

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 127.040 du 13 janvier 2004

A.142.372/VI-16.574

En cause : **SERVAIS** Emmanuelle,
ayant élu domicile chez
Me Evelyne DEMARTIN, avocat,
place Van Meenen, 14,
1060 Bruxelles,

contre :

L'ETAT BELGE, représenté par le
Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,

ayant élu domicile chez
Mes Pierre LEGROS et Jérôme SOHIER, avocats,
avenue Emile De Mot, 19,
1000 Bruxelles.

**LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 6 octobre 2003 par Emmanuelle SERVAIS qui tend à la suspension de l'exécution de "la décision implicite refusant l'autorisation de transfert de l'officine sise rue Théodore Verhaegen, 219 à Bruxelles vers le numéro 14 Grand Route à Corbais, résultant de l'absence de réponse à la mise en demeure adressée le 9 avril 2003";

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante, qui demande l'annulation de la même décision;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu le rapport de M^{me} CARLIER, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'article 90, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Vu l'ordonnance du 2 décembre 2003 fixant l'affaire à l'audience du 17 décembre 2003 à 9.30 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Evelyne DEMARTIN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Geneviève DRUEZ, loco Mes Pierre LEGROS et Jérôme SOHIER, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M^{me} CARLIER, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. Le 19 novembre 1996, Emmanuelle SERVAIS a introduit une demande d'autorisation de transfert d'une officine sise rue Théodore Verhaegen, 219 à 1060 Bruxelles vers le terrain cadastré 2^{ème} division, Section A, n° 287 Kz et 287 Lz au carrefour de la Grand Route et de la rue de Corbais à 1435 Corbais.

2. Le 16 janvier 1998, l'Association pharmaceutique belge a émis un avis négatif sur le transfert projeté, fondé sur le fait que, d'une part, sur le plan démographique, l'implantation d'une nouvelle officine n'était pas possible et que, d'autre part, celle-ci se situerait à 1,7 km et non à 2,5 km de l'officine la plus proche, en dehors du noyau d'habitations de la population de Corbais et ne couvrirait pas les besoins de 2500 habitants. Par ailleurs, la N4 constituait une véritable barrière entre l'officine projetée et la population qu'elle envisageait de desservir.

3. Le 22 janvier 1998, le Collège des bourgmestre et échevins de la Commune de Mont-Saint-Guibert a émis également un avis défavorable sur la demande de transfert de l'officine dans sa commune.

4. Le 30 juillet 1998, la requérante s'est adressée à la partie adverse pour modifier l'adresse de sa demande de transfert d'officine, la nouvelle adresse étant désormais : Grand Route, n° 51 (bâtiment prochainement construit) à 1435 Corbais.

5. Le 5 novembre 1998, l'Inspection générale de la pharmacie a considéré dans son rapport que l'implantation de l'officine à cette nouvelle adresse n'était pas possible et a, en conséquence, émis un avis défavorable.

6. Le 9 novembre 1998, la partie requérante a, à nouveau, modifié l'adresse de la demande de transfert en raison de l'impossibilité de conclure avec le propriétaire du bâtiment une promesse de bail commercial écrit. La nouvelle adresse était : Grand Route, n° 14 à 1435 Corbais.

7. La Commission d'implantation, réunie en sa séance du 23 novembre 1998, a entendu la requérante et a décidé que, compte tenu du fait que la seconde modification de la demande de transfert n'était parvenue à l'Inspecteur de la pharmacie de la région que le 9 novembre 1998, celui-ci n'avait pas eu l'occasion de rédiger son rapport pour la séance du 23 novembre. L'affaire a été remise sine die.

8. Le 15 janvier 1999, l'Inspecteur de la pharmacie a émis un avis défavorable au transfert sollicité. Il a estimé que la nouvelle adresse située au n° 14 de la Grand Route n'apportait aucun élément nouveau par rapport à la précédente adresse située au n° 51 de la Grand Route : l'adresse projetée était distante d'environ 10 mètres par rapport à celle proposée précédemment; le chiffre de la population de Corbais recensée au 15 décembre 1998 était de 1120 habitants au lieu de 1250 requis par la réglementation. Cet avis défavorable a été confirmé par le Directorate des Inspections des officines.

9. Le 8 février 1999, la Commission d'implantation a émis un avis favorable au transfert sollicité motivé ainsi qu'il suit :

" Attendu que suivant l'article 1, § 2, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, l'implantation d'une nouvelle officine n'est pas possible (critère direct).

Attendu que la pharmacie la plus proche du lieu de l'implantation projetée se situe à Nil-Saint-Vincent soit à 2, 100 km.

Attendu qu'en application de l'article 1, § 5, de l'arrêté royal du 25/09/74, l'officine projetée doit desservir une population de 1000 habitants.

Attendu qu'en l'espèce elle pourrait desservir la population de Corbais, soit 1120 habitants".

10. Le 25 mai 1999, la requérante a été informée par l'Inspection générale de la pharmacie de ce qu'un appel avait été interjeté par l'Inspecteur régional de la pharmacie ainsi que par la Commission médicale provinciale du Brabant, contre l'avis émis le 8 février 1999 par la Commission d'implantation.

11. Le 3 octobre 2001, le conseil de la requérante a interrogé l'Inspection générale de la pharmacie sur la date à laquelle l'affaire serait examinée par la Commission d'appel. L'Inspection générale a répondu, le 8 octobre 2001, que le dossier devrait être examiné par la Commission d'appel à la fin du mois de novembre.

12. Le 30 octobre 2001, la Commission d'appel a informé la requérante qu'elle avait l'intention d'examiner son dossier lors de la séance du 21 novembre 2001.

13. Le 13 novembre 2001, le Pharmacien-inspecteur a informé la Commission d'appel que la Commune de Corbais comptait 1124 habitants.

14. La Commission d'appel a signalé à la requérante, en date du 23 novembre 2001, que le dossier serait examiné le 13 décembre 2001.

15. Le 6 juin 2002, le conseil de la requérante a interrogé l'Inspection générale de la pharmacie sur la date à laquelle la décision de la Commission d'appel serait rendue, l'affaire ayant été plaidée six mois auparavant.

16. Le 7 avril 2003, le conseil de la requérante a interpellé de nouveau la partie adverse afin de savoir si la Commission d'appel s'était finalement prononcée et, en application de l'article 14, alinéa 2 (lire 14, § 3), des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, a mis la partie adverse en demeure de statuer sur ce dossier.

17. Le 1^{er} juillet 2003, la partie adverse a répondu que malgré l'insistance et les nombreux rappels adressés à la Commission d'appel, celle-ci n'avait toujours pas remis son avis sur ce dossier.

Considérant, d'office, quant à l'objet de la demande, que la requérante poursuit formellement la suspension de l'exécution de la décision implicite de rejet

opposée par la partie adverse à la demande qu'elle a introduite aux fins d'être autorisée à transférer une officine pharmaceutique au n° 14, Grand Route, à Corbais; que, se fondant sur l'article 14, § 3, des lois sur le Conseil d'Etat, précitée, la requérante infère la prise de cette décision de rejet du silence gardé sur sa demande par la partie adverse, tenue de statuer, pendant quatre mois à dater de la mise en demeure qu'elle lui a adressée le 7 avril 2003; qu'il s'impose de vérifier, à titre préliminaire, si les conditions d'application de cette disposition législative étaient réunies en l'espèce;

Considérant que, quoique le ministre ne fût tenu, en principe, de décider que sur avis de la Commission d'appel, en application de l'article 4, § 3, 2°, de l'arrêté royal n°78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales, il paraît établi qu'il était, le 7 avril 2003, date de la mise en demeure, "obligé de statuer", faute pour la Commission d'appel, qui s'était pourtant réunie le 13 décembre 2001 aux fins d'examiner le dossier de la requérante, d'avoir formulé un avis à la date de la mise en demeure, dépassant ainsi tout délai raisonnable; que la partie adverse, loin de contester qu'elle fût tenue de statuer sur la demande, et qu'elle eût pris une décision implicite de rejet, s'efforce d'en établir la régularité, en réponse aux moyens soulevés par la requérante; qu'il apparaît, *prima facie*, et sous réserve de l'examen des exceptions soulevées par la partie adverse, que la requête est recevable quant à son objet;

Considérant que ceci étant, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité en ce que la demande de suspension d'une décision implicite de rejet accomplie dans les conditions prévues à l'article 14, § 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 n'est pas recevable, puisque l'article 17, §1^{er}, des mêmes lois, limite la demande de suspension aux actes et règlements d'une autorité administrative susceptibles d'être annulés en vertu de l'article 14, § 1^{er};

Considérant qu'à s'en tenir aux termes mêmes de l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, une demande de suspension ne peut viser qu'un acte ou un règlement d'une autorité administrative susceptible d'annulation en vertu de l'article 14, § 1^{er} des mêmes lois, à l'exclusion d'une décision implicite de rejet, acquise dans les conditions prévues par l'article 14, § 3; que l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat révèle toutefois que cette question est controversée; qu'il pourrait être soutenu que, pris à la lettre, l'article 17, § 1^{er} précité, méconnaît les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il n'y aurait pas lieu de distinguer selon que la demande de suspension a pour objet une décision explicite ou implicite de rejet, et, moins encore, une décision implicite acquise ou non dans les conditions prévues par l'article 14, § 3; qu'il

s'indique de poser, d'office, à la Cour d'arbitrage, une question préjudicielle à cet égard; que toutefois, sous réserve de la réponse donnée à cette question, et dans le cadre d'une demande en référé, il y a lieu d'admettre provisoirement que l'exception d'irrecevabilité n'est pas fondée et de poursuivre l'examen de la demande au regard des exigences de fond prévues par les lois sur le Conseil d'Etat, précitées;

Considérant que la partie adverse excipe en outre de l'irrecevabilité de la demande, en ce que l'officine située rue Théodore Verhaegen, 219 à 1060 Bruxelles est exploitée par la S.P.R.L. OUVERTUS et non par la requérante;

Considérant qu'à la demande de l'auditeur rapporteur, la requérante a communiqué l'autorisation délivrée, à son nom, par la partie adverse, à la suite de l'enregistrement de l'officine pharmaceutique exigée par l'article 3ter de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967, précité, relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales, ainsi qu'une attestation du notaire Denis GREGOIRE selon laquelle il n'existe aucune société dénommée pharmacie OUVERTUS, cette dénomination étant exclusivement commerciale; que, prima facie, l'exception ne paraît pas fondée;

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois précitées, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que la requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 1^{er}, § 3 et § 5, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, de l'absence de motifs, de l'erreur dans les motifs, de la violation du principe de bonne administration, de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité et l'excès de pouvoir"; qu'elle fait valoir que la décision querellée refuse implicitement l'autorisation de transfert, sans qu'aucune justification ne ressorte du dossier, alors que le transfert peut être autorisé aux conditions prévues à l'article 1^{er}, §§ 1^{er} et 5, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, soit si la pharmacie la plus proche se trouve, selon le cas, à environ 1 km de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 1250 habitants, ou à environ 3 km de l'officine projetée et si celle-ci couvre les besoins de 1000 habitants, qu'en l'espèce, l'officine projetée est distante de 2,11 km par rapport à l'officine la plus proche, que le transfert pourrait être autorisé pour autant qu'elle couvre

les besoins de 1.250 habitants, si l'on se réfère à une distance approximative de 1 km, soit de 1.000 habitants si l'on se réfère à une distance approximative de 3 km, que la Commission d'implantation a conclu que l'officine projetée devait desservir une population de 1.000 habitants et que les pièces de la procédure ne contiennent aucun document permettant de comprendre comment la partie adverse aurait pu conclure dans un sens différent pour rejeter la demande;

Considérant que la partie adverse fait observer que, dans la mesure où la décision attaquée est implicite, elle ne doit pas être formellement motivée, que, toutefois, ses motifs peuvent être déduits du dossier administratif, que les griefs énoncés à l'encontre du premier projet de transfert, modifié en juillet 1998, peuvent être répétés à l'appui de la décision de refus, dans la mesure où le transfert refusé concerne la même commune, que l'Association pharmaceutique belge et le Collège des bourgmestre et échevins de la Commune de Mont-Saint-Guibert se sont prononcés négativement, que la nouvelle adresse proposée par la requérante, située au n° 14 de la Grand Route à Corbais, n'apporte aucun élément déterminant par rapport à l'adresse précédente, située au n° 51 Grand Route à Corbais, que les griefs émis par l'Inspection de la pharmacie le 15 janvier 1999 et par le Directorate des inspections des officines le 20 janvier 1999 suffisent à fonder la décision attaquée;

Considérant que, comme toute autre décision implicite, la décision fondée sur l'article 14, § 3, des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, ne peut être motivée en la forme; qu'elle échappe, dès lors, à l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle n'en doit pas moins reposer sur des motifs de droit pertinents et sur des motifs de fait exacts et dûment qualifiés; qu'en l'espèce, la partie adverse se prévaut, à l'appui de la décision implicite de rejet de la demande d'autorisation de transfert de la pharmacie concernée Grand Route n°14 à Corbais, datée du 9 novembre 1998, qui constitue la décision attaquée, de documents qui, tels l'avis défavorable de l'Association pharmaceutique belge, du 16 janvier 1998, et l'avis défavorable du Collège des bourgmestre et échevins de Mont-Saint-Guibert du 22 janvier 1998, sont relatifs à une demande antérieure, du 19 novembre 1996; que la partie adverse ne paraît pas fondée à faire valoir que "les griefs énoncés à l'encontre du premier projet de transfert envisagé par la requérante et qu'elle a modifié ensuite, en juillet 1998, puis en novembre 1998, peuvent être repris, pour justifier la décision de refus, dans la mesure où le transfert présentement refusé se situe dans la même commune"; que pareille assimilation paraît se vérifier d'autant moins, en l'espèce, que la requérante a fait valoir, dans sa nouvelle demande du 9 novembre 1998, que l'emplacement alors proposé, Grand route n° 14 à Corbais "est situé de l'autre côté de

la chaussée par rapport à l'autre emplacement initialement prévu", et que "la sécurité de l'accès est garantie par l'indication sur la chaussée d'une bande directionnelle en venant de Louvain-la-Neuve. De plus, trois emplacements de parking sont prévus"; qu'il n'apparaît pas davantage que la partie adverse ait pu fonder la décision implicite de rejet attaquée sur l'avis défavorable de l'Administration de la protection de la Santé, Inspection générale de la pharmacie, du 15 janvier 1999, et sur la conclusion défavorable de l'Inspection générale de la pharmacie, du 20 janvier 1999, qui sont l'un et l'autre antérieurs à l'avis, dûment motivé, favorable au transfert de la pharmacie Grand Route n° 14 à Corbais, donné par la Commission d'implantation le 8 février 1999; que les pièces de la procédure actuellement déposées ne font apparaître aucun élément de fait ou de droit qui soit de nature à contredire ou à invalider cet avis favorable; que, dans ces conditions, le premier moyen paraît sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée;

Considérant qu'aux fins de justifier le risque de préjudice grave, difficilement réparable, la requérante présente le tableau suivant :

Chiffre d'affaire mensuel moyen HTVA	23.700 €
Marge commerciale	19, 8%
	4.692, 6 €
Salaire	8.487 €
Biens et services divers	1.150 €
Remboursement prêt immeuble	739, 66 €
Remboursement crédit investissement clientèle	1.704, 66 €
Trésorerie mensuelle	- 7.388, 72 €
Trésorerie annuelle	- 88.664, 64 €

qu'elle soutient que la situation de la pharmacie est extrêmement précaire, puisque chaque mois entraîne une perte de 7.388, 72 euros, et qu'elle a été obligée de licencier l'assistante de pharmacie qui travaillait dans son officine depuis 1996, alors que le transfert permettrait une exploitation suffisamment rentable pour rétablir la santé financière de la pharmacie et combler les dettes accumulées par la requérante, obligée d'emprunter au total 292.945 euros dans le seul but de maintenir ouverte son officine; qu'elle conclut que le refus de transfert lui impose de poursuivre l'exploitation d'une

officine non rentable, ce qui va l'acculer soit à la fermeture de la pharmacie soit à la déconfiture civile;

Considérant que la partie adverse fait observer que les chiffres avancés par la requérante ne reposent sur aucun document objectif tangible, telle que déclaration fiscale, attestation d'un expert comptable ou d'un expert fiscal, ou rapport d'un réviseur d'entreprise, que la requérante ne fournit pas la preuve de l'emprunt de 292.945 euros aux fins exclusives de sauver son officine, que les postes "biens et services divers", "remboursement prêt immeuble" et "remboursement crédit investissement clientèle" ne reposent pas davantage sur des pièces déposées avec la demande de suspension, la seule pièce jointe au dossier invoquée par la requérante étant la lettre de la fiduciaire GEE, dont il ressort que la seule marge de manoeuvre de la requérante porte sur les frais de personnel; qu'à cet égard, en licenciant l'assistante de pharmacie qui travaillait avec elle depuis 1996, la requérante a mis fin aux frais généraux qu'elle devait supporter, réduisant ainsi le préjudice pécuniaire qu'elle allègue; que, par identité de motifs, le poste "salaires" du tableau présenté, d'un montant de 8.487 euros, devrait être omis des charges qu'elle avance; qu'elle fait valoir encore, à titre plus général, que le préjudice pécuniaire n'est grave et difficilement réparable que s'il met en péril l'essentiel de l'activité du requérant ou son existence même comme acteur économique, et s'il ne peut être réparé à la suite d'une action en dommages et intérêts consécutive à un éventuel arrêt d'annulation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce;

Considérant que l'exécution de la décision attaquée expose la requérante à un préjudice d'ordre essentiellement financier; qu'un préjudice de cette nature, qui peut, dans la plupart des cas, être réparé intégralement par l'allocation de dommages et intérêts, n'est pas difficilement réparable; qu'il n'en est autrement que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque la perte financière atteint un degré tel qu'elle compromet la poursuite des activités professionnelles de la personne qui y est exposée; qu'en l'espèce, la lettre de la fiduciaire GEE, qui est jointe aux pièces de la procédure, fait ressortir que l'exploitation de la pharmacie située rue Théodore Verhaegen 219 à Bruxelles, pharmacie que la requérante exploite en nom personnel, se traduit par un déficit de rentabilité de l'ordre de 40.000 euros par an, s'expliquant par un déficit de chiffre d'affaire (- 22% en trois ans), une structure de frais généraux trop lourds, particulièrement en frais de personnel, et par une charge d'amortissement élevée; que la requérante a joint à des pièces demandées par l'auditeur rapporteur des extraits de compte relatifs au remboursement du capital et des intérêts des prêts contractés pour l'achat de l'immeuble dans lequel est située l'officine et pour le rachat de la clientèle, la fiche de salaire de l'assistante en pharmacie qui a été licenciée et celle des deux collègues

pharmaciennes, ainsi qu'un bilan des comptes de la pharmacie; que ces pièces, qui se rapportent à des éléments figurant dans la requête, paraissent de nature à conforter la vraisemblance du préjudice; qu'il ne paraît pas déraisonnable d'admettre qu'une perte de l'ampleur alléguée, qui n'a pu que s'aggraver du fait du retard mis par la partie adverse à statuer sur la demande de transfert, expose la requérante à un préjudice qui paraît grave et difficilement réparable;

Considérant que, sous réserve de la réponse qui sera donnée par la Cour d'arbitrage à la question préjudicielle, la demande satisfait aux exigences de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, précitées, et qu'elle doit, dès lors être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue provisoirement l'exécution de la décision par laquelle le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique rejette implicitement la demande, introduite par Emmanuelle SERVAIS, d'autorisation du transfert de la pharmacie sise rue Théodore Verhaegen, 219, à Bruxelles, vers le numéro 14, Grand Route, à Corbais.

Article 2.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour d'arbitrage :

- " L'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, qui porte que «Lorsqu'un acte ou un règlement d'une autorité administrative est susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, § 1^{er}, le Conseil d'Etat est seul compétent pour ordonner la suspension de son exécution», ne viole-t-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il exclut que soit ordonnée la suspension de l'exécution d'une décision implicite de rejet fondée sur l'article 14, § 3, des mêmes lois?".

Article 3.

Les débats sont rouverts.

Article 4

Sur le vu de la réponse donnée à la question préjudicielle par la Cour d'arbitrage, l'auditeur désigné par l'auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, siégeant en référé le treize janvier deux mille quatre par :

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.