CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 70.391 du 17 décembre 1997

A.71.138/VI-14.193

En cause : **la Société de droit néerlandais "MERCK, SHARP en DOHME B.V."**,

ayant élu domicile chez
Mes Jacques PUTZEYS, Xavier LEURQUIN
et Luc VAN HOUT, avocats,
rue Saint-Bernard 98
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre des Affaires économiques

ayant élu domicile chez
Me François DAOUT, avocat,
rue du Onze Novembre 9
7000 Mons.

LE PRESIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 20 septembre 1996 par la société de droit néerlandais "MERCK, SHARP en DOHME B.V." qui demande l'annulation de "la décision contenue dans la lettre datée du 24 juillet 1996 (du Ministre des Affaires économiques) concernant la fixation de prix d'un médicament remboursable dénommé "FOSAMAX" (...), dans la mesure où elle constitue un refus partiel du prix demandé par la requérante pour (ce) médicament";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur adjoint au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 94 du règlement général de procédure;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1997 ordonnant le dépôt du rapport et convoquant les parties à comparaître le 10 décembre 1997 à 9.30 heures;

Vu la notification de cette ordonnance et du rapport aux parties;

Entendu, en son rapport, M. CLOSSET, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me LEURQUIN, avocat, comparaissant pour la requérante et Me DAOUT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} DEBROUX, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que, le 14 mai 1996, la société requérante a, en application de l'arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables, demandé la fixation du prix de sa spécialité pharmaceutique "FOSAMAX" utilisée pour le traitement de l'ostéoporose, en précisant qu'elle souhaitait appliquer "un prix public, T.V.A. comprise, de 1.598 BEF pour une boîte de 28 comprimés de 10 mg (et) un prix ex-usine de 42,96 BEF par emballage unitaire de 10 mg, destiné exclusivement à l'usage hospitalier"; que le 3 juillet 1996, la commission des prix des spécialités pharmaceutiques a accepté le prix proposé de 1.598 francs, mais a appliqué "pour FOSAMAX 10 mg 1 comprimé U.D. (...), une proportion pure par rapport au conditionnement FOSAMAX 10 mg x 28 comprimés, soit un

prix ex-usine de 39,96 fr."; que, le 15 juillet 1996, l'inspection générale des prix et de la concurrence du Ministère des Affaires économiques, se fondant notamment sur une comparaison des prix pratiqués dans des pays voisins, émit l'avis que les prix devraient être fixés comme suit : "FOSAMAX 10 mg 1 comp. U.D. 37 f. ex-usine; FOSAMAX 10 mg 28 comp. 1550 f. p.p."; que, par lettre du 24 juillet 1996, le Ministre des Affaires économiques notifia à la requérante sa décision dans les termes suivants :

" (...)

Après examen des arguments invoqués à l'appui de votre demande et tenant compte de l'avis émis par la commission des prix des spécialités pharmaceutiques, j'ai l'honneur de vous faire savoir que je vous autorise à appliquer les prix de vente suivants :

FOSAMAX 10 mg emballage individuel 1 comprimé 37 F. ex-usine
FOSAMAX 10 mg 28 comprimés 1550 F. prix public

Cette décision tient compte des prix appliqués au Royaume-Uni et en Italie (pays d'origine) et du nombre de comprimés par conditionnement ...";

que cette décision constitue l'acte attaqué;

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité du recours; qu'elle fait, d'abord, valoir que la requérante, société étrangère, est tenue "soit de préciser la convention internationale sur laquelle elle se fonde pour ester devant une juridiction belge, soit d'établir qu'elle s'est conformée aux prescriptions relatives à la cautio judicatum solvi", ce qu'elle ne fait pas; qu'ensuite, ladite partie fait observer que la requérante n'établit pas que son organe compétent a pris la décision d'introduire le recours; qu'enfin, elle soutient que "l'annulation qui serait prononcée ne conférerait aucun avantage tangible à la partie requérante de telle sorte que son recours (est) irrecevable à défaut d'intérêt", car les critères et paramètres pris en compte par la commission des prix des spécialités pharmaceutiques

et par l’inspection générale des prix sont "immuables" et, en cas d’annulation, ces instances devraient "se prononcer de la même manière" sous peine de faire preuve d’incohérence; qu’elle ajoute, à ce sujet, qu’obliger le ministre à statuer, dans de telles conditions, à la suite d’une éventuelle annulation reviendrait à reconnaître, dans le chef de la requérante, non pas un simple intérêt, mais un droit subjectif, ce qui ressortit à la compétence exclusive des cours et tribunaux de l’ordre judiciaire;

Considérant que la décision d’introduire le recours a été prise le 11 septembre 1996 par l’organe de la société requérante, compétent en vertu de ses statuts;

que suivant l’article 196 des lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, les sociétés constituées ou ayant leur siège à l’étranger peuvent ester en justice en Belgique; que l’article 6, alinéa 1er, du traité instituant la communauté économique européenne et documents annexes, signés à Rome le 25 mars 1957 et approuvés par la loi du 20 décembre 1957, qui fait interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité dans le domaine d’application dudit traité, s’oppose à ce que soit exigé le versement d’une "cautio judicatum solvi" aux ressortissants d’un Etat membre; que l’article 851 du Code judiciaire relatif à cette caution, à le supposer applicable au contentieux de l’annulation devant le Conseil d’Etat, ne peut, dès lors, être invoqué en l’espèce;

que le Ministre des Affaires économiques dispose d’un large pouvoir d’appréciation, dans l’exercice duquel il n’est, en rien, lié par les critères adoptés par la commission des prix des médicaments ou par son administration; qu’à cet égard, la seule obligation qui lui est faite par l’article 2, alinéa 1er, 2), de la directive 89/105/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 et par l’article 315 de la loi-programme du 22 décembre 1989 est de motiver sa décision sur la base de "critères objectifs et vérifiables"; qu’en vertu de l’article 316 de ladite loi et de

l’article 4 de l’arrêté ministériel du 29 décembre 1989 précité, ladite commission donne seulement au ministre un avis qui ne l’oblige nullement;

qu’une annulation de la décision attaquée n’impliquerait, en rien, la reconnaissance d’un droit subjectif dans le chef de la requérante;

qu’il suit de ce qui précède que les exceptions ne peuvent être accueillies;

Considérant que la requérante prend un moyen, le premier de la requête, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l’article 5, § 1er, de l’arrêté ministériel du 29 décembre 1989 précité et des formalités substantielles ou prévues à peine de nullité, en ce que l’acte attaqué "se réfère de manière déterminante à l’avis de la commission des prix des spécialités pharmaceutiques qui n’était pas joint à l’acte attaqué, alors que les actes administratifs des autorités administratives doivent faire l’objet d’une motivation formelle et alors qu’une décision relative à une demande de prix de médicaments remboursables doit être motivée par les éléments du dossier qui sont considérés comme étant déterminants, de sorte qu’en motivant sa décision à partir d’un avis déterminant de la(dite) commission (...), qui n’est pas notifié en même temps et en annexe de l’acte attaqué, la partie adverse a violé les dispositions légales et réglementaires visées au moyen et a violé une formalité substantielle prévue à peine de nullité"; qu’explicitant le moyen, la requérante expose qu’"à partir du moment où la partie adverse avait décidé de tenir compte de l’avis de la commission (...), elle devait explicitement indiquer si c’était positivement ou négativement et, dans les deux cas, elle devait faire connaître l’intégralité de cet avis en le joignant en annexe à l’acte attaqué";

Considérant qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif, la requérante prend, dans son mémoire en réplique, un moyen nouveau, le cinquième qu'elle invoque, de la violation des articles 2 et 3 de ladite loi du 29 juillet 1991 et du défaut ou à tout le moins de l'insuffisance ou de la contradiction des motifs, "en ce que l'acte attaqué qui dit expressément avoir tenu compte de l'avis de (ladite) commission (...), n'a pas suivi cet avis, sans indiquer dans sa décision, ni faire apparaître au dossier administratif le ou les motifs pour lesquels cet avis n'a pas été suivi, alors que l'autorité administrative qui doit faire précéder sa décision d'un avis consultatif est obligée lorsqu'elle s'en écarte d'en indiquer, explicitement ou à tout le moins par le dossier administratif, le ou les motifs et alors que l'autorité administrative ne peut, sans contradiction dans ses motifs, prétendre avoir tenu compte de l'avis d'un organe consultatif lorsque le dossier administratif révèle qu'en fait elle n'en a pas tenu compte";

Considérant que la partie adverse objecte que la décision attaquée est motivée en la forme par la considération qu'ont été examinés les arguments invoqués à l'appui de la demande et qu'il a été tenu compte de l'avis émis par la commission des prix des spécialités pharmaceutiques, ainsi que des prix appliqués au Royaume-Uni et en Italie (pays d'origine) et du nombre de comprimés par conditionnement; que, selon la partie adverse, "les motifs sont clairs : les prix accordés se justifient par les prix appliqués au Royaume-Uni et en Italie ainsi que par le nombre de comprimés par conditionnement"; qu'au surplus, explique-t-elle, "l'acte attaqué a scrupuleusement repris les critères de justifications (...) contenus (dans l'avis de la commission), critères ayant été mûrement réfléchis, notamment par l'intermédiaire du groupe de travail de l'inspection générale des prix et de la concurrence ayant examiné le dossier en date du 8 juillet 1996", critères

qui "constituent indubitablement les motifs de fait sur lesquels s'est fondé" le ministre;

Considérant qu'en vertu de l'article 5, § 1er, de l'arrêté ministériel précité du 24 décembre 1989, le Ministre est tenu de motiver sa décision "sur les éléments du dossier qu'il a jugés déterminants"; que, suivant l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, "la motivation exigée consiste en l'indication dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision (et) doit être adéquate";

Considérant que, lorsqu'une décision est motivée par référence à un avis émis par un organe consultatif, son auteur a l'obligation de donner au justiciable connaissance de cet avis en le reproduisant ou en l'annexant à la décision, ou à tout le moins en en précisant le contenu; qu'en l'espèce, la décision attaquée précise qu'il a été tenu compte de "l'avis émis par la commission des prix des spécialités pharmaceutiques", "des prix pratiqués au Royaume-Uni et en Italie (pays d'origine)" et du "nombre de comprimés par conditionnement"; que la commission avait effectivement, dans son avis, fait état de ce que la spécialité était "importée entièrement conditionnée d'Italie ou du Royaume-Uni" et appliqué "une proportion pure par rapport au conditionnement"; qu'elle avait, toutefois, recommandé le prix de 1.598 francs proposé par la requérante par boîte de 28 comprimés et de 39,96 francs pour un "conditionnement 10mg 1 x 28 comprimés, soit un prix unitaire ex-usine de 39.96 francs"; que le ministre s'est écarté de l'avis de la commission en ramenant les montants respectivement à 1.550 francs (prix public pour une boîte de 28 comprimés) et à 37 francs (prix unitaire ex-usine), sans informer la requérante du contenu exact de l'avis de la commission et sans justifier des raisons pour lesquelles il a cru devoir s'écarter des

prix proposés dans cet avis; que le moyen est manifestement bien fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision du Ministre des Affaires économiques, contenue dans la lettre qu'il a adressée le 24 juillet 1996 à la société de droit néerlandais "MERCK, SHARP en DOHME B.V.", en tant qu'elle limite l'autorisation du prix de vente du médicament remboursable "FOSAMAX" 10 mg à 37 francs ex-usine pour un emballage individuel de un comprimé et à 1.550 francs, prix public pour un emballage de 28 comprimés à 10 mg.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 4.000 francs, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le dix-sept décembre 1900 nonante-sept par :

M. CLOSSET, président de chambre,
Mme NOTEBAERT, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Chr. NOTEBAERT. Ch.-L. CLOSSET.