

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 258.912 du 23 février 2024

A. 226.792/VI-21.368

En cause : **la société à responsabilité limitée
PHARMACIE D.,**
ayant élu domicile chez
M^e Renaud MOLDERS-PIERRE, avocat,
avenue du Luxembourg 48
4020 Liège,

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.

Partie intervenante :

la société à responsabilité limitée FRAMAGEST,
ayant élu domicile chez
M^{es} Dominique GERARD, Anne FEYT
et Nathan MOURAUX, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 novembre 2018, la SRL Pharmacie D. demande l'annulation de « la décision de la Ministre de la Santé publique du 3 septembre 2018 accordant à la SPRL FRAMAGEST une autorisation de transfert demandée le 3 mai 2017 pour une officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries vers la parcelle cadastrée 1^{ière} DIV. Sec.A., n° 1209N3 à 7370 Dour ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 21 décembre 2018, SRL Framagest demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 17 janvier 2019.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention 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.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 11 décembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 janvier 2024.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 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.

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, a exposé son rapport.

M^e Manon Martin *loco* M^e Renaud Molders-Pierre, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Jérôme Sohier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Nathan Mouraux, 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

1. Le 3 mai 2017, la SCRL Multipharma a introduit pour le compte de la SRL Framagest une demande d'autorisation de transfert d'une officine pharmaceutique établie à 7080 Frameries, rue Léon Defuisseaux 34, vers un nouveau site sis à 7370 Dour, en arrière de l'avenue du Roi Albert 50, de la rue Fleurichamps et le long de la rue d'Elouges et de la rue des Andreux, cadastré section A en partie du n° 1209N3.

2. Le 2 juin 2017, le secrétariat de la commission d'implantation des officines pharmaceutiques (ci-après « la commission d'implantation ») a considéré que la demande était incomplète et a accordé un délai de 30 jours pour la compléter.

3. Le 27 juin 2017, la SCRL Multipharma a complété la demande.

4. Le 25 juillet 2017, le secrétariat de la commission d'implantation lui a fait savoir que la demande n'était toujours pas complète et lui a précisé les documents manquants. Les 7 août et 19 septembre 2017, la SCRL Multipharma a complété la demande.

5. Le 20 octobre 2017, le secrétariat de la commission d'implantation a considéré que la demande était recevable.

6. Le 17 novembre 2017, il a notifié la demande d'autorisation de transfert à la partie requérante et à d'autres pharmacies sur la base de l'article 6, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public.

7. Le 20 novembre 2017, il a sollicité l'avis de l'association pharmaceutique belge (ci-après « l'APB »), de l'office des pharmacies coopératives de Belgique (ci-après « l'OPHACO »), du gouverneur de la province du Hainaut et du président de la commission médicale provinciale du Hainaut sur la base de l'article 7 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité.

8. Le 12 décembre 2017, l'APB a remis un avis négatif motivé comme il suit :

« 1. Erreur dans le dossier

Dans le dossier, l'adresse de transfert est erronée alors que sur le formulaire de demande, il est correct.

Adresse correcte : "1^{ère} Div.Sec.A n° 1209N3" à 7370 DOUR et non pas à Frameries.

2. Critère démographique

Pour le calcul de la zone d'influence de la pharmacie (localisation actuelle), l'expert tient compte des pharmacies voisines y compris l'officine la plus proche (Pharmacie des Quatre Pavés) fermée depuis plusieurs années et qui ne répond donc plus aux besoins de la population.

Frameries compte une forte concentration d'officines en son centre-ville, ce qui explique le nombre (exagérément) très faible d'habitants dans la zone d'influence de la pharmacie en question dans le rapport d'expertise (=138).

Or, il faut regarder les localités de Frameries et Dour dans leur ensemble, en tenant compte du nombre d'habitants et d'officines (ouvertes) et en faisant le rapport entre les deux, on a un nombre fort similaire pour Frameries et Dour.

CFR tableau comparatif ci-dessous.

Selon cette comparaison (globale), on ne peut pas considérer que le transfert d'une officine de Frameries vers Dour améliore la répartition démographique sur les deux communes comme le prétend l'expert dans son rapport.

Le même calcul donnerait, après transfert, un nombre d'habitants par pharmacie beaucoup moins avantageux sur Dour.

Situation actuelle

	Superficie (selon site www.uvcw.be)	Nbre d'habitants (selon site www.uvcw.be)	Nombre de pharmacies (selon site afmps)	Nombre d'habitant/phie ouverte
DOUR	3331 ha	16.705 habitants	12 dont 2 fermées temporairement	1670 hab./phie
FRAMERIES	2594 ha	21.765 habitants	15 dont 2 fermées temporairement	1674 hab./phie

Situation après transfert

	Superficie (selon site www.uvcw.be)	Nbre d'habitants (selon site www.uvcw.be)	Nombre de pharmacies (selon site afmps)	Nombre d'habitant/phie ouverte
DOUR	3331 ha	16.705 habitants	13 dont 2 fermées temporairement	1518 hab./phie
FRAMERIES	2594 ha	21.765 habitants	14 dont 2 fermées temporairement	1813 hab./phie

3. Critère géographique

D'un point de vue géographique, on déplace une pharmacie d'une zone dense (centre-ville) vers une zone moins dense, sur un axe routier (hors centre-ville) ».

9. Le 9 janvier 2018, l'OPHACO a remis un avis favorable motivé comme suit :

« Notre avis est FAVORABLE compte tenu des données démographiques et/ou géographiques de la localité envisagée et des dispositions en vigueur ».

10. Le 10 janvier 2018, le pharmacien-inspecteur a émis un avis favorable motivé comme il suit :

« [...] Adresse actuelle de la pharmacie :
Rue Léon Defuisseaux 34, 7080 Frameries
Adresse projetée de la pharmacie :
Rue des Andrieux à 7370 Dour

[...]

➔ Il s'agit d'un transfert dans une commune limitrophe de Frameries.
[...]

Conclusions :

Sans préjudice de ma remarque ci-dessous concernant l'existence d'un autre dossier de transfert sur la même commune, j'émet un avis favorable pour cette demande de transfert hors de la proximité immédiate d'une pharmacie.

Mon avis est motivé par le fait que :

- le transfert a lieu dans une commune limitrophe ;
- la distance moyenne séparant la pharmacie concernée des pharmacies les plus proches est plus grande après transfert ;
- la pharmacie la plus proche se situe à +/- 80 mètres avant transfert et huit pharmacies se situent à maximum 700 mètres de la pharmacie concernée avant transfert. Par contre, après transfert, la pharmacie la plus proche se situera à +/- 1,0 kilomètre.

Il en résulte par conséquent au moins une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert. Les dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public sont respectées.

Compte-tenu du fait que l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'AR du 25 septembre 1974 prévoit que le transfert peut être autorisé dès lors qu'il y a meilleure répartition géographique OU démographique des officines après transfert, je n'estime pas nécessaire d'examiner la situation d'un point de vue démographique vu que le critère relatif à la meilleure répartition géographique est atteint dans le cas présent.

Toutefois, avant toute chose, compte-tenu de l'existence d'un autre dossier de transfert sur la même commune (dossier 5089), il appartient à la Commission d'implantation de vérifier quelles dispositions s'appliquent entre d'une part l'article 6, § 2, (dossiers joints) et d'autre part les articles 1^{ers}, § 6, alinéa 2 et 6, § 3, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public ».

11. Le 17 janvier 2018, la commission médicale provinciale du Hainaut a remis un avis favorable motivé comme il suit :

« En réponse à votre courrier du 20 novembre 2017 dont référence sous rubrique, la Commission Médicale Provinciale du Hainaut a examiné les données relatives à la demande de transfert d'une officine située à Frameries (n° APB 532804) :

1) Adresse actuelle de la pharmacie
Rue Léon Defuisseaux 34, 7080 Frameries

2) Adresse projetée de la pharmacie
Rue des Andrieux, 7370 Dour, Lot 03 sur parcelle cadastrée
[1^{ère} Div.Sec.A n° 1209N3]

La Commission Médicale Provinciale du Hainaut émet un avis favorable pour cette demande de transfert hors de la proximité immédiate d'une pharmacie.

L'avis est motivé par le fait que le transfert a lieu dans une commune limitrophe et par le fait que la distance moyenne depuis la pharmacie concernée jusqu'aux pharmacies avoisinantes est plus grande après transfert.

Il en résulte par conséquent une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure de transfert.

Les dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public sont par conséquent respectées.

Partant du principe que les dispositions réglementaires précitées sont respectées dès lors que le transfert entraîne au moins une meilleure répartition géographique des officines, la Commission précise qu'elle ne se prononce pas quant à une éventuelle amélioration démographique liée à ce transfert ».

12. Le 23 avril 2018, le chef de division de l'AFMPS a émis un avis favorable motivé comme suit :

« [...] Adresse de l'officine existante : rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries
Adresse de l'officine projetée : [1^{ère} Div.Sec.A.n°1209N3] à 7370 Dour
[...]

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

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

Attendu que suivant l'art. 1, § 5bis, 3°, dudit A.R. du 25/09/1974, le transfert d'une officine existante, lorsqu'il a lieu dans la même commune, ce qui est le cas en l'espèce, peut être autorisé s'il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert ;

Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport de l'inspecteur de la pharmacie, que, conformément à l'article 1, § 5bis, 3°, le transfert sollicité apporterait une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert ;

Par ces motifs, je remets un avis favorable en ce dossier ».

13. Le 7 juin 2018, la commission d'implantation a émis l'avis favorable suivant :

« [...]

Vu la demande introduite le 03/05/2017 par la SPRL Framagest, [...] tendant à obtenir l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries vers la parcelle cadastrée [1^{ère} Div.Sec.A.n°1209N3] à 7370 Dour.

[...]

Attendu que l'endroit choisi par la demanderesse pour le transfert de son officine est situé à une distance d'environ 12.1 kilomètres du lieu d'implantation actuel et qu'elle a lieu dans la même commune ;

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être accordé en vertu des dispositions de l'article 1, § 5bis, 1^o, renvoyant aux dispositions des § 2 et § 3bis, étant donné que le transfert demandé a lieu dans la même commune et que cette disposition ne s'applique donc pas à la cause ;

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

Attendu que le fonctionnaire, visé à l'arrêté royal du 17 décembre 2008 relatif à la surveillance à exercer par l'Agence fédérale des Médicaments et des Produits de santé (article 15 de l'A.R. du 25/9/1974), relève l'existence d'une demande de transfert dans la proximité immédiate dans un rayon de moins de 1,5 km de l'implantation projetée introduite antérieurement au transfert sollicité par la SPRL Framagest ;

Que l'interdiction visée à l'article 1, § 6, alinéa 2, ne peut s'appliquer en l'espèce puisque cette disposition réglementaire ne s'applique qu'à une « autorisation d'ouverture ou de transfert visée à l'alinéa 1^{er} » lequel exclut les demandes de transfert à proximité immédiate (« exception faite des demandes de transfert à proximité immédiate ») ;

Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport de l'inspecteur de la pharmacie, que, conformément à l'article 1, § 5bis, 3^o, le transfert sollicité améliorerait la répartition géographique des officines de la commune de Dour par rapport à la situation antérieure au transfert puisque l'officine la plus proche, serait éloignée de 1.000 mètres après transfert au lieu de 80 mètres avant transfert.

La Commission [...]

[...]

Emet un avis favorable à la demande d'autorisation de la SPRL Framagest de transférer l'officine pharmaceutique sise rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries vers la parcelle cadastrée [1^{ère} Div.Sec.A.n°1209N3] à 7370 Dour. ».

14. Le 3 septembre 2018, la ministre des Affaires sociales et de la Santé

publique accorde l'autorisation de transfert demandée à la partie intervenante.

« Vu votre demande du 03/05/2017 visant à obtenir l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries vers la parcelle cadastrée [1^{ière} Div.Sec.A.n°1209N3] à 7370 Dour ;

Vu l'avis favorable rendu par la Commission d'implantation des officines pharmaceutiques en sa séance tenue le 07/06/2018 ;

Attendu que je me rallie à la motivation qui a déterminé l'avis susmentionné, dont vous trouverez une copie en annexe ;

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

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

La partie requérante en intervention étant le bénéficiaire de l'acte attaqué, il y a lieu d'accueillir son intervention.

V. Cinquième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un cinquième moyen de la violation de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, de la violation de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, de l'erreur et de la contradiction dans les motifs, du défaut d'exercice du pouvoir d'appréciation, du principe général de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle soutient que la motivation formelle de l'acte attaqué est entachée d'erreurs de droit et de fait.

Elle fait valoir qu'il résulte de cette motivation qu'il s'agissait d'autoriser un transfert dans la même commune et que l'officine la plus proche après transfert est à 1.000 mètres contre 80 mètres avant transfert, alors qu'il s'agit en réalité d'un transfert entre communes limitrophes et que l'officine la plus proche avant transfert est à 80 mètres à Frameries et l'officine la plus proche après transfert est à Dour (et

non à Frameries) non à 1.000 mètres mais à 380 mètres parce qu'un transfert à cette distance avait été précédemment autorisé le 8 août 2018. Elle soutient que ce transfert précédemment autorisé devait nécessairement être pris en considération par la partie adverse, ce qu'elle n'a pas fait.

Elle en déduit que c'est à tort que la commission fonde son avis favorable sur une amélioration de la répartition géographique des officines de la commune de Dour dès lors qu'il s'agit de communes différentes, et que la distance sur laquelle elle se fonde après transfert est erronée.

Elle considère qu'il s'agit d'une erreur manifeste de nature à influencer la teneur de la décision prise.

Elle en conclut que l'acte attaqué est fondé de manière déterminante sur un motif de fait erroné qui a nécessairement influencé la décision puisque la distance par rapport à l'officine la plus proche, avant et après transfert, apparaît comme le seul critère pris en considération.

Elle ajoute qu'en se fondant sur le seul constat d'une amélioration de la répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert et en paraissant conférer à ce constat un effet automatique alors même que les critères prévus à l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité sont alternatifs et non cumulatifs, l'auteur de l'acte attaqué, ou à tout le moins la commission d'implantation, n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation que lui confère la disposition susvisée, le cas échéant combinée avec l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Elle observe en outre, à cet égard, que l'exercice de ce pouvoir d'appréciation doit se traduire dans la motivation formelle de l'acte, conformément à l'arrêt n° 241.234 du 17 avril 2018.

Elle fait valoir que l'avis négatif de l'APB et les considérations démographiques qui le fondent sont passés sous silence de sorte qu'elle ignore si le pouvoir d'appréciation du ministre a été exercé à l'égard d'un élément qui est de nature à l'inciter à statuer en sens contraire. Elle expose encore que l'avis favorable de l'OPHACO se réfère à la localité de Frameries et que cette erreur qui traverse toute l'instruction du dossier, y compris jusqu'au rapport de clôture et à l'avis de la commission d'implantation, rejaillit sur la pertinence de l'appréciation finale de la demande.

Elle soutient qu'en s'abstenant d'exercer ce pouvoir d'appréciation, ou en

l'exerçant par rapport à des données inexactes, et en donnant l'impression d'agir dans le cadre d'une compétence liée alors qu'elle est discrétionnaire, la partie adverse a violé l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité, la loi du 29 juillet 1991 précitée et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle ajoute qu'en omettant de vérifier, le cas échéant d'office, l'incidence possible du transfert sur les zones d'influences géographiques et démographiques minimales des officines dont l'officine transférée se rapproche, et spécialement de l'officine nouvellement autorisée rue d'Elouges à 380 mètres de l'implantation projetée litigieuse, l'acte attaqué contrevient également à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 précité qui revêt une portée réglementaire propre et garantit le respect d'une zone d'influence minimale à chaque officine.

B.Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'il ressort du dossier administratif que le critère de l'amélioration de la répartition géographique des officines était rempli.

Elle fait valoir que le rapport du pharmacien-inspecteur met en exergue que la pharmacie la plus proche, avant transfert, se situe à +/- 80 mètres, avec en outre huit pharmacies dans un rayon de 700 mètres, alors qu'après transfert, la pharmacie la plus proche se situerait à au moins 1 km. Elle ajoute que la distance moyenne entre la pharmacie concernée par ce transfert et les pharmacies avoisinantes était de +/- 625 mètres avant transfert, tandis qu'après transfert, cette distance moyenne serait doublée.

Elle expose que c'est sur la base de cette constatation que la commission d'implantation a pu juger que le transfert sollicité améliorerait la répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert, « puisque l'officine la plus proche serait éloignée de 1.000 mètres après transfert au lieu de 80 mètres avant transfert ».

Elle soutient que dans un tel contexte, la question de savoir s'il fallait, en outre, tenir compte d'une autre pharmacie qui venait d'être autorisée à 380 mètres de l'implantation projetée ne paraît présenter aucun intérêt puisque ce seul élément ne remet pas en cause le fait que la pharmacie la plus proche serait toujours située près de cinq fois plus loin après transfert qu'avant transfert. Elle en déduit que la partie requérante n'a pas un intérêt au moyen.

Se fondant sur les arrêts, n° 219.270 du 8 mai 2012 et, n° 230.462 du 10 mars 2015, et sur l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 suivant lequel le transfert d'officine peut être autorisé s'il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert, elle soutient que la seule constatation qu'il y avait, en l'espèce, une amélioration de la répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert, suffit *a priori* à valider la décision attaquée. Elle estime en outre qu'elle n'était pas tenue de prendre en compte le critère de répartition démographique des officines.

Elle considère que l'arrêt n° 241.234 du 17 avril 2018 n'est pas pertinent en l'espèce, dès lors que la partie requérante ne précise pas les différents éléments qui auraient dû conduire la commission d'implantation et, ensuite l'autorité, à décider autrement qu'elles ne l'ont fait en l'espèce par rapport au critère de l'amélioration de la répartition géographique des officines. Elle estime que s'il y avait matière à une erreur manifeste d'appréciation, c'eût été dans l'hypothèse d'une décision de refus en raison du caractère flagrant de l'amélioration géographique.

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante soutient que l'erreur dans l'identification de la commune vers laquelle le transfert était sollicité et autorisé est une erreur de plume qui n'a eu aucune incidence sur l'examen du dossier et la décision prise. Elle prétend que les organes d'avis ne se sont pas mépris sur le lieu vers lequel le transfert était sollicité. Elle précise que les règles relatives au transfert au sein d'une même commune et entre communes limitrophes sont identiques.

Se fondant sur des arrêts, n° 231.329 du 26 mai 2015, n° 231.985 du 23 juillet 2015, n° 232.258 du 21 septembre 2015, et n° 236.529 du 24 novembre 2016, elle fait valoir qu'un transfert peut être autorisé s'il y a une amélioration de la répartition géographique ou démographique des officines et qu'il s'agit de critères alternatifs et non cumulatifs. Elle ajoute qu'il ressort des deux premiers arrêts cités que l'auteur de l'acte attaqué ne devait pas y rencontrer les motifs des avis négatifs et pouvait se contenter de se référer à l'avis d'une des instances consultées.

Elle rappelle que l'APB soutenait que le transfert sollicité n'améliorerait pas la répartition démographique des officines. Elle estime toutefois que l'acte attaqué n'est pas fondé sur la répartition démographique des officines mais sur leur répartition

géographique. Elle en déduit qu'aucun développement particulier ne devait être consacré à l'avis de l'APB dans les motifs de l'acte attaqué.

Elle soutient enfin que les raisons pour lesquelles il n'a pas été tenu compte de cet avis apparaissent clairement, sans aucun doute possible, dans l'acte attaqué dès lors qu'il indique être fondé sur l'amélioration de la répartition géographique et non pas démographique des officines.

D. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique que la multiplication des erreurs de fait dénoncées affecte nécessairement l'exercice du pouvoir d'appréciation de la partie adverse qui devait s'exercer sur la base de données exactes et actualisées. Elle expose que comparer des officines avant et après transfert au sein d'une même commune ou entre communes limitrophes correspond à des réalités différentes même si celles-ci sont régies par les mêmes règles.

Elle soutient que la jurisprudence qui valide un transfert autorisé comme en l'espèce sur la base de considérations exclusivement géographiques doit être nuancée au vu d'arrêts plus récents tels les arrêts n° 227.975 du 2 juillet 2014, précité, et n° 241.748 du 8 juin 2018.

Elle estime qu'en l'espèce, la motivation succincte de l'acte attaqué ne fait pas apparaître l'exercice d'un quelconque pouvoir d'appréciation, ni ne permet de vérifier - ni d'ailleurs de comprendre - si la commission d'implantation a pris en considération l'avis négatif de l'APB.

Elle ajoute que ni la partie adverse ni la partie intervenante n'évoque le nécessaire respect d'une zone d'influence minimale pour les officines de Dour dont l'officine transférée de Frameries se rapproche.

Elle répète que l'enseignement de l'arrêt n° 241.234 précité est applicable en espèce.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« [...] »

Le rapport conclut à l'annulation de la décision attaquée, sur la base du cinquième moyen invoqué par la partie requérante à l'appui de son recours, en ce que l'avis de la Commission ne reposerait pas sur une motivation formelle adéquate et contiendrait une erreur manifeste d'appréciation.

Le rapport énonce, à cet égard, que "l'avis de la Commission ne rencontre d'aucune manière l'avis négatif motivé de l'APB fondé sur le critère démographique. Le rapport de l'Inspecteur auquel la Commission se réfère a explicitement indiqué qu'il n'a pas examiné ce critère. Autrement dit, rien ne permet de comprendre les raisons pour lesquelles l'appréciation du critère géographique, telle qu'exprimée par la Commission et l'Inspecteur l'a emporté sur l'appréciation de l'APB fondée sur le critère démographique [...]" (rapport précité, p. 12).

Ainsi motivé, le rapport concluant au bien-fondé de ce cinquième moyen suscite une certaine perplexité.

Il ressort en effet du dossier, et plus précisément de l'avis émis par la Commission d'implantation, que c'est, en définitive, pour apprécier la meilleure répartition géographique des officines, le critère de l'officine la plus proche de la pharmacie demanderesse avant et après transfert qui a été retenu en l'espèce. Or, ce critère a déjà été jugé parfaitement pertinent par Votre Conseil d'Etat à de multiples reprises dans le cadre de l'appréciation du critère géographique, tel que prévu par l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public (cf. C.E. 31 mai 2012, n° 219.580, énonçant notamment qu'"en l'espèce, l'autorisation de transfert attaquée a pour conséquence d'éloigner l'officine de celle qui lui est la plus proche [...]. Sur le plan de la répartition géographique, l'acte attaqué apporte donc une amélioration. En concluant en ce sens, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation" dans le même sens, C.E. 10 mars 2015, n° 230.462).

Monsieur le Premier auditeur reconnaît d'ailleurs lui-même qu'"il n'est ni contestable ni contesté que le critère géographique peut suffire pour fonder valablement une autorisation de transfert" (rapport précité, p. 11).

Certes, la jurisprudence actuelle, évoquée par Monsieur le Premier auditeur, tend à considérer que "même si les conditions fixées dans la réglementation sont réunies, la délivrance d'une autorisation de transfert d'une officine n'est pas automatique, ce qui signifie que la compétence de l'autorité n'est pas liée, celle-ci pouvant refuser un transfert à la faveur de son pouvoir d'appréciation [...]" (cf. à ce sujet arrêt n° 241.234 du 17 avril 2018).

C'est apparemment dans ce sens que Monsieur le Premier auditeur reproche à l'avis de la Commission de "ne rencontrer d'aucune manière l'avis négatif motivé de l'APB fondé sur le critère démographique" (rapport précité, p. 12). En l'espèce, l'on ne voit cependant pas en quoi cet avis négatif — qui est le seul avis négatif donné par l'ensemble des instances consultatives en l'espèce — aurait dû être spécialement pris en considération par la Commission d'implantation, dès lors qu'il ne se fonde que sur le seul critère démographique, alors que la Commission a justifié son avis favorable par le critère de l'amélioration de la répartition géographique des officines et que, sur ce point, personne ne conteste que cette appréciation est parfaitement correcte en l'espèce ».

F. Dernier mémoire de la partie intervenante

La partie intervenante soutient aux termes de son dernier mémoire ce qui suit :

- « Dans son rapport sur l'affaire, Monsieur le Premier Auditeur expose que ni l'inspecteur dans son rapport, ni la commission dans son avis - sur lequel se fonde la décision attaquée - n'ont examiné la demande en fonction du critère démographique alors qu'il existait un avis de l'APB qui fondait son opposition au transfert sur ce critère.

Se référant à l'arrêt n° 241.748 de Votre Conseil, il conclut que l'obligation de motivation formelle a été violée par la partie adverse en ce que rien ne permet à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles l'examen de la demande sous l'angle de l'amélioration de la répartition géographique l'a emporté sur l'appréciation de l'APB fondée sur le critère démographique.

Selon la requérante en intervention l'examen de la motivation de la décision attaquée proposé par Monsieur le Premier Auditeur n'est pas raisonnable.

En effet, l'article 1er, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 prévoit que le transfert d'une officine pharmaceutique peut être autorisé soit s'il entraîne une amélioration de la répartition géographique, soit s'il entraîne une amélioration de la répartition démographique. Il faut, mais il suffit, que le transfert améliore la répartition géographique ou démographique pour qu'il puisse être autorisé. En l'occurrence, la décision attaquée expose pour quels motifs le transfert peut être autorisé sur la base du critère géographique.

Votre Conseil a déjà jugé qu' :

- “ il suffit qu'il soit constaté par l'autorité que le transfert contribue à une meilleure répartition, soit géographique, soit démographique, des officines. En l'occurrence, l'avis [de la Commission] précité révèle que la position prise par l'autorité est justifiée par des considérations exclusivement géographiques. Ainsi que le relève la partie adverse dans sa réponse, des considérations démographiques sont donc sans pertinence pour apprécier l'existence d'un éventuel excès de pouvoir dans le chef de l'autorité” (C.E., arrêt n°230.462 du 10 mars 2015).

Ni l'inspecteur dans son rapport, ni la commission dans son avis ne devaient examiner la demande sous l'angle du critère démographique dans la mesure où la décision attaquée est justifiée exclusivement par des considérations géographiques.

L'arrêt n° 241.748 du 8 juin 2018 auquel se réfère Monsieur le Premier Auditeur n'est pas pertinent en l'espèce. Ce qui était reproché à la motivation de la décision attaquée dans cette affaire était que la commission n'avait pas pris en considération des avis défavorables à la demande de transfert pour des considérations relatives au critère démographique alors que la demande se fondait exclusivement sur le critère de l'amélioration démographique.

Au vu de ces éléments, Votre Conseil doit constater que l'obligation de motivation formelle n'exige pas que la motivation de la décision attaquée permette à la requérante de comprendre pourquoi le critère géographique a été préféré au critère démographique, cela même si l'APB a rendu un avis négatif motivé sur base du critère démographique.

Le cinquième moyen n'est pas fondé ».

G. Dernier mémoire de la partie requérante

- « Comme le relève Monsieur le Premier Auditeur, la partie adverse pouvait, mais ne devait pas forcément accorder le transfert demander. Cette compétence n'étant pas liée, il lui revenait d'exercer pleinement son pouvoir d'appréciation.

Le fait que les critères de l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 soient alternatifs et non cumulatifs n'y change rien.

L'essentiel dans ce moyen est de déterminer si l'autorité démontre bien avoir fait usage de son pouvoir d'appréciation du caractère acceptable du transfert ou si, au contraire, elle s'est estimée contrainte de délivrer l'autorisation du fait de la présence de l'un des critères.

Comme le relève le rapport, la compétence de l'autorité n'est pas liée. Le fait que le critère minimal pour autoriser le transfert soit présent ne dispense pas l'autorité d'exercer son pouvoir d'appréciation.

En particulier, des éléments défavorables et relatifs au critère démographique étaient soulevés par l'APB. Ces éléments devaient donc être rencontrés.

A la lecture de l'acte attaqué, il n'est pas possible de conclure que ces considérations ont bien été examinées, que du contraire.

Cette lecture correspond, en outre, à la jurisprudence la plus récente de Votre Conseil. Le moyen est donc fondé ».

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public (ci-après : l'arrêté royal du 25 septembre 1974) disposait au moment de l'adoption de l'acte attaqué ce qui suit :

- « § 1^{er}. Le présent arrêté vise à organiser une répartition adéquate des officines pharmaceutiques ouvertes au public en limitant le nombre d'officines pharmaceutiques à un maximum par commune, avec des zones d'influence géographique et démographique minimales par officine pharmaceutique.

§ 2. Selon que la commune compte :

- plus de 30 000 habitants;
- de 7 500 à 30 000 habitants;
- moins de 7 500 habitants.

le nombre d'officines pharmaceutiques ouvertes au public ne peut être supérieur au quotient de la division du nombre total d'habitants respectivement par;

- 3 000
- 2 500
- 2 000

Pour chaque officine existante dans laquelle deux ou plusieurs pharmaciens exercent simultanément leur art de façon effective et à plein temps, le chiffre de la population est réduit à 5 000 à condition que cette situation exista durant au moins 6 mois avant la date de l'introduction de la demande.

La réduction du chiffre de la population ne peut être appliquée lorsqu'elle aurait

pour effet de réduire le nombre des officines à moins de deux dans les communes de moins de 7 500 habitants et à moins de trois dans les communes de plus de 9 000 habitants.

[...]

§ 5*bis*. Le transfert d'une officine existante peut être autorisé :

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

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

3° si le transfert a lieu dans la même commune ou dans une commune limitrophe, pour autant qu'après le transfert, il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert.

Une officine ouverte au public n'entre en considération en vue d'un transfert que lorsqu'elle est autorisée depuis au moins cinq ans à l'endroit où elle est implantée, sauf pour des raisons impérieuses dûment établies.

[...] ».

Il ressort du paragraphe 5*bis* de cette disposition, et plus particulièrement des termes « peut être autorisé », que, dans les hypothèses visées par ce paragraphe, la compétence de l'autorité pour délivrer une autorisation de transfert d'une officine pharmaceutique n'est pas liée mais est une compétence discrétionnaire. Il en résulte que le transfert n'est pas automatique et que l'autorité peut refuser le transfert sollicité à la faveur de son pouvoir d'appréciation.

Il en ressort également que, dans l'hypothèse visée au 3°, c'est-à-dire lorsque le transfert a lieu dans la même commune ou dans une commune limitrophe, l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité est encadré par deux critères, à savoir (i) une meilleure répartition géographique des officines pharmaceutiques après transfert et (ii) une meilleure répartition démographique des officines après transfert. L'usage du terme « ou » signifie que ces critères sont alternatifs et non cumulatifs. Dès lors, il faut, mais il suffit, qu'un des critères soit rempli pour que l'autorisation puisse être accordé.

Lorsque l'autorité est saisie d'une demande d'autorisation de transfert d'une officine pharmaceutique, elle est tenue d'exercer le pouvoir d'appréciation qu'elle détient de l'article 1^{er}, § 5*bis*, 3°, précité, ce qui suppose qu'elle prenne en considération, en les examinant soigneusement, les différents éléments qui lui sont soumis.

L'obligation de procéder à un examen complet et particulier de la situation d'espèce n'implique toutefois pas que l'autorité soit tenue de réfuter dans la motivation formelle de sa décision, les avis contraires émis par les instances visées à

l'article 7 de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 au cours de la procédure d'élaboration de l'acte attaqué. En effet, selon la procédure d'examen fixée dans l'arrêté du 25 septembre 1974, c'est sur la base de l'avis de la commission d'implantation que la partie adverse se prononce, alors que les avis des instances consultées en premier degré sont destinés à la commission d'implantation. En revanche, l'auteur de l'acte attaqué est tenu de rencontrer, au moins globalement, les arguments essentiels, en rapport avec le raisonnement tenu par l'autorité, qui sont formulés dans le cours de la procédure administrative.

En l'espèce, l'acte attaqué est motivé par référence à la motivation de l'avis de la commission d'implantation, annexé à l'acte attaqué, auquel la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique se rallie expressément. Cette motivation par référence peut être admise notamment si l'avis de la commission d'implantation satisfait lui-même aux exigences d'une motivation formelle adéquate, ce qu'il appartient au Conseil d'Etat de vérifier.

L'avis de la commission d'implantation mentionne ce qui suit :

« Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport de l'inspecteur de la pharmacie, que, conformément à l'article 1, §5bis, 3°, le transfert sollicité améliorerait la répartition géographique des officines de la commune de Dour par rapport à la situation antérieure au transfert puisque l'officine la plus proche, serait éloignée de 1.000 mètres après transfert au lieu de 80 mètres avant transfert ».

Cet attendu permet de comprendre que la commission d'implantation a considéré, sur la base de l'article 1^{er}, § 5bis, alinéa 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, que le transfert d'officine pharmaceutique pouvait être autorisé puisqu'il en résulterait une meilleure répartition géographique des officines après transfert.

Cependant, l'affirmation selon laquelle il résulterait du transfert projeté une meilleure répartition géographique des officines « puisque l'officine la plus proche, serait éloignée de 1.000 mètres après transfert au lieu de 80 mètres avant transfert » n'était plus exacte au moment où la ministre a adopté l'autorisation de transfert attaquée. En effet, la partie requérante indique que l'officine la plus proche après transfert ne se situe pas à 1.000 mètres, mais à 380 mètres, puisqu'une autorisation de transfert à 380 mètres de l'implantation projetée a, après que la commission d'implantation a rendu son avis, été accordée le 8 août 2018.

La décision attaquée, qui a été adoptée le 3 septembre 2018, soit après le transfert autorisé du 8 août 2018, ne pouvait pas se contenter de renvoyer à l'avis de la

commission d'implantation du 7 juin 2018, sans tenir compte de ce que la distance par rapport à l'officine la plus proche après transfert avait entre-temps été réduite de 1.000 à 380 mètres.

Cette erreur est de nature à exercer une influence sur la décision finale, parce que même si une distance de 380 mètres reste une distance supérieure par rapport à la distance avant transfert qui était de 80 mètres, il appartient à la partie adverse d'apprécier sur la base de ce nouvel élément factuel, s'il convient d'autoriser ou non le transfert après avoir procédé à un examen complet des pièces qui lui sont soumises.

Le cinquième moyen est fondé.

VI. Autres moyens

Les autres moyens, s'ils étaient fondés, ne pourraient mener à une annulation plus étendue. Il n'y a dès lors pas lieu de les examiner.

VII. Indemnité de procédure et dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure au montant de base de 700 euros.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie requérante.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par SRL Framagest est accueillie.

Article 2.

La décision de la ministre de la Santé publique du 3 septembre 2018 accordant à la SRL Framagest une autorisation de transfert demandée le 3 mai 2017 pour une officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Léon Defuisseaux, 34 à 7080 Frameries vers la parcelle cadastrée 1^{ière} DIV. Sec.A., n° 1209N3 à 7370 Dour est annulée.

Article 3.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 23 février 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,
Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Adeline Schyns,

président de chambre,
conseillère d'État,
conseillère d'État,
greffière.

La Greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

Imre Kovalovszky