

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 134.884 du 14 septembre 2004

A.150.025/VI-16.671

En cause : **1. BOU SLEIMAN** Pierre,
 2. THIRY Frédéric,
 3 DUFRANE Marie-Françoise,

ayant élu domicile chez
Me Benoît et Luc CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253,
1180 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, n° 19,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

**LA SOCIETE PRIVEE A RESPONSABILITE
LIMITEE SUPERPHAR,**

ayant élu domicile chez
Mes Dominique GERARD et
Anne FEYT, avocats,
rue Capitaine Crespel 2-4
1050 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,

SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 26 mars 2004 par Pierre BOU SLEIMAN, Frédéric THIRY et Marie-Françoise DUFRANE, qui tend à la suspension de l'exécution "de la décision par laquelle le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique octroie «l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise boulevard Ernest Mélot, 19, à 5000 Namur vers la chaussée de Nivelles, 148 à 5020 Suarlée»";

Vu la requête introduite le même jour par les mêmes requérants, qui demandent l'annulation de la même décision;

Vu la requête introduite le 15 avril 2004 par laquelle la Société privée à responsabilité limitée SUPERPHAR demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

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'arrêt n° 132.602 du 9 juin 2004 ordonnant la suspension de l'exécution de la décision attaquée;

Vu l'arrêt n° 134.344 du 20 août 2004 aux termes duquel l'arrêt précité est rapporté et l'affaire refixée à l'audience du 10 septembre 2004 à 10 heures;

Vu la notification du rapport et de cet arrêt aux parties;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Benoît CAMBIER, avocat, comparaisant pour les requérants, Me Geneviève DRUEZ, loco Me Jérôme SOHIER

et Pierre LEGROS avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Marc UYTTENDAELE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, Mme 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 requête sont les suivants :

1. Le 25 février 2003, la S.P.R.L. SUPERPHAR a introduit une demande d'autorisation de transfert d'une officine sise boulevard Ernest Mélot, 19 à 5000 Namur vers la chaussée de Nivelles, 148 à 5020 Suarlée.

2. Le 4 mars 2003, cette demande d'autorisation de transfert a été notifiée aux premier et deuxième requérants, ainsi qu'à l'Inspecteur de la Pharmacie, au Gouverneur de la Province, à l'Association pharmaceutique belge et à l'Office des pharmacies coopératives de Belgique (OPHACO).

3. Le 28 juillet 2003, l'OPHACO a émis un avis défavorable et le Gouverneur de la Province un avis favorable.

4. Le 11 août 2003, l'Association pharmaceutique belge a remis un avis négatif fondé sur le fait que le nombre d'officines mentionné par la S.P.R.L. SUPERPHAR dans sa demande était erroné et que le potentiel couvert n'était pas exact.

5. Le 18 août 2003, l'OPHACO a transmis un avis défavorable à la Commission d'implantation.

6. Le 20 août 2003, la Commission médicale provinciale réunie en sa séance spéciale "pharmaciens" a donné un avis favorable à la demande de transfert.

7. Le 9 septembre 2003, le Pharmacien-Inspecteur a donné également un avis favorable.

8. Le 23 septembre 2003, M. Pierre BOU SLEIMAN a écrit à la Direction générale de la protection de la Santé publique pour manifester son inquiétude à l'égard du transfert projeté.

9. Le 24 septembre 2003, le Pharmacien-Directeur a rédigé son rapport sur la demande de transfert et a émis une conclusion favorable à celle-ci.

10. La Commission d'implantation, réunie en sa séance du 13 octobre 2003, a donné un avis favorable fondé sur le fait que le transfert demandé avait lieu dans la même commune et qu'il en résultait une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation existante, étant donné la "surconcentration" des officines dans le centre de Namur qui compte 17 officines. La Commission d'implantation a estimé qu'il était satisfait aux critères prévus par l'article 1^{er}, § 5bis, 3^o, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public.

11. Le 23 janvier 2004, le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, se ralliant à la motivation de l'avis de la Commission d'implantation, a décidé d'octroyer l'autorisation de transfert sollicitée.

Il s'agit de l'acte attaqué.

12. Le 12 février 2004, le premier requérant a interrogé à nouveau la Direction générale de la protection de la Santé publique quant à l'octroi de l'autorisation litigieuse.

13. Le 17 février 2004, il a été confirmé que, par décision du 23 janvier 2004, le Ministre avait décidé d'autoriser le transfert sollicité.

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, "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 les requérants prennent un premier moyen de la violation 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, notamment de son article 4, § 3 à § 3quinquies; l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, notamment de son article 1^{er}, § 1^{er}, § 2, § 3bis, § 5bis, § 6, article 1bis, § 3, de son article 15 ter et de son article 15 quinquies; la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3; le principe général de bonne administration, notamment de son principe de préparation avec soin d'une décision administrative; de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs"; qu'en la seconde branche de ce moyen, ils font valoir, notamment, qu'en vertu de l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, le transfert qui a lieu dans une même commune peut être autorisé s'il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert, alors que la motivation de la décision attaquée fait apparaître que le Ministre n'a tenu aucun compte de l'avis négatif formulé par l'Association pharmaceutique belge, pas plus que de la réalité contrastée des quartiers du centre de Namur et de ceux de sa périphérie, et qu'il n'a nullement établi que le transfert détermine une meilleure répartition effective des officines;

Considérant que la partie adverse fait observer qu'elle tient de l'article 1^{er}, § 5bis, 3°, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, un pouvoir discrétionnaire, que la Commission d'implantation a pu se fonder sur l'avis émis par l'Inspecteur de la pharmacie, qui s'est rendu sur les lieux pour effectuer son enquête, et conclure que le transfert de la pharmacie remédierait à la trop forte concentration des officines dans le centre de Namur;

Considérant que la S.P.R.L. SUPERPHAR, partie intervenante, fait valoir que la réglementation applicable confère à l'autorité compétente un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, que dans l'exercice de celui-ci elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation, puisqu'il n'est nullement aberrant d'estimer que le transfert contesté assurera une meilleure répartition géographique des officines, compte tenu de la "surconcentration" de celles-ci dans le centre de Namur;

Considérant qu'il ressort du paragraphe 5bis, 3°, introduit dans l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, précité, par l'arrêté royal du 8 décembre 1999, que, par dérogation aux §§ 4 et 5, pour les demandes introduites après l'entrée en vigueur de cet arrêté royal, le transfert d'une officine existante peut être autorisé, notamment, "si, d'une part, (il) a lieu dans la même commune ou dans une commune limitrophe, dans ce dernier cas pour autant qu'après le transfert, le nombre d'officines par habitant, dans la commune où l'officine est fermée, ne soit pas inférieur au nombre d'officines pouvant être ouvertes en application des critères fixés au § 2 ou au § 3bis, et si d'autre part, il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert"; que, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que cette disposition lui reconnaît, la partie adverse ne paraît pas, *prima facie*, pouvoir limiter son examen des conséquences résultant du transfert au seul lieu de départ de la pharmacie, sans tenir compte encore de celles qui en découlent à l'endroit de la nouvelle implantation; qu'aux fins de motiver adéquatement la décision qu'elle prend à la suite de la demande de transfert, l'autorité compétente doit, dès lors, faire apparaître qu'elle a pris en compte tant la situation de départ que celle qui résulte du transfert; qu'en l'espèce, la partie adverse a décidé de se rallier "à la motivation qui a déterminé l'avis favorable de la Commission d'implantation du 13 octobre 2003", dont elle a joint copie en annexe, que cet avis porte que "le transfert demandé a lieu dans la même commune et (...) il en résultera une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation existante étant donné la «surconcentration» dans le centre de Namur qui compte 17 officines, il est satisfait aux critères prévus par l'article 1^{er}, § 5bis, 3° de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 (...)" ; qu'ainsi motivée par référence à cet avis, la décision attaquée ne fait pas apparaître que la partie adverse ait pris en compte tant la situation de départ, boulevard Ernest Mélot, à Namur, que celle

qui résulte du transfert, chaussée de Nivelles, 148, à Suarlée; que, dans ces conditions, prima facie, la décision attaquée ne paraît pas adéquatement motivée; qu'en sa seconde branche, le moyen paraît sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée;

Considérant qu'en vue d'établir le risque de préjudice grave, difficilement réparable, Pierre BOU SLEIMAN, premier requérant, propriétaire et exploitant d'une pharmacie, domicilié rue Saint-Fargeau-Ponthierry, 43, à Temploux, fait valoir que l'exploitation de la pharmacie est sa seule activité, qu'il ne bénéficie d'aucun autre revenu, que l'exécution de la décision attaquée le privera, au minimum, d'un quart de sa clientèle, ce qu'il entend justifier en faisant valoir que la S.P.R.L. SUPERPHAR va "récupérer" les clients de Suarlée et "démarcher" environ 500 habitants des quartiers voisins, que la nouvelle pharmacie sera située sur la chaussée de Nivelles, qui est un axe de grand passage pour les automobilistes venant et se rendant au centre de Namur, et que la nouvelle officine s'installera à une distance de deux maisons seulement du cabinet du docteur HENNEKINE, en sorte que, sortant du cabinet de ce médecin, les patients ne feront plus le déplacement jusqu'à Temploux; qu'il répartit cette perte de clientèle selon les mentions du tableau suivant :

Perte des clients de Suarlée (hors les patients du Docteur Hennekine)	5%
Perte des clients de Temploux	10%
Perte des patients du Docteur Hennekine	4%
Perte des clients de passage	6%

qu'il en induit que, le chiffre d'affaires de la pharmacie s'élevant, au cours de l'exercice 2002, à 375.292,22 euros, il ne sera plus, en cas d'ouverture d'une pharmacie complémentaire, que de 281.469,165 euros au maximum, que le bénéfice brut, qui était de 97.298,37 euros, pour le même exercice, sera réduit à 72.973,77 euros, alors que les frais fixes sont de l'ordre de 82.370,78 euros par an, qu'ainsi, la décision attaquée le privera de la totalité de sa marge bénéficiaire, voire davantage, ce qui constitue, pour lui, et pour le personnel employé par la pharmacie (un pharmacien à temps plein et un

pharmacien mi-temps qui perdront leur travail), un préjudice matériel et un préjudice moral grave et difficilement réparable;

Considérant que Frédéric THIRY et Marie-Françoise DUFRANE, deuxième et troisième requérants, propriétaires et exploitants chacun d'une pharmacie située rue Haute à 5190 Spy, l'une au numéro 4a et l'autre au numéro 28, affirment qu'ils ont joint à la requête des documents qui établissent dans leur chef le risque de préjudice grave et difficilement réparable; que Frédéric THIRY énonce que son chiffre d'affaires actuel s'élève à 1.144.183 euros, que la marge brute tenant compte des produits et des remises à la clientèle est de 306.384 euros, que les frais fixes sont de 239.807 euros, ce qui donne un résultat net de 59.058 euros, qu'en cas de réduction de clientèle, et donc du chiffre d'affaires, la marge bénéficiaire brute sera diminuée de 20%, soit de 61.277 euros, ce qui, compte tenu d'un bénéfice final de 59.058 euros, avant réduction de clientèle, l'amène à une situation déficitaire; que Marie-Françoise DUFRANE soutient que son chiffre d'affaires est de 918.823 euros, son bénéfice brut de 225.078 euros, ses frais professionnels de 170.968 euros, son résultat net de 54.110 euros, qu'en cas de réduction de 18% de la clientèle et donc du chiffre d'affaires, la marge bénéficiaire brute sera réduite de 18%, soit d'un montant de 40.514 euros, ce qui réduira son bénéfice à 13.596 euros et entraînera des conséquences négatives pour le personnel de la pharmacie;

Considérant que la partie adverse fait observer que les estimations présentées par le comptable du premier requérant sont aléatoires, qu'elles se limitent à énoncer une perte de 25% de sa clientèle, qu'en particulier, pour ce qui concerne l'attraction des clients de Temploux, la perte estimée à 10% ne prend pas en compte le fait qu'une clientèle peut rester fidèle à une pharmacie bien implantée et de caractère familial, qualités que revendique le premier requérant, que celui-ci continuera à bénéficier de la renommée du premier occupant, alors que la nouvelle pharmacie, qui a été fermée pendant une certaine durée, ne jouit pas de ces avantages; qu'elle fait valoir encore que le premier requérant n'envisage aucunement de réorganiser son exploitation, alors qu'il pourrait, par une réduction des frais fixes, faire face à la nouvelle officine concurrente, et que le préjudice qui pourrait affecter son personnel n'a pas pour lui un

caractère direct; qu'elle observe que les mêmes considérations valent pour les deuxième et troisième requérants, dans la mesure où ils invoquent respectivement une perte de 20% et de 18% de leur clientèle;

Considérant que la S.P.R.L. SUPERPHAR, partie intervenante, soutient que la diminution d'environ 25% du chiffre d'affaires alléguée par le premier requérant demeure hypothétique, que celui-ci se fonde, pour l'établir, sur ce que, dans sa demande d'autorisation, la partie intervenante exprime la volonté de "récupérer" les clients de Suarlée et 500 habitants des quartiers voisins, alors que rien ne permet d'affirmer que cet objectif sera atteint, qu'il est tout aussi hypothétique d'énoncer que se rendraient désormais dans l'officine de la S.P.R.L. SUPERPHAR les patients du docteur HENNIKINE, dont les prescriptions représentent 8,5% du total des prescriptions remises au premier requérant, et qu'il en irait de même des usagers de la chaussée de Nivelles; qu'elle énonce encore que le premier requérant a inscrit dans ses charges fixes le salaire d'un emploi et demi à temps plein, en sorte que, s'il devait subir une perte de 25% de son chiffre d'affaires, il "participerait (...) à la réalisation de son propre préjudice en n'envisageant pas de restructurer ou de réorganiser le mode de fonctionnement de son officine"; qu'elle reproche encore au premier requérant d'occulter le fait qu'étant établi antérieurement à la partie intervenante, il a pu s'assurer une clientèle fidèle, ce qui ne peut être sans incidence sur son activité; que, quant au préjudice moral, étant la perte d'emploi des deux pharmaciens, il est certes un préjudice par répercussion, mais il ne peut être considéré comme grave et difficilement réparable; qu'elle soutient encore, quant aux deuxième et troisième requérants, qu'ils n'établissent pas, dans leur demande de suspension, l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable d'ordre financier et moral;

Considérant que, pour établir que l'exécution de la décision attaquée les expose à une perte financière de nature à compromettre la poursuite même de leur activité de pharmacien, et, par là, à un risque de préjudice grave, difficilement réparable, les trois requérants présentent des données chiffrées, qui reposent communément sur l'hypothèse d'une diminution de clientèle provoquée par l'exécution de la décision attaquée, estimée respectivement à 25%, à 20% et à 18%; que, dans le premier cas, cette

estimation procède des supputations du requérant BOU SLEIMAN lui-même, ainsi que d'une lettre de la FIDULIFE S.P.R.L., comptable de celui-ci, laquelle fait état, en termes mesurés, d'une diminution possible de 25% du chiffre d'affaires (elle écrit que "(...) l'ouverture de cette nouvelle pharmacie réduit sans aucun doute la valeur de la vôtre. Il nous est difficile d'évaluer la perte, mais une diminution de 25% du chiffre d'affaires nous semble malheureusement possible"); que dans les deux autres cas, la perte de clientèle est estimée à 20% et 18% par les deuxième et troisième requérants; que, dans les trois cas, ces estimations, qui sont appuyées par des documents joints aux pièces de la procédure, sont de nature à étayer la perte de bénéfice alléguée et les conséquences sur la survie économique des pharmacies et le maintien des emplois qui y sont attachés; que le risque d'un tel préjudice, qui n'est pas exclusivement d'ordre financier, mais encore d'ordre social, peut être considéré comme grave et difficilement réparable,

D E C I D E :

Article 1er.

La demande d'intervention introduite par la Société privée à responsabilité limitée SUPERPHAR est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 23 janvier 2004 par laquelle le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique octroie à la S.P.R.L. SUPERPHAR l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise boulevard Ernest Mélot, 19, à 5000 Namur vers la chaussée de Nivelles, 148 à 5020 Suarlée.

Article 3.

Les dépens de l'intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
quatorze septembre deux mille quatre par :

M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

P. HARMEL.	P. LEWALLE.
------------	-------------