

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
VI^e CHAMBRE
A R R Ê T

n^o 258.238 du 18 décembre 2023

A. 233.724/VI-22.058

En cause : **1. la société à responsabilité limitée NEWPHARMA,**
 2. LEGIPONT Aline,
 ayant élu domicile chez
 M^e Michel KAISER, avocat,
 boulevard Louis Schmidt 56
 1040 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
 le ministre de la Santé publique,
 ayant élu domicile chez
 M^e Jérôme SOHIER, avocat,
 chaussée de La Hulpe 181/24
 1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 mai 2021, la SRL NEWPHARMA et Aline Legipont demandent l'annulation de « l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 24 mars 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de 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 déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 13 septembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 octobre 2023.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Etienne Wery et Michel Kaiser, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, et M^e Aude Valizadeh, *loco* M^e Jérôme Sohier, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Edward Langohr, premier auditeur, 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

1. La première requérante est propriétaire d'une officine pharmaceutique ouverte au public dont la pharmacienne titulaire est la seconde requérante.

Elle vend également en ligne des produits parapharmaceutiques et des médicaments à usage humain non soumis à prescription.

2. Le 24 décembre 2020, le *Moniteur belge* a publié une loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19. L'article 3, § 2, alinéa 1^{er}, de cette loi dispose comme suit :

« La mise à disposition des autotests aux utilisateurs finaux et aux consommateurs est soumise à des conditions et des règles à déterminer par le Roi ».

3. Le 24 mars 2021, la première requérante a interrogé la partie adverse sur le champ d'application de l'arrêté royal du même jour visé ci-dessous et a fait part

de son intention d'introduire un recours si elle ne pouvait vendre d'autotests en ligne.

4. Le 25 mars 2021, le *Moniteur belge* a publié un arrêté royal du 24 mars 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 susvisée. En vertu de son article 8, il est entré en vigueur le lendemain de sa publication au *Moniteur belge*, à l'exception de l'article 5 qui entrerait en vigueur le 1^{er} juillet 2021.

5. Par un courrier daté du 8 avril 2021, l'administrateur général de l'agence fédérale des médicaments et des produits de santé (ci-après « AFMPS ») a répondu au courrier de la première requérante du 24 mars 2021 susvisé que la vente à distance des autotests était interdite.

6. Le 13 avril 2021, la première requérante a sollicité du président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles siégeant en référé ce qui suit :

« Entendre donner injonction aux cités de ne pas opposer à la requérante, dans le cadre de son activité de délivrance des autotests aux personnes, la condition visée à l'article 2, 3^o de l'arrêté royal 24 mars 2021 [précité] ».

7. Le 27 avril 2021, l'AFMPS a adressé un avertissement aux requérantes et leur a demandé de cesser immédiatement la vente en ligne d'autotests.

8. Le 27 avril 2021 toujours, l'un des conseils des requérantes lui a répondu ce qui suit :

« Comme vous le savez, une action judiciaire est en cours afin de donner injonction à l'Etat belge et à l'A.F.M.P.S. de ne pas opposer à la société Newpharma, dans le cadre de son activité de délivrance des autotests aux personnes, la condition visée à l'article 2, 3^o, de l'arrêté royal 24 mars 2021.
Par ailleurs, devant le tribunal, votre agence a pris l'engagement, via son avocat, de ne dresser aucun procès-verbal d'infraction dans l'attente de l'ordonnance du Président du Tribunal à intervenir.
Pour ces deux raisons, il ne sera pas donné suite à votre demande ».

9. Le 14 mai 2021, le *Moniteur belge* a publié un arrêté royal du 11 mai 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 susvisée. En vertu de son article 8, il est entré en vigueur le lendemain de sa publication au *Moniteur belge*, à l'exception de son article 5 qui entrerait en vigueur le 1^{er} juillet 2021. Son article 7 a abrogé l'arrêté royal du 24 mars 2021 précité. Son article 2 disposait comme suit :

« Un pharmacien peut délivrer des autotests ayant reçu une dérogation et des

autotests aux personnes à condition que :

(...);

3° l'autotest ayant reçu une dérogation ou l'autotest est remis physiquement à la personne dans une pharmacie ouverte au public. La vente à distance n'est pas autorisée. ».

Cette disposition n'a pas été attaquée au Conseil d'État.

10. Le 28 mai 2021, le président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles siégeant en référé a « constat[é] l'illégalité apparente de l'article 2, 3°, de l'arrêté royal du 11 mai 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 (...) en ce que, *prima facie*, en interdisant la vente des autotests par les pharmacies en ligne soumises au droit belge et à l'autorité de l'AFMPS, l'Etat belge a violé le principe de non-autorisation préalable contenu dans l'article XII.2 CDE, l'Etat belge a commis une ingérence dans la liberté d'entreprise de Newpharma en violation des principes de légalité, de finalité et de nécessité » et a « condamn[é] l'Etat belge à prendre toutes les mesures qu'il estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation d'illégalité apparente, dans les 30 jours de la signification de la présente ordonnance ».

Ce jugement a fait l'objet d'un acquiescement et est coulé en force de chose jugée.

11. Le 30 juin 2021, le *Moniteur belge* a publié un arrêté royal du 24 juin 2021 modifiant l'arrêté royal du 11 mai 2021 précité et disposant comme suit :

« Article 1^{er}. L'article 2 de l'arrêté royal du 11 mai 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19, est remplacé par ce qui suit :

“Art. 2. La vente et la délivrance des autotests s'effectuent conformément à la législation applicable aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, tels que définis par l'article 1^{er}, § 2, 2° de l'arrêté royal du 14 novembre 2001 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.”

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur le lendemain de sa publication au *Moniteur belge*.

(...) ».

12. Le 19 octobre 2022, l'auditeur rapporteur a posé la question suivante aux parties :

« Pourriez-vous m'informer de l'évolution de cette affaire en ce qui concerne les

éventuelles sanctions auxquelles la/les requérante(s) a/ont été exposée(s) en lien avec l'acte attaqué (ont-elles été prononcées sinon peuvent-elles l'être encore, etc.) et me communiquer tout document utile à l'appui de votre réponse ».

13. Le 26 octobre 2022, un des conseils des requérantes a répondu ce qui suit :

- « En réponse à votre demande, nous nous permettons de vous renvoyer à la pièce 11 du dossier annexé à notre requête en annulation.

Cette pièce contient un courriel du 27 avril 2021 de la part de l'AFMPS imposant un avertissement” à charge de la partie requérante, sur le pied de l'article 13, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19, cette disposition faisant référence aux compétences prévues à l'article 14, § 3, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

Cet “avertissement” qui constitue une mesure causant grief à la partie requérante n'a, à ce jour, jamais fait l'objet d'un retrait et reste présente dans son dossier auprès de l'AFMPS ».

14. Le 27 octobre 2022, l'auditeur rapporteur lui a écrit ce qui suit :

- « Je faisais référence à ce que vous faisiez valoir dans votre mémoire en réplique l'existence d'un “risque (...) de sanction” postérieur à cet avertissement.

Dois-je comprendre que vous estimez que ce risque a disparu ? Sinon, sur quoi se fonde-t-il encore ?

L'avertissement a-t-il fait l'objet d'un recours ? Dans l'affirmative, pouvez-vous m'en communiquer l'issue ?

Le conseil de la partie adverse qui me lit en copie est invité à communiquer toute information utile ».

15. Le 27 octobre 2022 toujours, le conseil de la partie adverse a répondu ce qui suit au courriel du 19 octobre précédent de l'auditeur rapporteur :

- « Comme suite à votre courriel du 19 octobre dernier, je vous confirme que, sauf erreur de ma part, aucune sanction n'a été prononcée à ce jour à l'encontre de la/des requérante(s) en lien avec l'acte attaqué.

Telle était déjà la position de la partie adverse, telle que décrite dans notre mémoire en réponse (*op. cit.*, p. 7, dernier alinéa).

Les parties requérantes ont également reconnu, pour leur part, que, depuis l'abrogation de l'arrêté royal du 24 mars 2021, “les requérantes sont à nouveau en mesure d'exercer leur commerce sans être accusées d'agir dans l'illégalité et menacées de sanction” (mémoire en réplique du 15 octobre 2021, p.2). L'avertissement qui a été notifié en avril 2021 était basé sur l'ancienne réglementation qui a disparu, et n'a donc donné lieu à aucune suite qui permettrait de justifier un intérêt encore actuel en l'espèce ».

16. Le 27 octobre 2022 encore, l'auditeur rapporteur lui a précisé ce qui suit :

« Mes courriels ne portent que sur les événements qui ont pu se dérouler postérieurement aux écrits de procédure (...) ».

17. Le 1^{er} novembre 2022, un des conseils des requérantes a répondu au courriel que lui avait adressé l'auditeur rapporteur le 27 octobre précédent de la manière suivante :

« Nous avons bien pris note du fait que vos questions portaient exclusivement sur d'éventuels événements postérieurs aux écrits de procédure, ce à quoi nous avons donc répondu.

Pour autant que de besoin, la partie requérante maintient qu'elle conserve un intérêt manifeste à l'annulation de l'acte réglementaire en cause.

Elle renvoie intégralement aux développements du titre 3 de son mémoire en réplique et notamment au préjudice commercial subi en raison de la norme applicable pendant quelques semaines sur le fondement de l'acte attaqué, même si la requérante a continué à vendre (mais sans doute à moins vendre, tenant compte de la règle d'interdiction en vigueur) ainsi qu'au préjudice important à son image en raison des communications externes de l'AFMPS (voir notamment la pièce 19 annexée au mémoire en réplique) ».

IV. Objet du recours

Les requérantes sollicitent formellement l'annulation de « l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 24 mars 2021 portant exécution de l'article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19 ».

Il se lit toutefois, à la page 6 de leur requête, qu'elles identifient l'acte attaqué comme étant l'article 2, 3^o, de cet arrêté royal. Il s'agit du véritable objet du recours et son identification erronée, dans l'introduction et la conclusion de la requête, n'a pas trompé la partie adverse.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

A. Requête

Les requérantes soutiennent qu'il est indifférent que l'arrêté attaqué fût abrogé au moment de l'introduction du recours.

Elles font, d'abord, valoir qu'un délai est toujours ouvert pour l'introduction d'un recours en annulation contre l'arrêté royal du 11 mai 2021 précité qui l'abroge et s'y substitue et qu'elles « ne manqueront pas d'introduire un recours en annulation contre ce second arrêté, dont l'issue favorable serait, sauf à voir votre Conseil l'annuler, de « remettre en piste » l'arrêté attaqué ».

Elles en déduisent disposer d'un intérêt manifeste à son annulation.

Elles font ensuite valoir que l'acte attaqué est un arrêté de nature réglementaire qui a produit ses effets pendant plusieurs semaines.

Elles prétendent que cette situation a eu une incidence sur les ventes de tests antigéniques par la première requérante en raison de la mauvaise image liée au texte de l'acte attaqué et à la communication faite par la partie adverse autour de celui-ci et plus généralement sur son image.

Elles affirment que ces lésions liées à l'application de l'acte attaqué pendant quelques semaines suffisent à justifier leur intérêt à l'annulation.

Elles font, enfin, valoir que l'acte attaqué fait peser des risques manifestes en matière de sanction.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse observe que les requérantes n'ignoraient pas qu'au moment de l'introduction de leur recours, l'acte attaqué n'existait plus.

Elle fait valoir qu'à sa connaissance, aucun recours n'a été introduit contre l'arrêté royal du 11 mai 2021 précité dans le délai requis.

Elle en déduit qu'à tout le moins, sur ce point, la recevabilité du présent recours dépendra nécessairement de l'issue qui sera donnée à cet éventuel second recours.

Elle fait, ensuite, valoir à l'égard des lésions qui auraient été occasionnées aux requérantes par l'acte attaqué qu'alors qu'elles ont pu continuer à effectuer leurs

ventes en ligne et qu'aucune sanction ne leur a été infligée à ce sujet, la jurisprudence du Conseil d'État est fixée en ce sens que l'intérêt consistant uniquement à établir la responsabilité éventuelle de l'autorité en raison d'un acte administratif qui aurait été jugé illicite n'est pas suffisant.

Elle fait encore valoir que l'argument suivant lequel il y aurait des risques manifestes de sanction est incompréhensible dès lors qu'aucune sanction n'a été infligée aux requérantes sur la base de l'arrêté abrogé et qu'elle ne voit pas comment il pourrait encore y avoir un risque qu'une sanction soit infligée à quiconque sur la base d'une réglementation qui a disparu dès avant l'introduction du présent recours.

Elle fait enfin valoir que l'intérêt de la seconde requérante, qui n'était pas partie au contentieux en référé et qui apparaît pour la première fois, n'est pas justifié dans la requête en annulation et reste inexpliqué, sauf à démontrer qu'elle aurait fait l'objet, à l'époque, d'une sanction.

C. Mémoire en réplique

Les requérantes font valoir qu'en dépit du caractère définitif de l'abrogation de l'acte attaqué en l'absence de recours introduit contre l'arrêté royal du 11 mai 2021 précité, il est de jurisprudence constante que l'abrogation d'un acte 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 durant laquelle il a été en vigueur et que l'intérêt à attaquer au Conseil d'État une disposition réglementaire est plus étendu que lorsqu'il s'agit d'actes individuels de sorte qu'il ne suffit pas d'invoquer l'abrogation de l'acte réglementaire attaqué, même antérieure à l'introduction du recours, pour conclure immédiatement à l'absence d'intérêt au recours.

Elles soutiennent avoir une possibilité, par un arrêt d'annulation, de voir leur situation actuelle améliorée.

Elles ajoutent à titre tout à fait surabondant que l'arrêté royal abrogatoire a cessé de produire ses effets, s'agissant spécifiquement du grief à la base du présent recours, en raison de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 24 juin 2021 précité de sorte qu'au moment de l'expiration du délai de recours en annulation contre l'arrêté royal du 11 mai 2021 précité, le grief que les requérantes auraient avancé à l'appui d'une demande d'annulation avait d'ores et déjà disparu.

Elles exposent que l'acte attaqué est resté en vigueur durant une période

de près de deux mois allant du jour de son adoption, le 24 mars 2021, au jour de son abrogation, le 15 mai 2021.

Elles admettent avoir, pendant cette période, continué leur commerce en ligne d'autotests et ce, en infraction avec l'acte attaqué.

Elles ajoutent que l'existence de cette infraction a été actée dans un avertissement notifié par l'AFMPS à la première requérante.

Elles affirment que quels que soient les engagements de la partie adverse à ne pas donner suite à cet avertissement, tant que l'acte attaqué existera dans l'ordonnancement juridique, l'infraction est établie et peut donner lieu à une sanction.

Elles font valoir que l'annulation de l'acte attaqué ôterait tout caractère infractionnel à la vente en ligne d'autotests durant cette période, ce qui placera la première requérante dans une situation plus favorable puisque tout risque de sanction aura disparu et plus aucun dossier ne sera ouvert, à son encontre, auprès de l'organisme de contrôle et d'inspection.

Elles soutiennent que l'abrogation de l'acte attaqué n'a pas remplacé la première requérante dans sa situation antérieure à l'envoi d'un avertissement de sorte qu'elle conserve un intérêt à en demander l'annulation.

Elles considèrent que « c'est à tort que la partie adverse tente de minimiser l'impact de l'application de l'arrêté attaqué sur la situation de la requérante en termes de risques et de sanctions, qui n'a pas disparu à ce jour du reste, la virulence de la réaction de l'APB (représentant les pharmaciens d'officines) et les menaces dans le chef de l'AFMPS en attestent très clairement via la revue de presse qu'[elles] produisent (...) ».

Elles ajoutent que l'entrée en vigueur de l'acte attaqué s'est accompagnée d'une communication au grand public, par voie de presse, sur le caractère illicite de la vente en ligne d'autotests de sorte que cette campagne a forcément affecté négativement les ventes jusqu'à ce que l'arrêté soit abrogé et la vente en ligne officiellement autorisée, que cette communication négative a également terni l'image du secteur de la vente en ligne de produits pharmaceutiques et la confiance placée par le public dans ce secteur en jetant le discrédit sur la légalité de leur pratique, que la mise en œuvre de l'acte attaqué s'est, en outre, matérialisée par un constat d'infraction posé par le service d'inspection de l'AFMPS, qu'elles ont ainsi dû faire face à des

pertes financières sèches durant la période du 24 mars au 24 juin 2021 ainsi qu'à un stress important généré, d'une part, par la crainte de ne pas être en mesure d'écouler les stocks d'autotests qu'elles avaient constitués et, d'autre part, par les poursuites intentées à leur encontre par l'AFMPS, que si par l'abrogation de l'acte attaqué, la situation a pu en grande partie se remettre en ordre par la suite, il reste que le préjudice financier et moral subi pendant la période de mise en exécution de l'arrêté est toujours réel et matérialisé dans le constat d'infraction posé.

Elles rappellent qu'il a déjà été jugé qu'un requérant conserve un intérêt à poursuivre l'annulation d'un arrêté royal entre-temps abrogé dès lors qu'il lui a causé grief.

D. Dernier mémoire des requérantes

Dans leur dernier mémoire, les requérantes formulent les observations suivantes :

« 1. Dans son rapport, Monsieur le Premier auditeur n'examine que la condition de l'intérêt au recours et avance un certain nombre de considérations pour conclure que les requérantes n'en disposeraient pas.

2. Il rappelle d'abord la jurisprudence constante selon laquelle "l'intérêt de la partie requérante doit exister au moment de l'introduction du recours et subsister jusqu'au prononcé de l'arrêt". Il en déduit qu'il est nécessaire de constater que "dès la saisine du Conseil d'Etat et jusqu'au prononcé de l'arrêt" l'auteur du recours doit pouvoir "retirer un avantage de l'annulation qu'il postule".

L'avantage concret avancé par les requérantes, selon Monsieur le Premier auditeur, "doit excéder la simple satisfaction morale d'entendre déclarer irrégulière la décision contestée".

Si on relit correctement les écrits de procédure antérieurs des requérantes, il n'y a pas de doute quant au fait que celles-ci font valoir un certain nombre d'éléments concrets et peu contestables quant aux sérieux avantages qu'elles retireraient d'une annulation de l'arrêté attaqué. C'est le cas au regard des dommages, matériels et moral, qu'il leur a causés durant ses sept semaines d'application. C'est le cas en termes d'incidence sur leur image et de restauration de leur réputation ternie lors de son application. C'est le cas enfin en termes de "sérénité administrative", en permettant de mettre définitivement fin aux procédures hostiles initiées, à l'époque de l'arrêté attaqué, par la partie adverse et l'AFMPS sur la base de celui-ci. Bien plus que sa simple abrogation, l'annulation de l'arrêté attaqué, c'est-à-dire sa disparition complète et rétroactive de l'ordonnancement juridique, permettrait seule de répondre à ces griefs et de les apaiser à tout le moins partiellement.

Ces différents griefs, appuyant le recours en annulation étaient déjà présents au moment de son introduction et persistent à ce jour. Ils doivent être appréciés au regard de la fenêtre de tir qu'ont constitué les sept semaines d'application de l'arrêté attaqué, et certainement pas être relativisés en raison du temps écoulé depuis lors, ce pour quoi les requérantes ne portent aucune responsabilité.

3. Monsieur le Premier auditeur rappelle ensuite une jurisprudence concernant l'intérêt à l'annulation d'un acte réglementaire, lorsqu'il n'a eu d'effet que pour une période déterminée et n'est plus en vigueur, en indiquant toutefois que, dans ce cas aussi, le requérant doit continuer à justifier en cours d'instance de son intérêt au recours.

A l'instar de la partie adverse dans son mémoire en réponse du reste, l'auditeur-rapporteur semble faire peu de cas du fait que l'acte attaqué a été abrogé et non retiré, d'une part, et qu'il présente un caractère réglementaire, d'autre part.

Il reconnaît pourtant que l'arrêté attaqué a produit ses effets pendant près de deux mois, ce qui, par nature, présente une incidence sur l'exercice du commerce des requérantes et leur réputation. Au regard de l'importance de leur activité, et du caractère très sensible du produit en cause à l'époque, cette incidence est nécessairement significative.

Comme déjà rappelé dans le mémoire en réplique, la jurisprudence de votre Conseil est pourtant fixée en ce sens que la reconnaissance de l'intérêt à l'annulation d'un acte réglementaire ayant produit ses effets pendant une certaine période de temps, est la norme, l'absence d'intérêt devant rester l'exception.

Jugé en effet 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 où il a été en vigueur" (C.E., arrêt n° 245.201 du 18 juillet 2019, Jousten ; C.E., arrêt n° 244.539 du 17 mai 2019, ASSOCIATION DES COPROPRIÉTAIRES DE LA RÉSIDENCE "LA CITADELLE" et LE-CANE ; voir aussi C.E., arrêt n° 244.459 du 9 mai 2019, COLLIN et consorts et (C.E., arrêt n° 246.387 du 12 décembre 2019, COENS et consorts).

Très récemment encore, votre Conseil jugeait que "s'agissant d'un recours dirigé contre des dispositions réglementaires, l'intérêt personnel suffisant réside dans la possibilité que ces dispositions soient appliquées à la partie requérante personnellement. L'intérêt à attaquer devant le Conseil d'État une disposition réglementaire est plus étendu que lorsqu'il s'agit d'actes individuels. Les actes réglementaires sont, en effet, susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et dont ils peuvent modifier défavorablement la situation ainsi que par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement des effets qui leur font grief" (C.E., arrêt n° 255.471 du 12 janvier 2023, ASBL BELGISCHE BEROEPSFEDERATIE VAN HANDE-LAARS IN VOGELS, GEZELSCHAPSDIEREN EN TOEBEHOREN et SPRL ANIMALERIE JEAN-PAUL SMETS).

Nombre d'arrêts de votre Conseil rappellent, du reste, comme celui-ci, que, par nature une personne qui est simplement susceptible de se voir appliquer un règlement dispose, sans même qu'il soit nécessaire d'établir des griefs concrets, d'un intérêt à l'annulation de l'acte réglementaire, d'où le recours à l'expression "possibilité que ces dispositions soient appliquées à la partie requérante". Votre Conseil confirme en ce sens qu'il n'est pas exigé que les règlements soient immédiatement appliqués à la partie requérante pour qu'elle puisse voir consacrer son intérêt (C.E., arrêt n° 255.352 du 21 décembre 2012, MULKENS ET RUMFELS) ou encore que les "effets potentiels" d'un règlement suffisent à justifier l'intérêt à en demander l'annulation (C.E., arrêt n° 254.830 du 20 octobre 2022, SPRL GAUME BOIS). Sur cette seule base, on peut se demander si les longs développements du rapport ne sortent pas, dès le départ, du cadre suffisant tracé par la jurisprudence de votre Conseil.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable, au regard de la récente jurisprudence précitée, que les requérantes appartiennent, par rapport à l'acte attaqué, à la

catégorie des personnes auxquelles il a eu vocation à s'appliquer, dès le départ, et s'est d'ailleurs appliqué très défavorablement pendant ses sept semaines d'application. Elles en ont, plus que simplement potentiellement (ce qui aurait déjà suffi) concrètement subi directement des effets qui leur ont fait grief.

4. Le rapport ajoute que l'avertissement reçu de l'AFMPS ne pourrait constituer une preuve des effets négatifs subis par les requérantes en raison de l'arrêté attaqué, étant donné que cet avertissement n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation devant votre Conseil. Cet acte serait donc devenu définitif et l'annulation de l'acte attaqué ne le ferait pas disparaître de l'ordonnancement juridique.

C'est une vision terriblement formaliste et à mille lieues du principe de réalité que développe ici Monsieur le Premier auditeur. Sans même devoir examiner la nature juridique de l'avertissement, son caractère en tant que tel attaquant devant votre Conseil en dépit de l'absence d'une sanction concrète ensuite et l'intérêt à un tel recours dont auraient disposé les requérantes, on doit constater que Monsieur le Premier auditeur remet en cause leur stratégie juridictionnelle ciblée et raisonnable. En faisant choix de solliciter auprès du juge judiciaire des référés une mesure de protection de leurs droits subjectifs, d'une part, et de l'accompagner d'un recours en annulation contre l'arrêté royal, qui était évidemment à la base de leurs difficultés commerciales, administratives et au dommage à leur image, d'autre part, les requérantes ont adopté la stratégie la plus adéquate qui a permis d'éviter un dommage trop lourd pour leur commerce ainsi que l'adoption d'une sanction administrative à leur égard et surtout, a conduit la partie adverse à l'abroger après sept semaines d'application.

Quel eût été le sens et la cohérence d'une procédure spécifique contre l'avertissement ? Il est assez artificiel de développer un raisonnement selon lequel les requérantes auraient dû multiplier les procédures, et partant dépenser leur argent et mobiliser les ressources publiques de l'Etat défendeur et de la juridiction administrative, dans le seul but de maintenir un intérêt au présent recours en annulation.

S'il fallait juger, comme le fait le rapport, que le présent recours était conditionné à l'engagement de sommes d'argent importantes dans des procédures juridictionnelles en cascade qui n'apportent aucune plus-value réelle sur le fond par rapport à celles réellement utiles, l'ingérence que constituerait une telle exigence apparaîtrait comme disproportionnée par rapport à ces deux droits fondamentaux que sont le droit à un recours effectif, d'une part, et le droit à la propriété, d'autre part.

Enfin, on ajoutera qu'en cas d'annulation de l'arrêté attaqué, l'avertissement, fût-il formellement définitif (c'est-à-dire plus susceptible d'annulation) aux yeux de la jurisprudence de votre Conseil, pourrait – et même devrait en termes de bonne administration – faire l'objet d'un retrait en sa qualité d'acte non créateur de droit. Et, à tout le moins, il perdrait tout fondement valide pour être un jour appliqué par la partie adverse. Ceci suffit également à justifier l'intérêt des requérantes.

5. Toujours selon le rapport, les requérantes seraient en défaut de produire des éléments relatifs aux risques de sanction, à la suite de cet avertissement, rendant cet élément de l'intérêt purement hypothétique. Cette considération [se] justifierait par l'engagement pris par la partie adverse et l'AFMPS, dans le cadre de la procédure judiciaire antérieure, "qu'aucune procédure de sanction ne sera[it] engagée". Le rapport ajoute encore que l'acte attaqué ayant été abrogé ne pouvant plus produire d'effets, aucune sanction future ne pourrait être adoptée sur son fondement.

Quels que soient les engagements de la partie adverse à ne pas donner suite à cet

avertissement, tant que l'arrêté attaqué du 24 mars 2021 existera, pour une période donnée, dans l'ordonnancement juridique, l'infraction est établie et peut donner lieu à une sanction.

A contrario, l'annulation de l'arrêté attaqué ôterait tout caractère infractionnel à la vente en ligne d'autotests durant cette période, ce qui placerait la première requérante dans une situation plus favorable puisque tout risque, fut-ce minime à en croire la partie adverse, de sanction aura disparu et plus aucun dossier ne sera ouvert, à son encontre, auprès de l'organisme de contrôle et d'inspection.

Formalisme pour formalisme, à suivre Monsieur le Premier auditeur, même si cette éventualité était peu réaliste dans les faits, tant que votre Conseil n'aura pas fait disparaître l'arrêté attaqué de l'ordonnancement juridique, elle reste possible en droit.

A tout le moins, le maintien formel de l'avertissement, accompagné d'un arrêt d'annulation de son fondement juridique qu'est l'arrêté attaqué procurerait aux requérantes un avantage moral manifeste.

6. Monsieur le Premier auditeur va un pas plus loin, et manifestement un pas trop loin, en précisant ensuite que "le risque de sanction ne résultait pas de la simple existence de l'acte attaqué mais du choix délibéré des requérantes d'adopter un comportement contraire à une disposition réglementaire obligatoire [...] sans qu'aucune circonstance impérieuse ou de force majeure puisse le justifier".

Il estime, ce faisant, que leur intérêt serait illégitime, avançant le bénéfice du privilège du préalable pour justifier la nécessité de respecter l'arrêté attaqué illégal. Selon Monsieur le Premier auditeur, les requérantes seraient donc à l'origine de la crainte alléguée.

Dans la même ligne, le rapport estime que ce serait le comportement des requérantes qui serait, par ailleurs, à l'origine des articles de presse fustigeant à nouveau leur non-respect de la réglementation alors en vigueur (l'arrêté attaqué).

Le rapport de Monsieur le Premier auditeur indique encore que les requérants disposent d'une pharmacie ouverte au public et qu'elles "ont bravé l'interdiction de les vendre en ligne ayant bénéficié de la publicité des articles de presse susvisés".

La jurisprudence de votre Conseil est, en effet, fixée en ce sens que l'intérêt au recours doit être légitime, c'est-à-dire qu'il ne s'assimile pas au maintien d'une situation illégale, autrement dit contraire aux lois impératives, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (voy. parmi de nombreux arrêts, C.E., arrêt n° 255.352 du 21 décembre 2012, *MULKENS ET RUMFELS* ; C.E., arrêt n° 254.579 du 22 septembre 2022, *ASBL UNITED PEOPLE* ; C.E., arrêt n° 254.152 du 29 juin 2022, *ROBERT ET CAMMARERI*). En l'espèce, les requérantes n'entendent nullement, tout au contraire, solliciter de votre Conseil le maintien d'une telle situation.

Le fait d'avoir exercé leur commerce, d'avoir pris et assumé les risques administratifs et commerciaux liés à cet exercice (immédiatement accompagnée des recours contre l'arrêté attaqué) en ne se conformant pas à un arrêté qu'elles savaient illégal ne peut rendre leur intérêt au présent recours illégitime. Si, par impossible, votre Conseil était enclin à suivre l'étonnant raisonnement de Monsieur le Premier auditeur sur ce point, à tout le moins faudrait-il lier l'exception au fond. Si l'arrêté attaqué est bien illégal, l'intérêt à son annulation est quoi qu'il en soit légitime.

7. Monsieur le Premier auditeur estime encore que les requérantes sont en défaut de produire, tant en appui de la requête en annulation que du mémoire en réplique, des pièces qui seraient “de nature à établir que l’acte attaqué a diminué leur vente d’autotests”.

C’est une bien curieuse manière de raisonner, à nouveau assez déconnectée des réalités économiques, qui revient à exiger la *probatio diabolica*.

On précisera d’abord que le “temps de la réparation” n’est pas encore venu. Les requérantes auraient pu, pour obvier aux développements très déterminés du rapport de Monsieur le Premier auditeur conduisant à leur dénier l’intérêt au recours, introduire une demande, fut-elle (presque) symbolique d’indemnité réparatrice sur la base de l’article 11 bis des lois coordonnées. Cela aurait mis fin à tout débat sur leur intérêt au recours. Les requérantes n’entendent pas faire usage d’un tel artifice et manipuler, d’une certaine manière, la jurisprudence de l’assemblée générale de votre Conseil.

Elles rappellent toutefois fermement qu’elles disposent d’un délai de 60 jours faisant suite à l’arrêt d’annulation pour introduire une demande d’indemnité réparatrice par rapport à une période d’application de l’acte attaqué qui n’a pas disparu de l’ordonnancement juridique. De toute manière, l’intérêt indemnitaire (matériel ou moral) est maintenu s’agissant de la possibilité, sur la base notamment de la théorie de l’unité entre l’illégalité (constatée de manière ferme et définitive par un arrêt d’annulation de votre Conseil) et la faute, de la possibilité de saisir, sur le fondement des articles 1382 et suivants [de l’ancien Code civil], les cours et tribunaux judiciaires. Ceci aussi confirme leur intérêt au recours en annulation.

Quoi qu’il en soit, il n’est pas sérieux d’exiger la production par les requérantes de preuves impossibles de leur dommage matériel. Dans une demande en réparation de leur dommage matériel, les requérantes ne pourraient pas apporter de preuve de ventes qu’elles n’ont pas pu réaliser pendant cette période de sept semaines. Cela n’existe pas. Mais comment peut-on crédiblement penser qu’avec une interdiction de principe en vigueur pendant sept semaines et une campagne de presse hostile sur le dos des requérantes rappelant ce principe en parallèle, les requérantes aient pu obtenir un résultat de ventes aussi performant que si les ventes d’autotests leur avaient été autorisées, comme cela aurait dû être le cas depuis le départ ? La consécration d’un dommage *ex aequo et bono*, compensant des ventes perdues sur la base d’un pourcentage extrapolé des ventes effectivement réalisées pendant cette période ou même l’octroi d’un euro symbolique pour compenser le dommage matériel recevrait, à l’évidence, un accueil de principe favorable du juge de la réparation. Les requérantes ont donc bien vocation à voir consacrer, à ce stade, leur intérêt indemnitaire à l’annulation de l’acte attaqué.

8. Monsieur le Premier auditeur fait encore grief aux requérantes de ne pas établir qu’elles ne pourront plus écouler leur stock acquis avant l’interdiction litigieuse.

Ce n’est évidemment pas la question et c’est un élément hors débat. Si le stock a pu – à un rythme inférieur à ce qui aurait dû être pour les motifs qui viennent d’être rappelés au point précédent – être finalement écoulé, c’est justement parce qu’elles ont pu faire sauter le verrou de l’action illégale de la partie adverse grâce à l’injonction prononcée par le juge judiciaire des référés, ayant conduit à l’abrogation, mais non au retrait, de l’arrêté attaqué.

9. Il fait encore grief aux requérantes de ne pas avoir introduit le recours en annulation contre l’arrêté royal du 11 mai 2021 au vu des préjudices allégués, en ce que celui-ci prescrivait la même interdiction que l’acte attaqué.

Cette absence de recours engendrerait, dans le chef des requérantes, “une attitude

contradictoire et incompatible avec l'intérêt allégué au présent recours".

Il n'est pas discutable que l'arrêté royal du 11 mai 2021 abroge de manière définitive son prédécesseur, l'arrêté royal du 24 mars 2021, soit l'arrêté attaqué.

Toutefois, l'arrêté royal du 11 mai 2021 a cessé lui-même de produire ses effets, s'agissant spécifiquement du grief à la base du présent recours, en raison de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 24 juin 2021 le modifiant. Au moment de l'expiration du délai de recours en annulation contre l'arrêté royal du 11 mai 2021, le grief que les requérantes auraient avancé à l'appui d'une demande d'annulation avait d'ores et déjà disparu. Cela n'enlève rien au fait que, pendant les sept semaines d'application de l'arrêté attaqué, qui a été abrogé et non retiré, elles ont subi les griefs avancés à l'appui de leur intérêt au recours.

Pour le surplus et quant au manque de réalisme consistant pour Monsieur le Premier auditeur à exiger des requérantes qu'elles aient multiplié les procédures sans utilité directe pour justifier de leur intérêt au présent recours, il est renvoyé au point 4 *supra*.

10. Il résulte de ces développements ainsi que de ceux repris dans la requête en annulation et dans le mémoire en réplique que l'intérêt évident à l'action des requérantes s'appuie sur les éléments suivants :

1) Un intérêt indemnitaire : sans qu'il soit évidemment nécessaire, à ce stade, de déposer des chiffres précis pour le calcul d'un dommage matériel (le temps de l'action en indemnité réparatrice ou en dommages et intérêts n'étant pas encore ouvert – voir *supra* point 7), il est évident que, quel qu'ait été l'attitude des requérantes pendant les sept semaines d'application de l'arrêté entrepris, leurs ventes auront été inférieures à ce qu'elles auraient été sans l'existence d'une norme interdisant la vente en ligne d'autotests et toute la publicité faite par la partie adverse et l'AFMPS autour de cette interdiction et d'acteurs telles les requérantes. Le sort des stocks alors constitués est sans aucune incidence sur ce manque à gagner inéluctable. L'intérêt indemnitaire matériel est certain.

2) L'extrême mauvaise publicité subie par les requérantes. Les articles de presse produits évoquent, non pas l'avertissement reçu par les requérantes, mais de façon générale le fait que les autotests sont vendus en ligne en contrariété avec l'arrêté attaqué alors en vigueur. Il n'y a donc pas de lien entre le préjudice subi en termes de réputation et l'avertissement. Le préjudice pour la première requérante d'avoir vu son nom traîné dans la boue, par voie de presse, découle de l'existence même de l'arrêté attaqué, et pas de l'avertissement de l'AFMPS. L'intérêt au regard de la restauration de l'honneur des requérantes est incontestable.

3) Le stress fondamental subi pendant les sept semaines d'application de l'arrêté attaqué et les lourdes initiatives judiciaires qui ont dû être prises, avec l'épée de Damoclès d'une sanction suite à l'avertissement, ont engendré un dommage moral manifeste. Indépendamment même de sa réparation, sur cette seule base, les requérantes disposent d'un intérêt moral évident à l'annulation de l'arrêté attaqué.

4) Comme l'indique Monsieur le Premier auditeur lui-même, l'avertissement n'a pas disparu de l'ordonnancement juridique – et il est tout de même cocasse de reprocher aux requérantes de ne pas avoir introduit un recours spécifique contre celui-ci. Il est certain que l'annulation de l'arrêté attaqué est donc la disparition de l'ordonnancement juridique du fondement en droit de cet avertissement (l'arrêté attaqué, pendant la période durant laquelle il a toujours produit ses effets, reste à ce jour dans l'ordonnancement juridique) engendrerait

aussi une réparation du dommage moral lié à cet avertissement dans le chef des requérantes, d'une part, et un retour à la sérénité administrative définitive (disparition de tout risque de sanction, d'autre part). Ceci aussi justifie l'intérêt à l'annulation.

Pour le surplus, il peut être renvoyé aux développements relatifs à la question de l'intérêt dans le mémoire en réplique.

Le recours en annulation est donc bien recevable et fondé. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, un recours en annulation au sens de l'article 14, § 1^{er}, de ces lois peut être porté devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt. Une partie requérante dispose de cet 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 interviendra éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime soit-il. Il appartient au Conseil d'État d'apprécier si chaque partie requérante qui le saisit justifie d'un intérêt à son recours. Sous réserve des dispositions de droit international directement applicables, l'article 19 des lois coordonnées fait ainsi obstacle à l'action populaire qui serait introduite par n'importe quelle personne, qu'elle soit physique ou morale. Le Conseil d'État doit toutefois veiller à ce que la condition de l'intérêt ne soit pas appliquée d'une manière exagérément restrictive ou formaliste.

S'agissant d'un recours dirigé contre des dispositions réglementaires, l'intérêt personnel suffisant réside dans la possibilité que ces dispositions soient appliquées à la partie requérante personnellement. L'intérêt à attaquer devant le Conseil d'État une disposition réglementaire est plus étendu que lorsqu'il s'agit d'actes individuels. Les actes réglementaires sont, en effet, susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et dont ils peuvent modifier défavorablement la situation ainsi que par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement des effets qui leur font grief.

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'arrêté attaqué a bien été appliqué aux requérantes.

Toutefois, l'intérêt doit non seulement exister au moment de l'introduction du recours mais également perdurer jusqu'à la clôture des débats. En ce qui concerne en particulier l'intérêt à l'annulation d'un acte réglementaire abrogé, il

doit être considéré qu'un recours en annulation n'est pas irrecevable pour défaut d'intérêt du seul fait qu'il porte sur un acte qui n'a eu d'effet que pour une période déterminée, écoulée au jour où le Conseil d'État statue. L'intérêt subsiste si le requérant a subi les inconvénients de l'acte qu'il attaque durant la période pendant laquelle il a été mis en œuvre et s'il continue à justifier en cours d'instance de son intérêt au recours.

Enfin, 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 appartiendra alors de fournir des éclaircissements à cet égard dès qu'elle en aura 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 devra tenir compte des limites du débat juridictionnel qu'elle fixe. Il s'ensuit que c'est au regard de la requête et des écrits de procédure ultérieurs qu'il convient d'apprécier l'existence de l'intérêt d'une partie requérante à agir.

En l'espèce, et eu égard à ce qui a été plaidé au fil des différents écrits de procédure, les griefs qu'aurait causés l'acte attaqué aux requérantes et les avantages qu'elles invoquent pour justifier de leur intérêt à une annulation de l'arrêté attaqué peuvent – selon ce qu'elles exposent en synthèse de leur dernier mémoire – être identifiés comme suit :

- Un intérêt indemnitaire à compenser les effets de l'interdiction de vente des tests en ligne et de la publicité faite autour de cette interdiction, se traduisant dans des ventes inférieures à ce qu'elles auraient été sans celle-ci.
- Une extrême mauvaise publicité subie par les requérantes à la suite de la vente d'autotests en ligne en contrariété avec l'arrêté attaqué, ce grief devant être considéré au regard de la restauration de l'honneur des requérantes.
- Le stress subi pendant les sept semaines d'application de l'arrêté attaqué, lié aux « lourdes initiatives judiciaires » qui ont dû être prises et « avec l'épée de Damoclès d'une sanction suite à l'avertissement ».
- Le dommage moral lié à l'avertissement dans le chef des requérantes, qui ne serait réparé que par l'annulation de l'arrêté attaqué, signifiant la disparition tant du fondement en droit de cet avertissement que de tout risque de sanction.

Ces quatre griefs sont examinés successivement.

Au titre du premier grief, qui s'inscrit manifestement dans une perspective indemnitaire, les requérantes font valoir que l'application de l'arrêté

attaqué et la communication au public dont l'entrée en vigueur de celui-ci a fait l'objet ont affecté négativement les ventes en ligne d'autotests jusqu'à l'abrogation de cet arrêté.

Outre que ce grief n'est pas plus précisément décrit et que son allégation n'est étayée d'aucun élément concret susceptible d'en avérer la réalité et l'importance, il doit être rappelé qu'est insuffisant, pour obtenir l'annulation de la décision attaquée, l'intérêt d'une partie requérante qui se limite au seul intérêt d'entendre déclarer illégale ladite décision afin de faciliter l'octroi d'une indemnité.

En ce qui concerne – pour le deuxième grief – la mauvaise publicité dont auraient été victimes les requérantes en raison de l'application de l'acte attaqué, au travers de « la virulence de la réaction de l'APB (représentant les pharmaciens d'officines) » et des « menaces dans le chef de l'AFMPS », celles-ci font état – à l'appui de ce grief – d'une « revue de presse » qu'elles produisent en pièce 19 de leur dossier et qui contient deux articles. À la lecture de ceux-ci, il apparaît qu'il y est question d'une illégalité de la vente en ligne d'autotests (illégalité de cette pratique qui n'est pas contestée, en soi, par les requérantes, même si elles entendaient contester la légalité de l'arrêté attaqué), d'un avertissement (« waarschuwing ») – mais non de menaces – qui aurait été adressé aux opérateurs pratiquant cette vente en ligne et, enfin, de ce que certaines associations professionnelles ont entendu souligner le caractère illégal de telles pratiques, étant toutefois entendu que des divergences au sein du secteur pharmaceutique ne sont pas nécessairement imputables à la seule application de l'arrêté attaqué. Il doit, par ailleurs, être admis que la méconnaissance délibérée (et reconnue comme telle par les requérantes) d'un arrêté organisant la vente de certains produits expose les opérateurs concernés aux risques tant d'avertissements qu'il appartient aux autorités compétentes de leur adresser, voire de mesures plus graves, que de réactions des autres opérateurs du secteur d'activités en cause. Les requérantes ne pouvaient, en outre, ignorer la probabilité que les réactions suscitées par cette pratique litigieuse donnent lieu à une certaine publicité, plus encore dans les circonstances fortement médiatisées de la crise sanitaire. Ce grief de la mauvaise publicité ne peut sérieusement être reconnu sur la base de ce qu'invoquent les requérantes.

Quant au dommage moral identifié – au titre du troisième grief – dans le « stress » qu'auraient subi les requérantes et que celles-ci lient aux « lourdes initiatives judiciaires qui ont dû être prises avec l'épée de Damoclès d'une sanction suite à l'avertissement », ce grief pourrait, tout au plus, être invoqué par la deuxième requérante, le Conseil d'État n'apercevant pas quel « stress fondamental » la première

requérante aurait pu subir, en tant que personne morale. Ce grief ne peut toutefois être admis – même dans cette mesure limitée – dès lors que la crainte d’une sanction infligée à la suite de l’avertissement résulte non de l’adoption de l’arrêté attaqué, mais du choix délibéré des requérantes d’adopter une pratique de vente que ne permettait pas cet arrêté.

Le quatrième grief s’identifie dans le dommage moral causé par l’avertissement adressé aux requérantes, lequel ne pourrait être réparé que par une annulation de l’acte attaqué, qui – en faisant disparaître le fondement juridique de cet avertissement – priverait celui-ci d’effet et supprimerait ainsi tout risque de sanction subséquente. Pour répondre à ce grief, il doit être relevé que – comme cela ressort des termes clairs du courriel adressé le 27 avril 2021 aux requérantes par l’AFMPS, lequel courriel figure en pièce 11 de leur dossier – l’avertissement dont celles-ci ont fait l’objet est celui que vise l’article 14, § 3, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, auquel se réfère l’article 13, § 2, de la loi du 22 décembre 2020 portant diverses mesures relatives aux tests antigéniques rapides et concernant l’enregistrement et le traitement des données relatives aux vaccinations dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19. En vertu de ces deux dispositions – lues en combinaison avec l’article 3, § 2, de la loi du 22 décembre 2020, précitée, et l’article 2, 3°, de l’arrêté royal attaqué – la méconnaissance de l’une des conditions déterminées par le Roi pour la mise à disposition d’autotests – dont celle que l’autotest soit délivré dans une officine ouverte au public – peut être constatée par des membres du personnel de l’AFMPS, conformément aux conditions prévues à l’article 14, §§ 2 et 3, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments. Le paragraphe 3 est libellé comme suit :

- « § 3. Les membres du personnel statutaires et contractuels visés au § 1^{er}, ont le droit de faire toutes les constatations utiles, de donner des avertissements, de fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle et de dresser des procès-verbaux. Ces procès-verbaux font foi jusqu’à preuve du contraire. Une copie de ceux-ci est portée à la connaissance du contrevenant endéans un délai de vingt jours, qui prend cours le lendemain du jour de la constatation de l’infraction. Lorsque le jour d’échéance qui est compris dans ce délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié il est déplacé au jour ouvrable suivant. Pour l’application du délai déterminé à l’alinéa précédent, l’avertissement donné au contrevenant ou la fixation d’un délai pour se mettre en règle n’emporte pas la constatation de l’infraction. Le procès-verbal original est envoyé à l’agent désigné en application de l’article 17, § 1^{er} de la présente loi. Lors de l’établissement des procès-verbaux les constatations matérielles faites par eux, peuvent être utilisées, avec leur force probante, par les autres membres du personnel statutaires ou contractuels du même service, des autres services d’inspection ou par les membres du personnel statutaires ou contractuels chargés de la surveillance du respect d’autres législations ».

Il en ressort que la constatation de faits susceptibles de constituer une infraction peut notamment donner lieu à un avertissement ou à l'établissement d'un procès-verbal, lequel conduira – le cas échéant – à l'ouverture de poursuites pénales ou disciplinaires. Ce procès-verbal doit être porté à la connaissance du contrevenant dans un délai de vingt jours, prenant cours le lendemain du jour de la constatation de l'infraction.

En l'espèce, il apparaît à la lecture du courriel du 27 avril 2021 que celui-ci est bien présenté comme un avertissement qui, en cas de persistance de l'infraction ou en cas de récidive, pouvait donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal. Dès lors que les requérantes n'établissent pas qu'un procès-verbal de constatation d'infraction aux dispositions de l'arrêté attaqué – lorsque celui-ci était applicable – leur aurait été adressé, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi subsisterait un risque de sanction, depuis l'abrogation de cet arrêté. Les requérantes ne peuvent donc sérieusement identifier l'avantage d'une annulation dans la suppression d'un risque de sanction.

Il suit de l'ensemble de ces développements que le recours en annulation est irrecevable à défaut d'intérêt, en ce que celui-ci est invoqué par référence aux différents griefs et arguments dont font état les requérantes.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse demande que lui soit accordée une indemnité de procédure fixée au taux de base.

Les requérantes n'ont fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés aux requérantes.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 18 décembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
conseillère d'État,
conseillère d'État,
greffière.

La Greffière,

Le Président f.f.,

Nathalie Roba

David De Roy