

Audience publique du 11 mars 2013

Recours introduit par Madame ..., ...,
contre des décisions du ministre de la Santé,
en matière de concession de pharmacie

JUGEMENT

1. Vu la requête inscrite sous le numéro 28551 du rôle et déposée le 28 avril 2011 au greffe du tribunal administratif par Maître Martial BARBIAN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ..., ..., demeurant à L-..., tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du ministre de la Santé du 15 mars 2011, rejetant pour être irrecevables les candidatures de la demanderesse pour l'octroi de concessions de pharmacie vacantes à Pétange, Luxembourg et à ..., ainsi que contre une décision confirmative du même ministre datée du 19 avril 2011, intervenue suite à un recours gracieux introduit par la demanderesse le 13 avril 2011 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 8 août 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 14 octobre 2011 par Maître Martial BARBIAN pour compte de la partie demanderesse ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 11 novembre 2011 ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE, demeurant à Luxembourg, du 14 mars 2012, portant signification du prédit recours à Madame ..., ..., demeurant à L- ... ;

Vu la constitution de nouvel avocat à la Cour déposée au greffe du tribunal administratif en date du 7 juin 2012 par Maître Guillaume MARY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 14 juin 2012 par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte de Madame ... ;

Vu la constitution de nouvel avocat à la Cour déposée au greffe du tribunal administratif en date du 13 juillet 2012 par Maître Christian POINT, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ... ;

2. Vu la requête inscrite sous le numéro 30477 du rôle et déposée le 27 avril 2012 au greffe du tribunal administratif par Maître Martial BARBIAN, préqualifié, au nom de Madame ..., préqualifiée, tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du ministre de la Santé du 27 janvier 2012 autorisant Madame ..., ..., demeurant à L-..., à exploiter la concession de pharmacie nouvellement créée dans la localité de ..., ainsi que, « *pour autant que de besoin* » de l'acte de concession rédigé le 27 janvier 2012 ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE du 30 avril 2012, portant signification de prédit recours à Madame ... ;

Vu la constitution de nouvel avocat à la Cour déposée au greffe du tribunal administratif en date du 7 juin 2012 par Maître Guillaume MARY au nom de Madame ... ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 3 septembre 2012 ;

Vu la constitution de nouvel avocat à la Cour déposée au greffe du tribunal administratif en date du 7 septembre 2012 par Maître Christian POINT au nom de Madame ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 24 septembre 2012 par Maître Anne FERRY pour compte de Madame ... ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 24 octobre 2012 par Maître Christian POINT pour compte de la partie demanderesse ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 23 novembre 2011 ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif le 23 novembre 2012 par Maître Anne FERRY pour compte de Madame ... ;

1.+ 2. Vu les pièces versées en cause et notamment les décisions critiquées ;

Le juge rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Martial BARBIAN, en remplacement de Maître Christian POINT, Madame le délégué du gouvernement Betty SANDT et Maître Anne FERRY en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 25 février 2013.

Madame ..., ..., déposa en date du 3 juin 2010 un dossier de demande d'octroi pour la concession de pharmacie de ..., en date du 8 septembre 2010 un dossier de demande d'octroi pour la concession de pharmacie de Pétange et en date du 18 novembre 2010 un dossier de demande d'octroi pour la concession de pharmacie de Luxembourg, et ce suite à la publication au Mémorial B, Recueil administratif et économique, des avis afférents de concessions de pharmacie vacantes.

En date du 8 mars 2011, Madame..., n'ayant pas eu de réponse à ses demandes, adressa un courrier au ministre de la Santé sollicitant communication de l'avis du ministre relatif au

classement des candidats pour les concessions en cause, Madame... estimant que « *la plupart des demandes [qu'elle avait] introduites dans le passé ayant eu, à [son] avis, des suites à priori aléatoires et injustes à [son] égard* ».

Par décision datée du 15 mars 2011, le ministre de la Santé, ci-après « le ministre », informa Madame... que ses candidatures avaient été rejetées au motif qu'elles seraient à considérer comme irrecevables, dans les termes suivants :

« Me référant à vos courriers relatifs à l'affaire dont question sous rubrique je suis au regret de devoir vous informer que vos candidatures aux concessions de pharmacie citées ci-dessus sont à considérer comme irrecevables et ce conformément aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 27 mai 1997 relatif à l'octroi des concessions de pharmacie et notamment son article 3 sous 7 (cf copie jointe en annexe).

En effet, votre occupation auprès du Centre de Recherche Santé n'est pas à considérer comme activité pour l'exercice de laquelle le diplôme de pharmacien est requis par la loi ».

Suite à l'introduction d'un recours gracieux à l'encontre de cette décision, le ministre confirma sa décision antérieure en date du 19 avril 2011 dans les termes suivants :

« Je reviens à votre courrier du 13 avril dans l'affaire sous rubrique dans lequel vous estimez que ma décision du 15 mars 2011 portant rejet des candidatures de votre mandante aux concessions de pharmacie vacantes visées sous rubrique aurait pu être prise sur base d'informations erronées venant du Centre de Recherche Public-Santé (CRP-Santé).

En effet, si le CRP-Santé est chargé d'entreprendre des activités de recherche ainsi que de développement et de transfert technologiques visant à promouvoir le progrès scientifique ou l'innovation technologique, il n'est pourtant pas autorisé à procéder à des activités de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien.

Ainsi, la mission de votre cliente au sein du centre d'investigations et d'épidémiologie clinique (CIEC) du CRP-Santé s'est restreinte à des activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux, qui sont habilités à détenir et à délivrer des médicaments dans le cadre d'un essai clinique.

Cela étant précisé, je ne saurais que confirmer ma décision précitée par laquelle j'avais informé votre cliente que ses candidatures aux concessions de pharmacie sont à considérer comme irrecevables et ce conformément aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 27 mai 1997 relatif à l'octroi des concessions de pharmacies et notamment son article 3 sous 7. »

Madame... a enrôlé sous le numéro 28551 en date du 28 avril 2011 un recours en réformation sinon en annulation à l'encontre des deux décisions précitées au greffe du tribunal administratif et, parallèlement à ce recours, elle introduisit par-devant le président du tribunal administratif un recours tendant à obtenir le sursis à exécution des décisions critiquées, sinon l'instauration d'une mesure de sauvegarde, recours dont elle fut déboutée par ordonnance du 6 mai 2011, n° 28552 du rôle.

Par arrêté du 27 janvier 2012, le ministre autorisa Madame ..., ..., à exploiter la concession de pharmacie nouvellement créée dans la localité de

Le 27 avril 2012, Madame... a introduit un recours en réformation, sinon en annulation à l'encontre de cet arrêté ministériel du 27 janvier 2012 ainsi que « *pour autant que de besoin* » de l'acte de concession rédigé le 27 janvier 2012 et, par requête séparée, enrôlée le même jour sous le numéro 30478 du rôle, elle sollicita principalement le sursis à exécution de ces deux actes et subsidiairement à voir instituer une mesure de sauvegarde tendant en substance à la même fin, à savoir la suspension de l'exécution de l'arrêté ministériel et de l'acte de concession jusqu'à ce que le recours au fond soit toisé, recours dont elle fut déboutée par ordonnance du 16 mai 2012.

Il convient dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de joindre les deux recours enrôlés sous les numéros 28551 et 30477 pour les toiser par un seul et même jugement, le sort du second rôle, qui reprend intégralement les moyens de la demanderesse avancés dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro 28551, étant susceptible de dépendre de l'issue du recours enrôlé sous le numéro 28551.

1. Quant au rôle n° 28551

Quant à la recevabilité

La partie étatique soulève de prime abord l'irrecevabilité du recours subsidiaire en annulation, au motif que l'article 4 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien prévoirait un recours en réformation.

Aux termes de l'article 4, alinéa 2 de ladite loi, « *un recours auprès du Tribunal administratif peut être introduit dans le mois qui suit sa notification contre toute décision d'octroi, de refus, de suspension ou de retrait d'une autorisation d'exercer. Le recours contre l'octroi de l'autorisation ne peut être exercé que par le collège médical. Le tribunal administratif statue en dernière instance et comme juge du fond* », l'alinéa 1^{er} de cet article 4 mentionnant encore, pour sa part, « *l'autorisation prévue aux articles 1^{er} et 2* », à savoir l'autorisation pour l'exercice de la profession de pharmacien.

Il s'ensuit que le législateur n'a ouvert de recours en réformation qu'à l'encontre des décisions d'octroi, de refus, de suspension ou de retrait d'une autorisation pour l'exercice de la profession de pharmacien. Or, comme en l'espèce le tribunal n'est pas saisi d'un recours contre une décision ayant trait à l'autorisation pour l'exercice de la profession de pharmacien par Madame..., mais de décisions ayant retenu que ses candidatures en vue de l'octroi d'une concession de pharmacie seraient irrecevables, aucun recours au fond n'est ouvert à la demanderesse.

Le tribunal n'est dès lors pas compétent pour connaître du recours principal en réformation, de sorte que seul un recours en annulation, recours de droit commun, est ouvert à l'encontre des décisions déferées.

Le recours subsidiaire en annulation, par ailleurs introduit dans les formes et délai prévus par la loi, est partant recevable.

Quant au fond

Madame... soulève de prime abord le fait que la partie étatique n'aurait versé à l'appui de son mémoire en réponse que 4 pièces, à savoir des courriers adressés par le directeur du Centre de Recherche Public de la Santé au ministre de la Santé en date des 18 avril 2011 et 22 février 2011, un courrier adressé par le directeur du Centre de Recherche Public de la Santé à son propre litismandataire en date du 8 avril 2011, ainsi que le classement des candidats pour la concession de pharmacie à ..., pour, sur base de l'article 8, de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, déplorer l'absence de dépôt au greffe du dossier administratif complet, la demanderesse en particulier critiquant le fait qu'elle n'aurait pas pu prendre connaissance du ou des avis émis par le collège médical concernant les candidatures déposées pour l'octroi des concessions de pharmacie litigieuses.

Elle conclut dès lors qu'au vu de l'absence de dépôt du dossier administratif, les décisions déferées devraient encourir l'annulation, tandis qu'elle sollicite à titre subsidiaire que le tribunal enjoigne à l'Etat de déposer l'intégralité du dossier administratif au greffe, sous peine d'une astreinte de 250 euros par jour de retard à compter de la notification du jugement à intervenir et qui se prononcerait en ce sens.

Or, aux termes de l'article 29 de la loi du 21 juin 1999 précitée « *l'inobservation des règles de procédure n'entraîne l'irrecevabilité de la demande que si elle a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense* », l'intention du législateur formulée par l'auteur de la proposition de loi numéro 4326 ayant abouti à la loi du 21 juin 1999 ayant été exprimée en ce sens que la disposition devenue l'article 29, qualifiée « *d'importante* », « *constitue le reflet de l'article 173, alinéa 2 du code de procédure civile. Sa formulation s'entend plus large que celle du code de procédure civile, qui a conduit à des résultats très insatisfaisants en jurisprudence judiciaire, même après la réforme du texte en question par une loi du 7 février 1974. Les juges ne s'abstiendront de prononcer l'irrecevabilité des demandes que si l'omission ou l'irrégularité a effectivement porté atteinte aux droits de la défense. Sont visées, d'une manière générale, les irrégularités affectant la rédaction des mémoires, même des irrégularités qualifiées par les juridictions judiciaires comme étant des nullités de fond, comme les indications erronées ou lacuneuses concernant p. ex. les organes représentant des personnes morales. En tout cas la notion de nullité de fond est à interpréter très restrictivement et ne doit entrer en ligne de compte que s'il y a lésion des droits de la défense. Le non-respect des délais prévus pour l'échange des mémoires et les délais pour exercer les voies de recours, emportant déchéance, est bien entendu excepté. Par ailleurs, l'absence de sanction d'un tel non-respect porterait atteinte aux droits - acquis à ce moment - de la partie adverse¹* ». Cette position a encore été corroborée par le Conseil d'Etat dans son avis retenant qu'il « *ne saurait que soutenir toute initiative tendant à proscrire dans la mesure du possible le recours à des moyens de procédure pour rejeter des prétentions de justiciables. Il ne faut en effet pas perdre de vue que cette approche procédurière à outrance a pour résultat l'incompréhension des justiciables (...). Le Conseil d'Etat rend toutefois attentif au fait qu'il s'agit en l'espèce également d'une question d'approche des*

¹ Doc. parl. 4326, commentaire des articles, ad. article 26 (devenu l'article 29 de la loi) p.19.

magistrats à l'égard de ces problèmes. Le problème, dit de la violation des principes de l'organisation judiciaire (ou administrative), des nullités de fond, irrecevabilités de fond, des fins de non-recevoir et des forclusions, restera entier tant qu'aucun texte n'interdira aux juridictions de prononcer une nullité, irrecevabilité ou forclusion, sauf si un texte déterminé le prévoit expressément²».

L'article 29 sous revue emporte dès lors pour la juridiction saisie une analyse consistant à examiner, au-delà du caractère vérifié d'une inobservation alléguée d'une règle de procédure, si celle-ci a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense ; en l'absence de pareille atteinte, l'inobservation de la règle de procédure, quelle qu'en soit par ailleurs la qualification, ne saurait entraîner de sanction de la demande, étant donné que ce n'est que dans l'hypothèse où l'inobservation vérifiée d'une règle de procédure a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense qu'une analyse supplémentaire s'impose à la juridiction saisie pour déterminer dans ce cas de figure précis dans quelle mesure cette inobservation doit être sanctionnée³.

En l'occurrence, il résulte d'une part des explications non contestées de la partie étatique que, par lettre recommandée du 12 octobre 2011, le ministre a fait droit à la demande afférente du mandataire de Madame... en lui communiquant les avis émis par le collège médical concernant le classement des candidatures en vue de l'octroi des concessions de pharmacie vacantes à Pétange, Luxembourg et ..., tandis qu'en date du 12 avril 2011, l'avocat de la demanderesse avait pu prendre inspection au ministère de la Santé, du dossier administratif de sa mandante.

D'autre part, il convient de relever que lesdits avis relatifs aux autres candidatures ne sont en l'espèce pas pertinents, la question soumise au tribunal dans ce rôle étant, ainsi qu'il sera retenu ci-dessous, celle de l'activité effective poursuivie par Madame... au sein du CRP-Santé, et non pas celle du classement des autres candidats, respectivement de l'appréciation de leurs candidatures respectives par le collège médical. Aussi, devant le fait avéré que Madame... a pu assurer sa défense de façon valable et complète, l'inobservation des règles de procédure invoquée plus particulièrement au niveau du dépôt du dossier administratif, n'est pas à sanctionner, étant entendu qu'en l'absence de grief, l'analyse de la juridiction saisie est appelée à s'arrêter dès le premier stade par le constat tiré des dispositions de l'article 29 de la loi précitée du 21 juin 1999 en ce qu'aucune sanction n'est à prononcer.

Enfin, et à titre superfétatoire, en ce qui concerne la demande tendant à voir adresser une injonction à l'Etat sous peine d'astreinte, il y a lieu de souligner que les juridictions administratives, d'une part, ne sauraient à défaut de base légale ordonner de telles injonctions à l'encontre de l'administration et, d'autre part, qu'elles ne sauraient - hormis le cas des dépens et des indemnités de procédure régis respectivement par l'article 32 et par l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée - prononcer de condamnation à l'encontre d'une partie, serait-ce au titre d'astreintes comminatoires.

A l'appui de son recours, Madame... fait ensuite en substance plaider que la mise à l'écart de sa candidature reposerait sur une mauvaise application des dispositions légales et

² Doc. parl. 4326², avis du Conseil d'Etat p.7.

³ Cour adm., 14 juillet 2009, n° 25414C.

règlementaires applicables en la matière et, plus particulièrement de l'article 3, point 7, du règlement grand-ducal modifié du 27 mai 1997 relatif à l'octroi des concessions de pharmacie, et que son occupation auprès du Centre de Recherche Public de la Santé devrait être considérée comme une activité pour l'exercice de laquelle le diplôme de pharmacien est requis.

A cet égard, Madame... relève qu'aux termes de son contrat de travail à durée indéterminée signé le 9 octobre 2008 avec le Centre de Recherche Public de la Santé, ci-après « le CRP-Santé », elle aurait été engagée en qualité de « ... *des essais cliniques et assurance qualité* » avec une affectation au CRP-Santé. De surcroît, il résulterait du descriptif du poste de pharmacien d'essais cliniques et responsable assurance qualité, poste qui précisément lui avait été confié, que son rôle consistait notamment en la « *détention et la conservation des médicaments, la préparation des médicaments stériles ou cytostatiques et la dispensation des médicaments* », et que ses activités, telles qu'y énumérées, consistaient en des activités de pharmacien, le descriptif de ce poste ayant par ailleurs expressément requis la détention d'un « *Diplôme d'Etat de docteur en pharmacie autorisé(e) à exercer la profession au Luxembourg* ».

S'emparant ensuite de la définition légale de l'activité de pharmacien, telle que contenue dans la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien, et du fait qu'elle disposerait suivant un arrêté ministériel du 30 juillet 2001 de l'autorisation requise pour l'exercice de l'activité de pharmacien, Madame... estime qu'il résulterait manifestement de ces éléments que les activités qu'elle avait exercées au sein du CRP-Santé avec une affectation au Centre d'Investigation et d'Epidémiologie Clinique, en exécution de son contrat de travail du 9 octobre 2008, qui consistaient notamment en la détention et la conservation des médicaments, la préparation des médicaments stériles ou cytostatiques et la dispensation des médicaments, étaient des activités pour l'exercice desquelles le diplôme de pharmacien serait requis par la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, ces activités étant en effet des activités de pharmacien, au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée qui ne pouvaient légalement être exercées qu'à la condition d'être en possession d'une autorisation ministérielle qui, quant à elle, ne pourrait être légalement délivrée qu'à la condition d'être titulaire des diplômes exigés par la loi pour l'exercice de la profession de pharmacien.

Or, il conviendrait de déduire de ce constat que ses activités telles que poursuivies au sein du CRP-Santé auraient été indéniablement des activités pour l'exercice desquelles le diplôme de pharmacien serait requis par la loi, tandis que son rôle et les activités qui lui avaient été confiées aux termes de son contrat de travail et de son descriptif de poste, seraient indéniablement à considérer comme des activités de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, lesquelles ne pourraient être légalement exercées que sur la base d'une autorisation ministérielle préalable qui ne pourrait quant à elle être délivrée qu'à la condition d'être titulaire du diplôme de pharmacien.

Madame... estime encore que cette analyse serait d'ailleurs confirmée par les propres termes de son contrat de travail, lequel prévoyait expressément qu'elle avait été engagée en qualité de « ... *des essais cliniques et assurance qualité* », ainsi que par son affiliation par le CRP-Santé, en qualité de « ... », auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Enfin, elle souligne que si le ministre, dans sa décision confirmative du 19 avril 2011, indiquerait notamment que les activités qu'elle avait exercées au sein du Centre d'Investigations

et d'Epidémiologie Clinique du CRP- Santé, se seraient limitées à des « *activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux* », ces activités, en réalité bien plus élargies que ce que prétendrait le ministre dans sa décision précitée du 19 avril 2011, confirmeraient que les activités exercées par elle au sein du CRP-Santé auraient indiscutablement consisté en des activités de pharmacien au sens de la loi précitée du 31 juillet 1991. En effet, elle affirme que ces activités de contrôle de qualité des médicaments, telles qu'invoquées par le ministre, rangeraient parmi les activités de « *contrôle des médicaments* » qui seraient à considérer légalement comme des activités de pharmacien par application de la loi modifiée susmentionnée du 31 juillet 1991, de sorte que le ministre, à travers sa décision confirmative du 19 avril 2011, confirmerait expressément que les activités qu'elle avait exercées au sein du CRP-Santé, consistaient en des activités de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée.

La partie étatique, rejointe en son argumentation par Madame ..., ..., qui se vit par arrêté ministériel du 27 janvier 2012 autorisée à exploiter la concession de pharmacie nouvellement créée dans la localité de ..., s'empare d'abord de l'annonce de recrutement d'un attaché de recherche clinique pour les besoins du CRP-Santé, pour soutenir que Madame... aurait occupé au sein du CRP-Santé un poste d'attaché de recherche clinique et non un poste de ...

Le délégué du gouvernement relève ensuite que les statuts du CRP-Santé n'autoriseraient pas l'exercice au sein du CRP-Santé d'activités de pharmacien telles que définies par la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, pour en déduire que les activités exercées par Madame... au sein du CRP-Santé ne pourraient pas être considérées comme des activités de pharmacien au sens de la loi, l'Etat affirmant que la demanderesse n'y aurait poursuivi que « *des activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux qui sont seules habilitées à détenir et à délivrer des médicaments dans le cadre d'un essai clinique* » et plus particulièrement, dans ce cadre, des activités de nature « *rédactionnelle* », l'Etat relevant encore qu'en tout état de cause la présence d'un pharmacien n'aurait pas été légalement requise pour les activités liées aux essais cliniques voire à l'assurance qualité.

Par ailleurs, l'embauche de la demanderesse au sein du CRP-Santé en qualité de ... des essais clinique et assurance qualité, tel qu'indiqué dans son contrat de travail, ainsi que son affiliation auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale en qualité de ..., n'auraient été justifiées que par son titre académique de pharmacien, mais non par les activités qu'elle était appelée à exercer réellement au sein du CRP-Santé.

Quant aux activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux, telles que mentionnées dans la décision confirmative déferée du 19 avril 2011, celles-ci ne sauraient être assimilées à une activité de contrôle des médicaments dans un laboratoire de contrôle des médicaments, qui constituerait bien une activité de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 susmentionnée ; par ailleurs, l'Etat affirme que les médicaments étaient stockés et délivrés dans les pharmacies des hôpitaux et non pas au sein du CRP-Santé.

Enfin, la partie étatique dénie au descriptif de poste versée en cause par la demanderesse toute valeur probante.

Dans le cadre de son mémoire en réplique, la demanderesse précise de prime abord limiter dorénavant son recours aux décisions ministérielles en ce qu'elles ont rejeté sa candidature pour l'octroi de la seule concession de pharmacie de

Elle réitère ensuite son argumentation sur base des énonciations de son contrat de travail, de sa déclaration d'entrée au Centre Commun de la Sécurité Sociale et de son descriptif de poste, notamment, en ce sens que ces documents feraient tous référence à un emploi de pharmacien des essais cliniques et assurance qualité, et en aucun cas à un prétendu poste d'attaché de recherche clinique.

En réplique aux arguments de l'Etat, Madame... maintient que les activités de pharmacien telles qu'énumérées par la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, ne seraient ni interdites ni exclues par les dispositions des statuts du CRP-Santé, mais s'inscriraient au contraire précisément dans l'objet du CRP-Santé, qui consisterait à entreprendre dans le domaine notamment des médicaments, des activités de recherche ainsi que de développement et de transfert technologique visant à promouvoir le progrès scientifique ou l'innovation technologique.

Elle soutient encore que contrairement aux développements de l'Etat, les activités qu'elle aurait exercées lors de son occupation au sein du CRP-Santé, ne se seraient pas limitées à des activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux, mais en d'autres activités, qu'elle énumère, consistant notamment à détenir et à conserver des médicaments utiles pour le chariot d'urgence en vue de pouvoir mener à bien les essais cliniques au sein du Centre d'Investigation et d'Epidémiologie Clinique (CIEC) du CRP-Santé, et à avoir été chargée personnellement de la création d'une pharmacie au sein du CRP-Santé CIEC, conformément au modèle français d'un centre d'investigation clinique, à élaborer, relativement à l'assurance qualité, un manuel « qualité » pour les essais cliniques au sein du CIEC du CRP-Santé, à rédiger une procédure opérationnelle standard harmonisée avec des hôpitaux luxembourgeois relative aux médicaments expérimentaux, et assurer l'implémentation et le suivi de la procédure jusqu'à la création de la pharmacie au sein du CRP-Santé CIEC, à rédiger encore une procédure opérationnelle standard relative au circuit d'un médicament expérimental au sein du CIEC dans le cadre d'un essai clinique, à participer à une étude pilote d'évaluation clinique d'utilisation d'un médicament dans le service de médecine nucléaire et en tant que pharmacien de contact au Luxembourg pour ce projet, à participer à plusieurs études cliniques de l'industrie pharmaceutique en qualité de ..., notamment au niveau du volet concernant le traitement des protocoles, à assurer la formation du personnel du service CIEC quant aux procédures opérationnelles standards pour les médicaments expérimentaux, ainsi que la formation relative à l'assurance qualité des essais cliniques et à effectuer des essais cliniques pour tester des médicaments sur des animaux et/ou des humains et en étudier les effets thérapeutiques ou secondaires, à préparer des documentations à l'intention des autorités de contrôle en vue de la commercialisation d'un produit, à effectuer des expertises et des contrôles sur des produits pharmaceutiques de tous genres, après réception de l'autorisation du ministère de la Santé dans le cadre du dossier de fonctionnement.

Madame... affirme de même, s'appuyant sur une présentation élaborée par la directrice du CIEC, avoir eu à prendre connaissance du protocole et des documents administratifs relatifs à un essai clinique, à vérifier les certificats d'analyses des produits et leur provenance, à réceptionner

et à stocker les traitements auprès des pharmacies hospitalières jusqu'à la création de la pharmacie au sein du CIEC, et à s'assurer du stockage des traitements pendant un essai clinique, à vérifier les études pré-clinique, à vérifier l'étiquetage d'un médicament en phase d'essai clinique, à assurer la dispensation des produits et médicaments auprès des pharmacies hospitalières jusqu'à la création de la pharmacie au sein du CIEC, à s'assurer du retour des unités thérapeutiques utilisées ou non, de leur comptabilité et de leur stockage jusqu'à la fin de l'essai clinique et finalement à détruire les traitements après accord du promoteur, de sorte qu'il serait manifeste que les activités qu'elle avait exercées lors de son occupation au sein du CRP-Santé, ne se seraient pas limitées à des activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux, mais auraient au contraire consisté précisément et bien plus largement en des activités qui seraient à considérer comme des activités de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, la demanderesse renvoyant par ailleurs de surcroît à une attestation testimoniale et à une note adressée par le ministère de la Santé notamment au CRP-Santé dont il ressortirait qu'il y aurait bien eu une détention et une délivrance de médicaments au sein du CRP-Santé, et que l'une des missions lui confiées consistait notamment en la détention et la délivrance de médicaments dans le cadre d'essais cliniques, la demanderesse se prévalant encore de communications internes du CRP-Santé qui étayeraient son rôle de ..., la demanderesse formulant d'ailleurs une offre de preuve y relative.

Elle relève en particulier qu'il y avait au sein du CRP-Santé une détention, une manipulation et une délivrance de médicaments et qu'un pharmacien, en l'occurrence elle-même, y officiait et que l'élaboration par ses soins de la procédure opérationnelle standard susmentionnée, serait à assimiler à une activité consistant dans l'élaboration et la diffusion d'informations et de conseils sur les médicaments, laquelle serait expressément une activité de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée.

L'article 2 du règlement grand-ducal du 27 mai 1997 relatif à l'octroi des concessions de pharmacie, tel que modifié le 11 février 2002, dispose que :

« Le choix du candidat se fera d'après les critères suivants :

- 1) L'ancienneté du diplôme visée à l'article 1^{er} sous 2 [diplôme conférant le grade de pharmacien]. (...)*
- 2) L'occupation pharmaceutique. (...)*
- 3) Les titres scientifiques. (...)*
- 4) En cas d'égalité de points, suite à l'application des critères sous 1 à 3 ci-dessus, le candidat le plus âgé l'emportera.*

Lors de l'appréciation des demandes le ministre de la Santé tient compte outre des pièces versées par les candidats en vertu de l'article 1^{er} des inscriptions les concernant au registre professionnel des pharmaciens.(...) ».

Concernant plus particulièrement le critère de la durée d'occupation pharmaceutique, seul critère litigieux en l'espèce, celle-ci est définie comme étant *« La période pendant laquelle le candidat a exercé à plein temps une occupation pour l'exercice de laquelle le diplôme de pharmacien est exigé par la loi est portée en compte à raison de six points par année entière et d'un demi-point par mois entier. Est considérée comme plein temps pour les pharmaciens salariés une occupation correspondant au maximum de la durée normale de travail*

hebdomadaire prévue par la législation en vigueur en matière de louage de service des employés privés. Dans l'hypothèse d'une occupation inférieure au plein temps tel que défini à l'alinéa qui précède, les points dont question audit alinéa sont réduits proportionnellement ».

Il résulte à cet égard du dossier administratif et des éléments de la cause que Madame... a exercé à temps plein la profession de pharmacien à la pharmacie de ... du 16 avril 2008 au 31 octobre 2008, tandis que suivant contrat de travail à durée indéterminée conclu en date du 9 octobre 2008 avec une prise d'effet au 1^{er} novembre 2008, elle a été engagée à temps plein en qualité de pharmacien des essais cliniques et assurance qualité auprès du Centre de Recherche Public de la Santé, avec une affectation au CRP-Santé (CIEC), et ce jusqu'au 30 novembre 2009, Madame... ayant ensuite, à partir du 1^{er} décembre 2009, exercé la profession de ... au sein de la pharmacie de

Comme relevé ci-dessus, il est constant en cause que la seule question soumise en l'espèce au tribunal consiste à savoir si les activités exercées par Madame... lors de son occupation au sein du CRP-Santé, avec affectation au Centre d'Investigation et d'Epidémiologie Clinique (CIEC), sont à qualifier d'activités de pharmacien au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien, le respect par Madame... des autres conditions exigées d'un candidat n'étant en l'espèce pas litigieux.

La demanderesse se prévaut principalement à l'appui de ses prétentions des énonciations de son contrat de travail, de sa déclaration d'entrée au Centre Commun de la Sécurité Sociale et du descriptif du poste lui confié au sein du CRP-Santé, en ce sens que ces documents feraient tous référence à un emploi de pharmacien des essais cliniques et assurance qualité.

A cet égard, il résulte certes du contrat de travail conclu avec le CRP-Santé que Madame... a été engagée en qualité de « ... *des essais cliniques et assurances qualité* », affectée au CRP-Santé « Centre d'Investigation et d'Epidémiologie Clinique (CIEC) ».

Toutefois, la seule indication dans le contrat de travail n'établit pas, à elle seule, que Madame... ait effectivement « *exercé une occupation pour l'exercice de laquelle le diplôme de pharmacien est exigé* », le règlement grand-ducal modifié du 27 mai 1997, en exigeant expressément l'« *exercice* » d'une telle occupation, requérant en effet la vérification dans le chef du candidat d'une réalité matérielle effective, et ce au-delà de tout titre ou de toute dénomination de la fonction occupée, alors que l'existence et le contenu d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont données à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur⁴, de sorte qu'il appartient au tribunal de vérifier si concrètement Madame... a réellement exercé des activités s'inscrivant dans l'activité de pharmacien telle que définie par la loi, à savoir par l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien :

- « - *la mise au point de la forme pharmaceutique des médicaments,*
- *la fabrication et le contrôle des médicaments,*
- *le contrôle des médicaments dans un laboratoire de contrôle des médicaments,*

⁴ Cour d'Appel, 14 juillet 2011, n° 36396 du rôle.

- *le stockage, la conservation et la distribution des médicaments au stade du commerce en gros,*
- *la préparation, le contrôle, le stockage et la distribution des médicaments dans les pharmacies ouvertes au public,*
- *la préparation, le contrôle, le stockage et la dispensation des médicaments dans les hôpitaux, l'élaboration et la diffusion d'informations et de conseils sur les médicaments.*

Il en est de même pour les activités réservées au pharmacien par les lois et les règlements ».

Si la demanderesse entend encore se prévaloir de son affiliation à la sécurité sociale, sa déclaration d'entrée auprès du Centre de la Sécurité Sociale indiquant en effet qu'elle aurait été employée par le CRP-Santé en tant que « ... », la même conclusion que celle retenue ci-avant s'impose toutefois également à l'égard de ce second élément, alors que si l'affiliation à la Sécurité Sociale, au même titre que la qualification donnée par les parties à leur convention, peut certes constituer une présomption en faveur de la thèse de la demanderesse, elle doit cependant encore être corroborée par d'autres éléments, alors qu'en l'absence de tout autre indice permettant d'étayer l'argumentation de Madame..., les prédits éléments ne sauraient lier le juge dans sa recherche du véritable contenu du contrat⁵.

La demanderesse enfin s'empare d'un descriptif de poste, référencé « *NB/Pharm.Rech/CIEC* », relatif au poste de « *pharmacien(ne) d'essais cliniques et responsable assurance qualité* », pour soutenir qu'il s'agirait du descriptif des tâches lui confiées tel qu'élaboré par le CRP-Santé et qu'il en résulterait que son rôle consistait notamment en la « *détention et la conservation des médicaments, la préparation des médicaments stériles ou cytostatiques et la dispensation des médicaments* », la demanderesse mettant encore en exergue le fait que le descriptif de ce poste exigerait en tant que formation un « *Diplôme d'Etat de docteur en pharmacie autorisé(e) à exercer la profession au Luxembourg* ».

Le tribunal constate toutefois que la partie étatique a écarté tant au niveau pré-contentieux qu'au niveau contentieux ce descriptif de poste en tant qu'élément établissant la pratique d'une activité de ... dans le chef de la demanderesse au motif que ce descriptif de poste ne serait pas un document officiel et validé par le CRP-Santé, de sorte que les tâches y décrites ne correspondraient pas aux activités effectivement exercées par la demanderesse.

Il résulte à cet égard effectivement d'un courrier adressé le 18 avril 2011 par le directeur du CRP-Santé au ministre que « *le document avec la référence NB/Pharm.Rech/CIEC (descriptif de poste) est un document qui n'est pas connu par le service des ressources humaines du CRP-Santé et le document ne fait pas partie du dossier administratif de Mme... chez nous. Il pourrait éventuellement s'agir d'un brouillon de travail en voie de discussion entre Mme... et son ancienne supérieure hiérarchique ..., qui ne travaille plus au CRP-Santé. En tout cas, le document n'a jamais été validé par la direction du CRP-Santé et n'est donc pas à considérer comme un document officiel de notre institution* », ledit directeur ayant d'ailleurs par courrier adressé le 8 avril 2011 au litismandataire de Madame... précisé que « *Je viens de vérifier avec*

⁵ En ce sens Cour d'Appel, 14 juillet 2011, n° 36396 du rôle ainsi que tribunal du travail de Luxembourg, 16 janvier 2012, Rép. n° 205/2012.

notre service des ressources humaines qui me confirme que le dossier administratif de Mme... ne comporte pas de profil de poste autre que le profil de poste de recrutement d'attaché de recherche clinique ».

Par ailleurs, le tribunal constate que le contrat de travail de Madame... ne comporte aucune référence à ce descriptif de poste, lequel, de son côté, ne comporte ni date, ni signature, de sorte qu'il ne saurait être considéré comme participant contractuellement à la définition des relations de travail ayant existé entre le CRP-Santé et la demanderesse, respectivement comme ayant été établi afin de décrire spécifiquement le poste de la demanderesse au sein du CRP-Santé. Le tribunal constate par ailleurs que ledit descriptif prévoit une autre date d'entrée en fonctions (1/10/2008) que celle de la demanderesse, à savoir le 1^{er} novembre 2008, et que ledit descriptif de poste était manifestement destiné à être publié à l'appui d'une offre d'emploi, étant donné qu'il comporte *in fine* la mention « *les demandes avec lettre de motivation, curriculum vitae et copie du diplôme, sont à adresser avec la référence avant le ?????? à l'adresse suivante* », le tribunal relevant à cet égard en particulier qu'aucune date ne figure dans cette mention, ce qui confirme les explications de l'employeur de Madame... que ledit descriptif ne constituait vraisemblablement qu'un projet ou une ébauche qui n'aurait cependant jamais été utilisé, étant par ailleurs constant en cause que la seule offre d'emploi publiée par le CRP-Santé était celle d'attaché de recherche clinique.

Compte tenu de ces éléments concluants, le tribunal ne saurait attacher une quelconque valeur probante audit descriptif, en ce sens qu'il ne saurait être retenu comme élément de nature à prouver les tâches dévolues à la demanderesse au sein du CRP-Santé. Il convient d'ailleurs de relever qu'en dépit de la demande expresse du tribunal, Madame... n'a pas versé sa lettre de postulation telle qu'adressée au CRP-Santé, ni sa lettre de démission, éventuellement motivée, alors que ces documents auraient été susceptibles d'éclairer le tribunal sur le poste effectivement occupé par la demanderesse au sein du CRP-Santé ; aussi, ce refus manifeste de collaboration doit être considéré comme étayant les explications de l'Etat comme quoi Madame..., nonobstant ses affirmations en sens contraire, n'a pas exercé au sein du CRP-Santé des activités s'inscrivant dans l'activité légale de pharmacien.

Il s'ensuit qu'il ne résulte pas de ces trois éléments que Madame... ait effectivement exercé au sein du CRP-Santé des activités s'inscrivant dans l'activité de pharmacien telle que définie par l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991.

Le tribunal constate d'ailleurs à ce sujet que l'Etat, rejoint en cette argumentation par Madame..., soulève que le CRP-Santé ne procéderait pas à des activités de pharmacien au sens de la loi modifiée du 31 juillet 1991, alors que selon ses statuts, ses missions relèveraient du domaine de la recherche et du transfert technologique visant à promouvoir le progrès scientifique, affirmation qui est corroborée par la prédite lettre adressée 18 avril 2011 par le directeur du CRP-Santé au ministre, aux termes de laquelle « *le CRP-Santé n'a pas d'autorisations à procéder à des activités de pharmacie. Le rôle d'un pharmacien des essais cliniques au CRP-Santé ne peut donc que se limiter à des activités de contrôle de qualité et de coordination avec les pharmacies des hôpitaux, qui eux peuvent détenir et délivrer des médicaments dans le cadre d'un essai clinique. Ceci est d'ailleurs le mode de travail habituel du CIEC: toutes les études avec administration de médicaments sont faites en collaboration avec des pharmacies des hôpitaux qui gèrent les aspects de pharmacie. Le CIEC n'a qu'un rôle de coordinateur* », le directeur du

CRP-Santé ayant de surcroît indiqué au litismandataire de la demanderesse, dans son courrier précité du 8 avril 2011 que « j'ai parlé avec l'actuel médecin responsable du centre d'investigations cliniques et épidémiologique qui me confirme qu'aucune activité de pharmacie n'a jamais été réalisée dans le centre - qui n'en a d'ailleurs pas le droit ».

Si les statuts du CRP-Santé, tels que publiés en annexe du règlement grand-ducal du 18 avril 1988 portant création d'un centre de recherche public auprès du Laboratoire national de santé ne comportent certes aucune disposition prohibant explicitement les activités de pharmacien telles qu'énumérées à l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, les activités de recherche du CRP-Santé excluent toutefois *de facto* les principales activités de pharmacien, à savoir la fabrication et le contrôle des médicaments, le contrôle des médicaments dans un laboratoire de contrôle des médicaments, le stockage, la conservation et la distribution des médicaments au stade du commerce en gros, la préparation, le contrôle, le stockage et la distribution des médicaments dans les pharmacies ouvertes au public, la préparation, le contrôle, le stockage et la dispensation des médicaments dans les hôpitaux, l'élaboration et la diffusion d'informations et de conseils sur les médicaments, le CRP-Santé n'étant ni un laboratoire de contrôle des médicaments - le fait qu'il ait été rattaché administrativement au Laboratoire national de santé n'étant à cet égard pas pertinent, le CRP-Santé étant aux termes de l'article 10 du règlement grand-ducal du 18 avril 1988 précité un établissement public, jouissant de la personnalité juridique, distinct du Laboratoire national de santé, et disposant d'une autonomie scientifique et financière - ni un hôpital, ni une pharmacie ouverte au public, ni n'intervenant enfin au stade du commerce de gros des médicaments.

Si la demanderesse entend certes se prévaloir du fait qu'elle aurait exercé au sein du CRP-Santé une activité de pharmacien ayant consisté, d'une part, à détenir et à conserver des médicaments en plus des médicaments expérimentaux destinés aux essais cliniques, utiles pour le chariot d'urgence en vue de pouvoir mener à bien les essais cliniques au sein du CIEC du CRP-Santé, et d'autre part, de s'être occupée de la création d'une pharmacie, le tribunal constate, d'une part, que cette affirmation est d'ores et déjà énervée par les deux courriers précités du directeur du CRP-Santé, ainsi que par une attestation testimoniale versée en cause par l'avocat de Madame..., établie par le pharmacien de l'Hôpital du Kirchberg, dont il résulte que Madame... ne poursuivait au sein du CRP-Santé qu'une tâche purement administrative.

D'autre part, le tribunal constate que les médicaments dont la détention et la conservation ainsi mis en avant par la demanderesse représentent en majorité des produits et outils non médicamenteux tels que des coiffes, des gants, des cathèdres, des seringues et autres ustensiles (Voir liste « *Catalogue tiroir CRP* » - « *tiroir placard* » et « *tiroir 2* »). Or, l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée vise exclusivement des actes en relation avec des médicaments à administrer aux personnes et non pas avec d'autres équipements médicaux : les matériels référencés dans les listes citées ci-dessus ne sachant être qualifiés de médicaments, toute activité y relative a trait à des dispositifs médicaux et non pas à des médicaments, de sorte qu'elle ne rentre en tout état de cause pas dans le champ d'application de l'article 3 de la loi du 31 juillet 1991⁶. Quant au contenu du « *chariot d'urgence* » ainsi que de l'armoire médicaments, il s'agit de médicaments tantôt destinés à être dispensés en cas d'urgence, tantôt de médicaments d'usage courant, détenus en petites quantités, et dont la gestion ne réclame pas nécessairement la

⁶ Trib. adm. 20 décembre 2007, n° 22279 et 22702, confirmé par arrêt du 10 juin 2008, n° 23995C.

détention d'un diplôme de pharmacien, et ce d'autant plus qu'il résulte des explications non énervées de la partie étatique que les médicaments de la trousse d'urgence étaient administrés sous la responsabilité du médecin du CIEC. Ce constat est d'ailleurs corroboré par la note officielle émanant du ministère de la Santé et datée du 24 octobre 2008 dont il résulte que le CRP-Santé n'est pas autorisé à s'approvisionner en médicaments, mais que le ministère « tolère » le fait que le CRP-Santé s'approvisionne en médicaments « *dont il a très accessoirement besoin* » auprès de la pharmacie du Centre Hospitalier, au vu du caractère « *tout à fait marginal* » de cette pratique. Quant à la participation alléguée de la demanderesse à la création d'une pharmacie au sein du CRP-Santé, celle-ci a porté essentiellement sur des questions d'ordre matériel liées aux infrastructures et meubles (émission des demandes pour l'obtention des devis relatifs aux armoires, aux frigos, au matériel informatique, au matériel nécessaire au contrôle de la température dans le local de pharmacie, ustensiles de bureau etc).

Le tribunal tient par ailleurs à souligner qu'il ne suffit pas, en tout état de cause, que la demanderesse ait exercé, de près ou de loin, une quelconque activité en relation avec une pharmacie ou avec des médicaments, alors que pour être prise en compte, il faut qu'il s'agisse d'activités relevant du domaine d'activités légal du pharmacien, à savoir d'activités au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée et nécessitant obligatoirement l'intervention d'un pharmacien. Or, l'aménagement matériel d'un local de pharmacie et la gestion de quelques médicaments détenus dans une institution donnée au titre de trousse de secours ne relève pas d'activités au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée et nécessitant obligatoirement l'intervention d'un pharmacien.

Si la demanderesse s'empare également d'une présentation élaborée par le ... en sa qualité de directrice du CIEC, dont il résulterait que les assistants/attachés de recherche clinique et les pharmaciens seraient des intervenants parfaitement distincts d'un essai clinique, pour en conclure, outre qu'il ne saurait être valablement considéré qu'elle-même, bien qu'embauchée en qualité de ... des essais cliniques et assurance qualité, n'ait en fait exercé que les activités d'un attaché de recherche clinique, que cette présentation décrirait les activités concrètes d'un pharmacien des essais cliniques et assurance qualité au sein du CRP-Santé, partant les activités qu'elle aurait elle-même poursuivies, le tribunal ne distingue toutefois pas, dans cette présentation, un quelconque élément permettant de conclure qu'il s'agirait là, en ce qui concerne le poste de « *pharmacien des essais cliniques et assurance qualité* », d'une description spécifique de l'activité effectivement poursuivie par la demanderesse - contrairement aux affirmations de son employeur -, et non d'une étude théorique et abstraite portant sur la recherche clinique.

Quant à la rédaction d'une procédure opérationnelle standard référencée CIEC/WF01-00/03-02-0916, approuvée par le ..., responsable du CIEC, relative au circuit d'un médicament expérimental au sein du CIEC dans le cadre d'un essai clinique, le tribunal ne saurait suivre l'affirmation de la demanderesse selon laquelle il s'agirait là d'un acte relevant de « *l'élaboration et la diffusion d'informations et de conseils sur les médicaments* » telles que prévues par la loi ; en effet, il résulte de l'étude de cette procédure opérationnelle standard que celle-ci n'a pas trait spécifiquement à un médicament, en ce sens qu'elle contiendrait des informations ou conseils relatifs à la posologie, aux indications ou contre-indications ou encore aux effets d'un médicament, mais qu'elle porte sur le suivi administratif d'un médicament expérimental au sein du CRP-Santé, de son envoi et sa réception, en passant par son enregistrement administratif, par l'exigence d'une ordonnance d'un médecin, jusqu'à l'enregistrement de sa sortie, le sort des

conditionnements vides et le renvoi des médicaments non utilisés : il s'agit dès lors non pas d'une activité nécessitant l'intervention d'un pharmacien, mais effectivement, comme soutenu par la partie étatique et confirmé par le directeur du CRP-Santé, d'une tâche essentiellement administrative et rédactionnelle.

Enfin, en ce qui concerne la participation de la demanderesse à une étude pilote monocentrique d'évaluation clinique d'utilisation du 18FNa en 2ème intention diagnostique, des pathologies orthopédiques, dans le service de médecine nucléaire - outre que cette seule invocation, à défaut de quelconques explications, d'une part, quant à la portée de la participation de la demanderesse, et d'autre part, à l'objet de cette étude par rapport aux activités de pharmacien telles que décrites par la loi, ne saurait établir que la demanderesse ait effectivement eu une activité de pharmacien au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée - , il résulte du courrier du directeur du CRP-Santé tel qu'adressé au ministre que la participation de Madame... s'est limitée en collaboration avec un médecin du Centre Hospitalier de Luxembourg à « *la rédaction de demande de pré-avis auprès de la division de la Pharmacie et à la préparation du dossier de demande d'autorisation de l'essai clinique auprès du Ministère de la Santé* », activités rédactionnelles sinon administratives qui ne relèvent pas *a priori* d'actes de pharmacie au sens de la loi.

La même conclusion s'impose d'ailleurs au sujet des autres activités effectivement poursuivies par la demanderesse au sein du CRP-Santé, puisqu'il résulte du courrier cité ci-dessus, adressé par le directeur du CRP-Santé au ministre, que Madame... - à l'exclusion de toute activité de pharmacien - a contribué à la mise au point des procédures de qualité ensemble avec le ..., participé à la rédaction de la brochure d'investigateur de l'étude « 18Fna » et participé à la mise au point avec des pharmaciens des hôpitaux d'un recueil reprenant les procédures de réception et de délivrance des médicaments dans les pharmacies d'hôpital.

Ce constat n'est en l'espèce pas éterné par l'attestation testimoniale versée en cause par la demanderesse, émanant de l'ancienne secrétaire du ..., qui affirme que Madame... aurait été « *engagée dans le but de gérer (détention et délivrance) les médicaments des essais cliniques entre autre avec l'industrie pharmaceutique* » et que « *on devait mettre en place des boxes pour la prise en charge des patients* » auxquels Madame... « *devait (...) délivrer les médicaments en expérimentation* », que la demanderesse aurait été « *en contact pour la commande des médicaments avec la ... du CHL* » et qu'elle se serait occupée du projet d'un local de pharmacie et des procédures y relatives, ces affirmations, outre de ne pas être concluantes, en ce qu'elles n'établissent pas dans le chef de Madame... des activités au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée nécessitant obligatoirement l'intervention d'un pharmacien - le tribunal ayant d'ailleurs écarté toute pertinence aux faits attestés en ce sens qu'ils relèvent de prestations ne nécessitant pas l'intervention d'un pharmacien, telles que la dispense de médicaments à un patient effectuée sur instruction d'un médecin, qui aurait pu être effectuée par une infirmière, voire même étrangères à une quelconque activité pharmaceutique, telle que l'installation matérielle de box de patients ou d'un local d pharmacie ou la rédaction de procédures administratives.

De même, la mise en exergue par la demanderesse des éléments invoqués par le ministre dans sa décision confirmative du 19 avril 2011 ne saurait éterné le constat du tribunal selon lequel Madame... n'a pas exercé au sein du CRP-Santé d'activités de pharmacien au sens de

l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, la mention par le ministre d'activités de contrôle de qualité et de coordination exercées par Madame... au sein du CRP-Santé ne permettant pas de déduire que la demanderesse ait effectué des prestations de « *contrôle de médicaments* » au sens de la loi, l'activité poursuivie par Madame... n'ayant en effet pas eu trait, tel que cela ressort des explications du directeur du CRP-Santé, au contrôle des médicaments, mais au contrôle de qualité et de coordination des procédures entourant les essais cliniques, en participant notamment à la mise au point avec des pharmaciens des hôpitaux d'un recueil reprenant les procédures de réception et de délivrance des médicaments dans les pharmacies d'hôpital, conformément à sa fonction de responsable « *des essais cliniques et assurance qualité* ».

Il résulte dès lors de l'ensemble des développements qui précèdent que non seulement il ne résulte pas des éléments en possession du tribunal que Madame... ait réellement exercé des activités s'inscrivant dans l'activité de pharmacien telle que définie par la loi, à savoir par l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, mais encore que ses affirmations afférentes sont d'ores et déjà contredites par les éléments matériels du dossier, et en particulier par les déclarations écrites du directeur du CRP-Santé.

Si la partie demanderesse offre certes de rapporter la preuve de ses allégations par l'audition de divers témoins - dont le directeur du CRP-Santé qui a d'ores et déjà pris position dans un sens diamétralement opposé aux affirmations de Madame... - le tribunal relève toutefois que les faits tels qu'offerts en preuve soit sont d'ores et déjà éternés par les éléments en cause, soit portent sur des faits non pertinents, en ce sens qu'il s'agit de faits en relation certes de manière directe ou indirecte avec des médicaments, mais qui ne relèvent pas d'activités au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, nécessitant obligatoirement l'intervention d'un pharmacien, la demanderesse n'établissant en effet pas, à l'appui de son offre de preuve, que les faits y énumérés relèveraient de ces activités légales du pharmacien. Il convient par ailleurs de rappeler qu'aux termes de l'article 351 du Nouveau code de procédure civile, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver, une mesure d'instruction ne pouvant en aucun cas être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Au vu des considérations qui précèdent, il y a partant lieu de rejeter l'offre de preuve telle formulée par la demanderesse.

Il se dégage dès lors de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'en l'état actuel du dossier et compte tenu des moyens figurant dans la requête introductive d'instance, le tribunal ne saurait utilement mettre en cause ni la légalité ni le bien-fondé des décisions déferées, de sorte que c'est à bon droit que le ministre a écarté notamment la candidature de Madame... pour la concession de ... pour être irrecevable à défaut pour cette dernière d'avoir exercé au sein du CRP-Santé des activités de pharmacien au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée.

Madame... a encore sollicité le bénéfice de l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel en application de l'article 35 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Il résulte toutefois d'une lecture combinée des articles 35 et 45 de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée qu'une telle demande n'étant susceptible d'être prise en compte par le tribunal que si le recours au fond a été accueilli et que le tribunal a pris un jugement ayant annulé ou réformé des décisions attaquées, l'article 35 instituant en effet une exception au principe inscrit à l'article 45 de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée selon lequel il est sursis à l'exécution des jugements ayant annulé ou réformé une décision.

Aussi, la demande en effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel est à rejeter au vu de l'issue du litige.

La même conclusion s'impose en ce qui concerne la demande de Madame... tendant à l'obtention d'une indemnité de 5.000 euros à charge de l'Etat sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ladite demande étant à rejeter au vu de l'issue du litige.

2. Quant au rôle n° 30477

Comme indiqué ci-dessus, Madame... a introduit le 27 avril 2012 un recours en réformation, sinon en annulation à l'encontre de l'arrêté ministériel du 27 janvier 2012 autorisant Madame ... à exploiter la concession de pharmacie nouvellement créée dans la localité de ..., ainsi que « *pour autant que de besoin* » de l'acte de concession rédigé le 27 janvier 2012.

Quant à la recevabilité

Comme retenu ci-avant dans le cadre du rôle n° 28551, le législateur n'a ouvert de recours en réformation qu'à l'encontre des décisions d'octroi, de refus, de suspension ou de retrait d'une autorisation pour l'exercice de la profession de pharmacien, mais non à l'encontre de décisions prises en matière d'octroi ou de refus de concessions de pharmacie.

Le tribunal n'est dès lors pas compétent pour connaître du recours principal en réformation, de sorte que seul un recours en annulation, recours de droit commun, est *a priori* ouvert à l'encontre des actes déférés dans la mesure où il s'agit d'actes à caractère décisionnel, caractère que l'Etat et Madame... dénie toutefois à l'acte de concession rédigé le 27 janvier 2012.

A côté de cette question, Madame... conclut à l'irrecevabilité du recours pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de Madame..., en relevant que comme les candidatures de Madame... ont été écartées parce qu'elle ne remplissait pas les conditions de stage pour ne pas avoir exercé une fonction de pharmacien au sens de la loi pendant les deux ans précédant sa candidature, la candidature de Madame... aurait été juridiquement inexistante au moment de l'octroi de la concession de ... en janvier 2012, et n'aurait à ce titre pas été prise en compte dans le classement qui aurait donné lieu in fine à l'octroi de la concession de la pharmacie de A titre subsidiaire, elle fait encore plaider que même à supposer que Madame... obtienne gain de cause dans l'affaire inscrite sous le numéro 28.551 et obtienne gain de cause dans le cadre du présent recours, cela n'aura pas comme conséquence qu'elle se verrait attribuer la concession de ..., alors qu'un contrat de nature civile aurait été conclu avec elle-même, contrat qui échapperait à la compétence du tribunal administratif.

Madame..., de son côté, entend résister à ce moyen d'irrecevabilité en rappelant que le recours inscrit sous le numéro de rôle 28551 vise précisément à voir constater l'illégalité de la décision ministérielle ayant déclaré sa candidature irrecevable et partant à voir réformer sinon annuler ladite décision. Aussi, en cas d'accueil de sa demande faisant l'objet du recours inscrit sous le numéro de rôle 28551, sa candidature devrait être prise en compte dans le cadre de l'octroi de la concession de pharmacie de La demanderesse souligne par ailleurs qu'avant la modification par le ministre du classement des candidatures pour la concession de pharmacie de ..., elle aurait été classée en troisième position en considérant sa candidature recevable et que les candidats classés respectivement en première et deuxième position du prédit classement auraient refusé la concession de ..., tandis que selon le premier classement relatif à la concession de ..., Madame... aurait été classée en cinquième position en considérant comme recevable sa propre candidature.

En d'autres termes, Madame... considère qu'à défaut de modification du classement relatif à la concession de ... et en admettant que sa candidature soit reconnue comme recevable, elle aurait dû se voir octroyer la concession de

Comme le présent recours viserait à voir réformer sinon annuler les décisions ministérielles ayant octroyé la concession de pharmacie de ... à Madame..., au motif que ces décisions d'octroi seraient intervenues sur la base d'une modification du classement des candidatures pour cette concession et que cette modification a procédé notamment d'une mauvaise application des dispositions réglementaires applicables en la matière, son intérêt à agir serait incontestablement donné en l'espèce puisque les décisions déferées, en ce qu'elles accordent une concession de pharmacie à une personne autre qu'elle-même, qui pourtant remplissait toutes les conditions pour se la voir octroyer, affecteraient négativement en fait et en droit sa situation personnelle.

Enfin, elle soutient que le fait allégué par Madame... selon lequel un accueil de ses recours n'aurait aucune incidence sur son exploitation de la concession de ... resterait en tout état de cause sans incidence sur l'appréciation de son intérêt à agir.

Il est constant en cause que le recours sous analyse est dirigé contre les deux décisions du 27 janvier 2012 portant octroi de la concession de pharmacie de ... à Madame... et l'acte de concession, Madame... faisant état à ce sujet de ce que le classement rectifié annexé à un courrier du ministre du 20 octobre 2011 et sur base duquel ce dernier a décidé d'octroyer la concession de pharmacie de ... à Madame... procéderait d'une mauvaise application notamment de l'article 2 du règlement grand-ducal précité du 27 mai 1997, au motif que cette disposition ne trouverait pas à s'appliquer dans le contexte de l'octroi d'une concession de pharmacie nouvellement créée et que de plus, ses conditions d'application ne seraient pas vérifiées dans le chef de Madame....

S'il est vrai qu'un recours contentieux est ouvert à un demandeur qui a un intérêt quelconque, dès que cet intérêt implique un lien personnel avec l'acte attaqué et une lésion individuelle par le fait de l'acte, tel n'est pas le cas d'un demandeur agissant contre une décision portant octroi d'une concession de pharmacie qui lui-même ne s'est pas qualifié pour participer au concours en vue de l'octroi de la concession litigieuse : en d'autres termes, comme le tribunal a retenu ci-dessus, dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro 28551, que le ministre a

valablement pu écarter les candidatures de Madame...- dont notamment celle pour la concession de ... - pour être irrecevables à défaut pour cette dernière d'avoir exercé au sein du CRP-Santé des activités de pharmacien au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 31 juillet 1991 précitée, celle-ci n'a pas intérêt à attaquer la décision portant octroi de la concession à un tiers, en l'espèce Madame..., n' l'acte de concession, à supposer pour les besoins de la discussion que celui-ci puisse être considéré comme décision déférable aux juridictions administratives.

Le tribunal relève d'ailleurs que ce défaut d'intérêt n'a pas échappé à Madame..., alors qu'elle rend elle-même son intérêt à agir dans le rôle n° 30477 tributaire de l'issue réservée par le tribunal au rôle n° 28551, en ce sens qu'elle estime qu'elle aurait dû se voir octroyer la concession de ... « *en admettant que sa candidature soit reconnue comme recevable* ».

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

joint les recours introduits sous les numéros 28551 et 30477 du rôle ;

quant au rôle n° 28551 :

se déclare incompétent pour connaître du recours principal en réformation ;

se déclare compétent pour connaître du recours subsidiaire en annulation ;

le déclare cependant non fondé et en déboute la demanderesse ;

quant au rôle n° 30477 :

se déclare incompétent pour connaître du recours principal en réformation ;

déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse ;

en ce qui concerne les deux rôles :

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'effet suspensif des recours pendant le délai et l'instance d'appel ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse aux frais des deux rôles.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 11 mars 2013 par :

Marc Sünnen, vice-président,
Thessy Kuborn, premier juge,

Alexandra Castegnaro, juge,
en présence du greffier en chef Arny Schmit.

s. Schmit

s. Sünnen

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 11/3/2013
Le Greffier du Tribunal administratif