

Hartlauer, *précité*, point 30 et du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes, *précité*).

*Il ne se justifie pas de poser la question préjudicielle proposée par la requérante, la réponse à celle-ci ayant été donnée par la Cour de justice dans son arrêt du 1er juin 2010, précité.*

*La Cour de justice y a précisé que « l'article 49 TFUE s'oppose à une réglementation nationale qui impose des limites à la liberté d'établissement de nouvelles pharmacies pour autant que les règles de base de 2 800 habitants ou de 250 mètres empêchent, dans toute zone géographique ayant des caractéristiques démographiques particulières, la création d'un nombre suffisant de pharmacies ».*

*En l'espèce, la requérante n'apporte aucun élément de nature à établir que la région de Gembloux présenterait des caractéristiques démographiques particulières impliquant que la réglementation concernée serait affectée de l'irrégularité qu'elle invoque.*

*Le moyen n'est pas fondé.*

(...)

\*  
\* \*

## LA RÉPARTITION GÉOGRAPHIQUE DES PHARMACIES : LIMITER LA CONCURRENCE... AU PROFIT DE QUI ?

par

Paul NIHOUL,

Professeur à l'Université Catholique de Louvain  
et Boris DE KOCK, collaborateur scientifique à  
l'Université Catholique de Louvain

Disons-le d'emblée : l'arrêt commenté dans la présente note ne modifie pas l'ordre des choses, en Belgique, en ce qui concerne la possibilité, pour les pharmaciens, d'ouvrir ou de transférer des officines. Dans notre pays, l'ouverture et le transfert d'officines sont réglementés minutieusement. L'objectif affiché dans la réglementation est de limiter le nombre d'officines par zone, et d'inciter à l'ouverture de pharmacies dans des zones moins desservies. Ces principes ne sont pas modifiés, ni critiqués, dans l'arrêt. L'intérêt de l'arrêt ne se situe donc pas dans la position adoptée par le Conseil d'État à l'égard de la réglementation en vigueur sur notre territoire.

En revanche, l'arrêt rendu par le Conseil d'État comporte des perspectives intéressantes sur l'application, par une juridiction nationale, du droit européen, dans un contexte national.

Par ailleurs, il offre l'occasion d'interroger les raisons ayant poussé le législateur belge à ainsi réglementer le transfert et l'ouverture d'officines.

Dans la présente note, nous proposons de mener cette réflexion sur la base du droit européen qui, présente, précisément, des perspectives intéressantes sur la question.

### I. L'ARRÊT

L'arrêt n° 219.366 du 15 mai 2012 du Conseil d'État a trait au transfert d'une officine pharmaceutique. La législation analysée par l'arrêt s'y trouve présentée – principalement :

- l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1978 relatif à l'exercice des professions de santé dont l'article 4, § 3, 1° prévoit le principe de la répartition des officines pharmaceutiques, la limitation du nombre d'officines ouvertes au public et l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à l'ouverture d'une officine pharmaceutique ;
- l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public.

Ce dernier arrêté précise le nombre de pharmacies pouvant exister dans une zone déterminée. Ce nombre varie selon la densité de population<sup>1</sup>. Il peut être modifié en fonction de la distance existant entre les différentes pharmacies<sup>2</sup>. Ces principes s'appliquent à l'ouverture des pharmacies : ils en régissent, aussi, le transfert.

L'arrêt est rendu sur une requête en annulation introduite contre une décision ministérielle rejetant une demande de transfert d'officine. Dans sa décision, le Ministre s'était rallié à l'avis défavorable rendu par la Commission d'implantation des officines pharmaceutiques. La requérante et la Commission ne s'entendaient pas sur les faits pris en compte

<sup>1</sup> Article 1<sup>er</sup> : dans une commune de plus de 30.000 habitants, le nombre de pharmacies ne peut excéder le nombre d'habitants divisé par 3.000 ; pour une population entre 7.500 et 30.000 habitants, le nombre de pharmacies ne peut excéder le nombre d'habitants divisé par 2.500 ; dans le cas d'une densité de moins de 7.500 habitants, le nombre de pharmacies ne peut excéder le nombre d'habitants divisé par 2.000.

<sup>2</sup> Article 3bis : par exemple, la création d'une nouvelle officine si la pharmacie la plus proche se trouve à environ 1 kilomètre et que l'officine projetée couvre les besoins d'au moins 2500 personnes.

pour justifier le transfert. Pour la Commission, la distance avec l'officine la plus proche était de 1,2 km et non de 1,5 contrairement à ce que prétendait la requérante. Par ailleurs, la population qui serait desservie serait de 1983 et non pas de 2 500 habitants au sein de la zone.

La requérante demandait aussi qu'on prenne en compte des éléments propres à la situation de la zone concernée – particulièrement (a) l'augmentation à venir de la population suite à la construction de nouveaux quartiers et (b) l'existence d'une importante clientèle potentielle constituée de navetteurs<sup>34</sup>.

## II. LE CADRE EUROPÉEN

L'affaire concernait donc le droit belge, et l'on pourrait se demander comment l'application du droit européen en vint à être envisagée. Ce serait oublier que le droit européen s'applique dans un nombre croissant d'affaires qui, en toute apparence, ne contiennent aucun élément d'extériorité. Ici, l'application de ce droit était liée à un argument soulevé par la requérante. Selon celle-ci, les critères pris en compte pour statuer sur la demande de transfert enfreignaient les règles sur la liberté d'établissement (Article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

En la matière, le droit européen, à supposer qu'il s'applique, comporte plusieurs principes. Ces principes découlent des traités eux-mêmes. Ils ont été appliqués dans plusieurs affaires proches de la présente – notamment dans *Blanco Perez*<sup>5</sup> qui concernait, précisément, des règles nationales régissant la répartition d'officines.

Lesdits principes sont au nombre de trois.

Un : les États membres sont compétents, en principe, pour organiser leurs services de santé. Cette compétence, selon la jurisprudence de la Cour de justice, couvre les officines de pharmacie. À ce titre, les autorités nationales peuvent réglementer les activités exercées par les officines de même que leur répartition sur le territoire<sup>6</sup>.

Deux : la compétence de principe ainsi accordée aux États membres n'a pas pour conséquence que,

dans l'exercice de cette compétence, ces derniers échappent aux règles européennes, notamment à celles relatives au marché intérieur<sup>7</sup>.

Trois : s'agissant de ces dernières règles, il faut tenir compte, particulièrement, dans le contexte qui nous occupe, des règles sur la liberté d'établissement. En application de ces règles, une mesure nationale exigeant une autorisation pour l'installation d'une officine doit être analysée comme une restriction<sup>8</sup>. Ce type de restriction peut toutefois être admis. Pour qu'elle soit admissible, la mesure doit satisfaire à une série de tests. Le test d'utilité : la mesure doit être utile pour réaliser l'objectif recherché. Le test de nécessité : elle ne peut être remplacée par une autre mesure aussi efficace mais moins restrictive. Le test d'absence d'effet excessif : elle ne peut produire des effets inacceptables<sup>9</sup>.

À ces trois principes s'ajoute une condition d'applicabilité. Le droit européen s'applique, selon une jurisprudence constante, dans la mesure où le marché intérieur est affecté. En revanche, les situations purement internes, c'est-à-dire sans élément européen, doivent être résolues au regard du droit national<sup>10</sup>.

## III. APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN AUX SITUATIONS PUREMENT INTERNES

L'arrêt annoté envisage, donc, l'application du droit européen. Élément remarquable : avant de ce faire, il ne vérifie pas qu'existe l'élément d'extranéité requis en principe pour l'application de ce droit. Pour nous, cela est significatif : cela indique combien le droit européen progressivement en vient à régler les rapports purement internes et non plus seulement les relations juridiques entre des ressortissants relevant de pays différents de l'Union.

La Cour a préparé cette évolution en acceptant de se prononcer sur l'interprétation à donner à des questions portant sur des situations purement internes en indiquant que, en dépit de ce caractère purement interne, cette interprétation pourrait quand même présenter un certain degré d'utilité. (a) Tout d'abord, les mêmes questions pourraient être posées par des entreprises ou des ressortis-

<sup>34</sup> La pharmacie serait établie sur la N4 entre Namur et Bruxelles, où passent 15 000 navetteurs par jour.

<sup>4</sup> Arrêt n° 197.433 du 28 octobre 2009 et n° 190.834 du 25 février 2009.

<sup>5</sup> C.J.U.E., 1<sup>er</sup> juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07.

<sup>6</sup> Dans l'arrêt *Blanco Perez*, voir les §§ 43 à 51.

<sup>7</sup> Dans l'arrêt *Blanco Perez*, *idem*.

<sup>8</sup> Voy. les articles 36, 45 et 52 TFUE.

<sup>9</sup> Dans l'arrêt *Blanco Perez*, voir les §§ 61 et s.

<sup>10</sup> Dans l'arrêt *Blanco Perez*, voir les §§ 33 à 42.

sants se trouvant dans une situation avec élément d'extranéité. Autant les éclairer d'emblée, même si la réponse est fournie, dans l'arrêt, sur une situation purement interne. (b) Par ailleurs, l'interprétation fournie dans un arrêt préjudiciel pourrait être utile pour appliquer des règles nationales. C'est le cas pour des règles qui interdiraient, par exemple, des discriminations. Il faudrait éviter que des règles nationales ayant un tel objet soient appliquées, par les juridictions nationales, dans un sens différent de celui encouragé par les juridictions européennes<sup>11</sup>.

Fournissant une interprétation du droit européen dans un tel contexte, la Cour de justice exerce une forme de pression sur les juridictions nationales. Celles-ci, on le sait, disposent souvent d'une certaine marge de manœuvre dans l'interprétation du droit national. Choisir d'utiliser cette marge pour donner au droit national une interprétation différente de celle fournie par la Cour sur une question de même nature sur la base de droit européen mettrait mal à l'aise, on peut l'imaginer, les juridictions nationales.

Dans l'affaire qui nous occupe, le Conseil d'État a compris – et fort bien pris – l'invitation. Il applique sans coup férir à la situation interne le droit européen, comme s'il s'agissait d'une situation européenne. Ce faisant, il ne risque pas de se mettre en porte à faux par rapport aux enseignements fournis par la juridiction européenne.

#### IV. ADRESSER UN RENVOI PRÉJUDICIEL À LA COUR DE JUSTICE

L'arrêt est intéressant, également, au regard de la possibilité ou, le cas échéant, de l'obligation d'adresser à la Cour de justice UE un renvoi préjudiciel. Les règles en la matière sont bien connues. Les juridictions nationales ont la possibilité de poser à la Cour une ou plusieurs questions préjudicielles lorsqu'elles ne peuvent déterminer avec précision si et, le cas échéant, comment le droit européen devrait être appliqué à l'affaire qui leur est soumise. Cette possibilité devient une obligation lorsque la juridiction nationale siège en dernière instance, c'est-à-dire lorsque ses décisions ne sont plus susceptibles d'un recours<sup>12</sup>.

<sup>11</sup>Dans l'arrêt *Blanco Perez*, voir les §§ 39 et 40 (ordre inverse).

<sup>12</sup>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 267.

Le Conseil d'État, dans le dossier qui nous occupe, agit comme instance de dernier recours. C'est dire qu'il est soumis à une obligation d'interroger la Cour à titre préjudiciel en cas d'incertitude quant à l'interprétation ou l'application à donner au droit européen dans l'affaire qui lui était soumise. Pour lui, toutefois, la solution dérivant du droit européen allait de soi. Renvoyant à l'arrêt *Blanco Perez* déjà cité, le Conseil d'État indique que les points de droit ont déjà été réglés dans cet arrêt et qu'il s'agit d'appliquer seulement ici cette jurisprudence à présent parfaitement claire.

Faut-il lui donner raison ? *Blanco Perez* apporte aux questions soulevées par la requérante des réponses que l'on peut qualifier de claires, comme l'indique le Conseil d'État. Nous ne savons pas toutefois dans quelle mesure ces réponses sont complètes. Car, pour nous, cet arrêt européen prend position seulement sur l'interprétation à donner à une partie des règles européennes dans le contexte des officines pharmaceutiques. Mais il n'épuise pas le sujet. En particulier, il n'aborde pas la question de la compatibilité des règles nationales en la matière avec les dispositions européennes relatives à la concurrence. À ce sujet, nous consacrerons quelques observations ci-après.

#### V. MARCHÉ INTÉRIEUR, CONCURRENCE

Le troisième aspect intéressant de l'arrêt est l'application qu'il donne à la jurisprudence européenne justifiant les dispositions nationales réglementant la répartition des officines. Les observateurs de la justice européenne l'auront sans doute remarqué. À certains égards, les arrêts rendus par la Cour de justice UE ont l'allure d'incantations. Comme il se doit sans doute dans la production d'une juridiction, on y retrouve l'écho de phrases utilisées dans d'autres arrêts. L'on sait ainsi qu'on peut concentrer son attention, et son analyse, sur les passages qui apportent véritablement une justification à l'attitude adoptée par la juridiction.

Ainsi en va-t-il en matière de libre établissement. Classiquement, le raisonnement développé par la Cour dans des affaires impliquant les dispositions concernées prennent la structure annoncée ci-dessus : l'existence d'une entrave est établie, on rappelle que des justifications sont possibles, on indique quel but doit alors

poursuivre la réglementation nationale mise en cause et on rappelle que les moyens doivent être proportionnels.

Ayant épuisé cette structure, on en vient au fond de l'affaire. Et celui-ci tient en cette phrase – qui relève d'une appréciation politique plus que d'une interprétation juridique : *pour la Cour, il est légitime d'imposer des nombres maximaux d'officine, ou des distances minimales entre elles, dans le but d'assurer la répartition des pharmacies sur l'ensemble d'un territoire*<sup>13</sup>.

La Cour explique que, s'ils étaient libres, les pharmaciens s'établiraient dans les zones plus attractives : sans doute les villes, ou les régions plus riches. Cela aurait pour conséquence que d'autres zones seraient délaissées : des zones rurales, sans beaucoup de développement. Or, un tel résultat ne serait pas acceptable. On aurait, par endroits, une offre excessive, ou une offre insuffisante. Une planification, à réaliser par l'autorité, aurait, dans ce cadre, tout son sens.

Cette réflexion est intéressante car elle ne peut manquer de ramener à l'esprit les discussions intervenues dans le cadre de la libéralisation des secteurs publics. Dans ce domaine, également, il était question d'assurer un « service universel » : des prestations de qualité à des conditions acceptables sur l'ensemble du territoire national. Dans la réglementation européenne, on trouve de telles idées pour l'organisation du secteur postal, pour les communications électroniques, pour l'énergie. Dans la jurisprudence, on en trouve des traces également – parfois dans des matières proches de celle discutée ici : notamment en matière de transport urgent ou non urgent de malades<sup>14</sup>.

Dans ces différents contextes, la Cour, le Parlement, le Conseil et la Commission ont considéré, en substance, que l'organisation la plus compatible avec le droit européen consistait à laisser aux acteurs la possibilité de fournir leurs services comme ils l'entendent. « Laissons-les s'installer où ils veulent » : tel était le message formulé dans la réglementation. Un message fondé sur deux prémisses. Tout d'abord, ce sont les acteurs, et non les pouvoirs publics, qui sont le plus au fait des besoins de la clientèle ou ici, de la patientèle, et de l'organisation du secteur. Ensuite, il faut

éviter de « fermer » les marchés. Le marché intérieur ne peut être réalisé dans un environnement où « les places » sont réservées à ceux qui étaient là auparavant. Sans quoi la mobilité est rendue impossible. Or la mobilité profite sans doute, dans une mesure significative, à des personnes provenant d'autres États membres et souhaitant exercer ailleurs leurs activités.

Cette initiative à laisser aux acteurs dans un premier temps n'implique pas, toutefois, que l'État se désintéresse de la question – bien au contraire.

Il n'est pas impossible que la liberté qui leur était laissée conduise les acteurs à choisir prioritairement certaines zones. Une certaine duplication des investissements n'est pas à exclure dans cette hypothèse. Toutefois, estiment les institutions européennes dans ces domaines, cette affaire ne doit pas être traitée par la puissance publique. Elle peut être résolue par les acteurs eux-mêmes. Selon le cas, les pharmaciens, en cas de surnombre, se contenteront d'une rémunération moins élevée. S'ils souhaitent une compensation plus significative, ils se tourneront vers d'autres régions. Dans tous les cas, les choix seront pris par eux en fonction de leurs possibilités et de leurs besoins dans un contexte où les désirs exprimés par la patientèle dictent leurs comportements.

C'est ainsi qu'apparaît la divergence fondamentale séparant les deux approches. (a) Dans le raisonnement fondé sur la planification, la pénurie d'officines doit être résolue par la puissance publique. (b) Dans une discussion fondée sur le droit de la concurrence, cette migration vers des zones moins denses résultera des décisions prises par des acteurs confrontés à la difficulté éventuelle de maintenir leurs activités dans les zones attractives.

L'optique concurrentielle ne supprime pas toute possibilité d'action pour les pouvoirs publics. Il se peut, en effet, que subsistent des poches non desservies spontanément par des acteurs. Dans un tel cas, une intervention publique est possible. Elle est même nécessaire.

Quelle forme devrait-elle prendre toutefois ? Il faut privilégier, dans toutes circonstances, l'option la moins restrictive. En droit de la concurrence, cette priorité à donner aux mesures moins entravantes conduit à éviter les mesures portant atteinte à la liberté en cause. En d'autres mots : sur la base du droit de la concurrence, on n'interdira pas à des pharmaciens de s'installer dans des zones attractives même si le but (affiché) est de les conduire à diri-

<sup>13</sup> Arrêt Blanco Perez, §§ 72, 73 et 107.

<sup>14</sup> C.J.U.E., 25 octobre 2001, Glöckner, aff. C-475/99.



ger leurs activités vers des zones qui le sont moins. La mesure à privilégier sur la base du droit de la concurrence sera de subventionner l'ouverture d'officines dans des zones où, à défaut, les pharmacies resteraient en nombre insuffisant. Aux yeux du droit de la concurrence, la subvention, si elle est accordée de manière équitable, est préférable à l'interdiction.

Cette approche est fondée sur deux idées.

Tout d'abord, les choix, dans la société libre qui est la nôtre, appartiennent aux consommateurs. Ce sont eux qui décident ce qu'ils veulent. S'ils souhaitent une pharmacie supplémentaire dans une zone déjà bien servie, laissons-leur manifester ce souhait par leurs achats – dans le respect des règles relatives à la santé publique (respect des prescriptions médicales, etc.).

Ensuite, les activités appartiennent à quiconque souhaite les exercer et détient les compétences requises à cet effet. Cette exigence découle de l'idée que notre société est organisée sous la forme d'une société « ouverte ». Dans cet esprit, on ne peut réserver une activité à l'un ou l'autre – surtout pas pour la raison qu'il était là en premier lieu.

Certes les différents acteurs en présence – pharmaciens déjà en place, pharmaciens qui souhaiteraient s'établir – ont des prétentions contradictoires. Par là, nous voulons dire qu'ils s'adressent à la même patientèle et qu'ils tentent d'obtenir de la part de cette dernière un choix préférentiel : que les consommateurs les choisissent, eux, plutôt que le voisin.

Dans l'optique concurrentielle, l'arbitrage entre ces prétentions contradictoires ne peut pas être réalisé par la puissance publique. Il doit l'être par les patients, les clients, les consommateurs – en un mot : les destinataires de la prestation.

## VI. CONCLUSIONS

Ainsi, donc, l'arrêt rendu par le Conseil d'État donne application à la jurisprudence européenne relative au droit d'établissement. Mais il ne s'interroge pas sur l'application éventuelle du droit de la concurrence. Dans l'arrêt *Blanco Perez*, la Cour de justice UE n'a pas abordé, elle-même, ces questions. En restant muette sur l'application possible du droit de la concurrence, cette Cour a répondu, en fait, partiellement, seulement, aux questions qui

lui étaient posées. Sauf à considérer que, dans son esprit, les réponses fondées sur les deux types de règles seraient identiques. Ce qui serait fort étonnant vu la divergence, mise en avant ci-dessus, qui sépare et oppose même les deux approches.

Cette circonstance laisse entière un problème : une juridiction nationale a-t-elle l'obligation de donner application à des règles européennes dans des situations qui ont été abordées par la Cour de justice UE dans des affaires analogues mais où, apparemment, en tout cas, la Cour n'a livré qu'une réponse partielle ?

Pour un juriste de droit européen, la réponse fait peu de doute. Les juridictions nationales sont tenues d'appliquer le droit européen lorsque ce dernier a un effet direct. Cela est bien le cas des règles de la concurrence. Les règles de la concurrence pourraient donc trouver à s'appliquer dans le droit d'espèce en sus de celles relatives au libre établissement. Nous nous trouvons dans une situation où il eût été opportun, pour le Conseil d'État, d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité entre ses règles sur le marché intérieur et celles relatives à la concurrence.

Les plaideurs sont ainsi dûment avertis. Un registre entier reste à explorer dans le contentieux impliquant l'application du droit européen. C'est celui de la compatibilité entre les interprétations données par les juges de Luxembourg sur la base des dispositions relatives au marché intérieur, et celles qu'ils donnent en matière de concurrence ...

\*  
\* \*

– **ARRÊT N° 221.069 (XV<sup>E</sup> CHAMBRE), ASBL SYNDICAT NATIONAL DES PROPRIÉTAIRES ET CONSORTS, DU 17 OCTOBRE 2012**

M. QUERTAINMONT

Aud. : M.M. OSWALD

Pl. : Me A. GREGOIRE et Me M. GOFFIN

e.c. : L'asbl Syndicat National des Propriétaires et Copropriétaires et consorts c/ Ville de Verviers

**Communes et provinces – Communes – Police – Matières particulières – Sécurité contre les incendies**

**Action administrative – Police administrative – Communes – Police administrative générale et police administrative spéciale – Cumul**