie une loi du 24 décembre 2020 'portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)'. Ses articles 16 et 34 disposent comme suit :

« Art. 16. § 1^{er}. L'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, est confirmé.

L'arrêté royal n° 28 du 3 juin 2020 modifiant l'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, est confirmé.

§ 2. Dans l'article 72 de l'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, la première phrase est complétée par les mots "et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2025" » ;

« Art. 34. La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie requérante

IV.1.1. La requête en annulation

La requérante fait valoir que l'abrogation d'un acte, à la différence du retrait, n'a pas d'effet rétroactif, en sorte qu'un requérant peut conserver un intérêt à l'annulation de l'acte attaqué pour la période au cours de laquelle il a été en vigueur. Elle soutient avoir subi, en l'espèce, un dommage lié aux effets produits par l'acte attaqué et maintenir un intérêt au recours pour ce motif. Elle s'interroge toutefois sur la question de savoir si l'arrêté royal n° 20 susvisé n'aurait pas, en réalité, retiré l'acte attaqué dès lors qu'il produit ses effets à partir du 1^{er} mars 2020. Elle ajoute garder un intérêt même en pareille hypothèse dès lors qu'elle envisage de déposer une demande d'indemnité réparatrice.

IV.1.2. Le mémoire en réplique

La requérante réplique que la suspension des délais à partir du 13 mars 2020 vaut « sauf mention contraire dans le présent arrêté ou une autre disposition légale ou réglementaire adoptée après le 13 mars 2020 ». Elle en infère que le Roi a subordonné l'exception à cette suspension des délais à l'adoption, après le 13 mars 2020, d'une autre disposition légale ou réglementaire prévoyant une mention contraire. Elle expose que l'adoption d'un acte est un fait juridique, c'est-à-dire un fait duquel l'on doit déduire des effets de droit et qu'en l'espèce, il y a eu l'adoption de l'acte attaqué, soit postérieurement au 13 mars, qui prévoyait une interruption des délais à partir du 13 mars à minuit. Elle en déduit que les délais visés par l'acte attaqué ne sont pas suspendus par l'application de l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 20 précité.

Elle considère que la circonstance que l'acte attaqué a été retiré n'y change rien. Elle fait valoir que si le retrait d'acte a pour conséquence que l'acte retiré est supposé, en droit, ne jamais avoir existé, il n'empêche qu'en fait il a bien été adopté. Se fondant sur un arrêt n° 212.667 du 14 avril 2011, elle expose que le Conseil d'État, lorsqu'il examine les conséquences d'un retrait d'acte ou d'une annulation, établit cette distinction entre la question de fait et la question de droit.

Elle ajoute qu'en raison de son abrogation au 1^{er} mars 2020, l'acte attaqué n'a produit aucun effet.

Elle estime nécessaire de fustiger l'attitude de la partie adverse qui, pour éviter une décision d'octroi d'un remboursement par l'effet de l'écoulement du temps, a adopté l'acte attaqué et qui, compte tenu de son illégalité manifeste, a tenté de le consolider par un arrêté royal de pouvoirs spéciaux qui fera vraisemblablement l'objet d'une confirmation législative. Elle estime que cette manière d'interférer dans les procédures juridictionnelles en cours en vue de discriminer un opérateur économique est contraire au droit à un recours effectif, au droit à un procès équitable et aux principes d'égalité et de non-discrimination.

Elle conclut que ces circonstances justifient que les dépens soient mis à charge de la partie adverse.

IV.1.3. Le dernier mémoire de la partie requérante

Dans le courrier qui tient lieu de dernier mémoire, la requérante ne revient plus sur l'argumentation qui précède.

IV.2. Appréciation

En vertu de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après : les lois coordonnées), un recours en annulation peut être introduit par toute partie justifiant d'un intérêt. Cette exigence relevant de l'ordre public, il y a lieu de l'examiner d'office. La loi ne définit pas l'« intérêt » et le législateur a laissé au Conseil d'État le soin de préciser le contenu de cette notion (*Doc. parl.*, Chambre, 1936-1937, n° 211, p. 34, et n° 299, p. 18). Il ressort des arrêts de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État n° 243.406 du 15 janvier 2019 et n° 244.015 du 22 mars 2019, et de la jurisprudence constante, qu'une partie requérante dispose de l'intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout d'abord, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et lésant un intérêt légitime. Ensuite, l'annulation de cet acte qui interviendrait éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel. Une partie requérante n'est pas soumise à l'obligation de définir ou de préciser son intérêt au recours. Toutefois, si cet intérêt est mis en doute, il lui appartient de fournir des éclaircissements à cet égard dès qu'elle en a l'occasion dans le cadre de la procédure et d'étayer son intérêt. Si elle s'exécute en ce sens, la partie requérante circonscrit alors également les motifs de sa

demande et le Conseil d'État doit tenir compte des limites du débat juridictionnel qu'elle fixe.

En l'espèce, l'acte attaqué a été adopté le 27 mars 2020. Suivant son article 3, il devait produire ses effets à partir du 13 mars 2020.

L'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 'portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé', publié au *Moniteur belge* le 19 mai suivant, a néanmoins abrogé l'acte attaqué, en produisant ses effets au 1^{er} mars 2020. Cet arrêté royal n° 20 n'a pas été attaqué et a été confirmé par l'article 16 de la loi du 24 décembre 2020 'portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II)'. Cette loi n'a, elle-même, pas fait l'objet de recours devant la Cour constitutionnelle qui n'a, en outre, été saisie, au jour du prononcé du présent arrêt, que de questions préjudicielles portant sur l'article 4 de cette loi et donc sans rapport avec la présente affaire.

Il résulte de ce qui précède que l'acte attaqué n'a juridiquement produit aucun effet du fait de son abrogation entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption.

Il s'en déduit que la requérante ne dispose pas, *ab initio*, d'un intérêt au recours introduit le 25 mai 2020.

Le recours est irrecevable.

V. Indemnité de procédure et dépens

V.1. Thèses des parties

La requérante et la partie adverse sollicitent que les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 770 euros, soient mis à charge de l'autre partie.

Dans son mémoire en réplique, la requérante soutient qu'il est nécessaire de fustiger l'attitude de la partie adverse qui, pour éviter une décision d'octroi d'un remboursement par l'effet de l'écoulement du temps, a adopté l'acte attaqué « et qui, compte tenu de son illégalité manifeste (nécessaire[ment] reconnue par la partie adverse elle-même) a tenté de le consolider par un arrêté royal ... de pouvoirs

spéciaux qui fera, vraisemblablement, l'objet prochainement d'une confirmation législative ».

V.2. Appréciation

Quels que soient les motifs qui ont présidé à l'adoption de l'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020, force est de constater qu'il a été publié au *Moniteur belge* le 19 mai 2020 et que le présent recours n'a été introduit que le 25 mai 2020, c'est-à-dire en connaissance de cause, au demeurant expressément reconnue dans la requête elle-même, du défaut d'intérêt à agir dans le chef de la requérante.

Il lui appartient, dès lors, de supporter les contributions et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le 13 juin 2023, par :

Luc Detroux,
Frédéric Gosselin,
Raphaël Born,
Florence Van Hove,

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

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Luc Detroux