

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 134.886 du 14 septembre 2004

A.152.187/VI-16.695

En cause : **1. la Société anonyme PHARMACIE MASQUELIN,**
2. la Société anonyme SCENTIA,

ayant élu domicile chez
Me Jacques SAMBON, avocat,
avenue des Coteaux, n° 227,
1080 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 :

SERVAIS Emmanuelle,

ayant élu domicile chez
Me Evelyne DEMARTIN, avocat,
place Van Meenen, n° 14,
1060 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 27 mai 2004 par la Société anonyme
PHARMACIE MASQUELIN et par la Société anonyme SCENTIA tendant à la

suspension de l'exécution de "la décision du Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique du 2 mars 2004 par laquelle est autorisé le transfert de l'officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Théodore Verhaegen, 219 à 1060 Bruxelles vers la Grand Route ,14 à 1435 Corbais";

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

Vu la requête introduite le 16 juin 2004 par laquelle Emmanuelle SERVAIS 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'ordonnance du 30 août 2004 fixant l'affaire à l'audience du 10 septembre 2004 à 11 heures;

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

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

Entendu, en leurs observations, Me Jacques SAMBON, avocat, comparaissant pour les requérantes, Me Geneviève DRUEZ, loco Me Pierre LEGROS et Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Philippe SCHAFFNER, loco Me Evelyne DEMARTIN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, 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 2.500 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, Emmanuelle SERV AIS 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, Emmanuelle SERV AIS 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 Emmanuelle SERV AIS 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 1.120 habitants au lieu de 1.250 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, Emmanuelle SERVAIS 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 d'Emmanuelle SERVAIS 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 Emmanuelle SERVAIS 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 1.124 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 d'Emmanuelle SERVAIS 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 d'Emmanuelle SERVAIS 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.

18. Par une requête introduite le 6 octobre 2003 sous pli recommandé, et enregistrée au greffe le 7 octobre 2003, la partie intervenante a sollicité la suspension de l'exécution de "la décision implicite refusant l'autorisation de transfert de l'officine sise rue Théodore Verhaegen, n° 219 à Bruxelles vers le numéro 14 Grand Route à 1435 Corbais, résultant de l'absence de réponse à la mise en demeure adressée le 9 avril 2003".

19. Par un arrêt n° 127.040 du 13 janvier 2004, le Conseil d'Etat a suspendu provisoirement l'exécution de la décision par laquelle le Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique rejetait 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 et a décidé de poser la question préjudicielle suivante 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?".

20. Le 9 février 2004, la Commission d'appel a déclaré les appels non fondés et a confirmé l'avis de la Commission d'implantation du 8 février 1999 dans les termes suivants :

" Attendu que la Commission d'implantation considère dans son avis :

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);

Que la pharmacie la plus proche du lieu d'implantation projetée se situe à Nil-Saint-Vincent, soit à 2,1 km;

Qu'en application de l'article 1, § 5, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974, l'officine projetée doit desservir une population de 1000 habitants;

Qu'en l'espèce, elle pourrait servir la population de Corbais soit, 1120 habitants;

Attendu que la Commission d'implantation, pour les motifs indiqués ci-dessus, émet un avis favorable à la demande d'autorisation de transfert de Madame SERVAIS;

Attendu que devant la Commission d'appel, la demanderesse démontre de façon probante que sa demande d'autorisation de transfert à l'endroit projeté répond aux critères de l'article 1, § 5, littera a et b de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 puisque l'officine projetée couvrira les besoins de plus de 1250 habitants;

Attendu que dans ces conditions, le transfert peut être autorisé;

La Commission d'appel composée comme suit :

(...)

Reçoit les appels et les déclare non fondés.

(...)"

21. Le 2 mars 2004, la partie adverse a communiqué ce qui suit à Mme SERVAIS :

" Suite à votre demande du 19/11/ 1996 visant à obtenir l'autorisation de transférer l'officine pharmaceutique ouverte au public sise rue Théodore Verhaegen, 219, à 1060 Bruxelles, vers la Grand route, 14 à 1435 Corbais, et me ralliant à la motivation qui a déterminé l'avis favorable émis par la Commission d'appel le 9/2/2004, (...), j'ai décidé de vous octroyer l'autorisation demandée".

Cette décision a été notifiée aux parties requérantes le 7 avril 2004 et constitue l'acte attaqué.

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "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 qu'en vue de justifier le risque de préjudice grave, difficilement réparable, la S.A. MASQUELIN, première requérante, fait valoir qu'elle a été constituée le 2 décembre 2003, qu'elle exploite une pharmacie sise rue Hautbiermont n°8 à Nil-Saint-Vincent, localité voisine de Corbais, que, lorsque les habitants de Corbais quittent leur village, c'est pour se rendre à Wavre, Ottignies, Louvain-la-Neuve ou Bruxelles, en empruntant les autoroutes et les grands axes (E 411, RN 25), qu'ils passent tous devant la nouvelle implantation et ne feront plus une marche arrière de 2 km pour se rendre à Nil-Saint-Vincent, qu'il en sera de même des habitants de ce village, qui tous passent devant la nouvelle implantation; qu'elle verse au dossier des documents relatifs au plan financier pour 2004 et 2005, affirme qu'il ressort des fiches ristournes accordées à la clientèle que 16% de celle-ci émane du hameau de Corbais, qui sera desservi par l'implantation litigieuse, et qu'il en ira de même de la clientèle émanant de Nil-Saint-Vincent, ce qui provoquera une baisse de la clientèle de 20%, et générera une perte de 41.722 euros; qu'elle fait valoir encore que Emmanuelle SERVAIS, partie intervenante, dispose d'une "force de frappe commerciale" de quatre pharmacies, ce qui lui permet d'accorder à sa clientèle des ristournes supérieures, que la requérante sera forcée de s'aligner sur ces montants, ce qui se traduira pour elle par une réduction du chiffre d'affaires de 4.872, 88 euros, qu'elle devra tenir compte encore de ce que l'intervenante applique un horaire d'ouverture de ses pharmacies de 59 heures semaines, soit 13,5 h. de plus par rapport à la sienne, ce qui entraînera pour elle, obligée d'adopter le même créneau horaire, une augmentation du coût salarial de 21.755,83 euros, en sorte qu'au total, la perte annuelle sera de 68.350,71 euros; qu'elle soutient encore que, même si l'on part de l'hypothèse de 15% de réduction du chiffre d'affaires, le calcul de l'expert aboutit à une perte de l'exercice de 21.434,48 euros qui la conduira inéluctablement à la faillite;

Considérant qu'en vue de justifier le risque de préjudice grave, difficilement réparable, la S.A. SCENTIA, seconde requérante, fait valoir qu'elle a été constituée le 13 septembre 2001, qu'elle exploite depuis 2002 la pharmacie située Grand rue, 26, à 1435 Mont-Saint-Guibert qui est l'une des deux pharmacies situées sur le territoire de cette commune, que la pharmacie de l'intervenante sera en mesure, ainsi qu'elle l'expose elle-même, de satisfaire les besoins de 1.558 habitants sur les 5.558 recensés sur le territoire de Mont-Saint-Guibert, soit 28% de la population, ce qui entraînera une perte de clientèle de 14% pour chacune des deux pharmacies requérantes, que les listings des ristournes 2002 et 2003 font apparaître que 9% des patients qui viennent chercher la ristourne de fin d'année sont des résidents de Corbais, que 7% des patients habitent dans un rayon de moins d'un kilomètre de la pharmacie, en sorte que 16% des patients quitteront la pharmacie, sans compter le départ de patients "navetteurs" qui empruntent

la route de Corbais pour entrer dans le village; qu'elle conclut que l'impact sera de 15% du chiffre d'affaires, ce qui générera une perte de 21.791,42 euros, et que, comme l'établit le bureau comptable MBM, le cash-flow de la pharmacie tombera en dessous de 10.000 euros, ce qui mettra la vie de la Société en péril à court ou moyen terme;

Considérant que la partie adverse fait observer qu'un dommage pécuniaire ne peut être considéré comme grave et difficilement réparable que s'il accule le requérant à la faillite, qu'en ce qui concerne la première requérante, une baisse de 16% du chiffre d'affaires ne peut être retenue, qu'à tenir pour établi que 16% de la clientèle émane du hameau de Corbais, aucune pièce ne permet de déterminer que l'intégralité de cette clientèle cessera de fréquenter sa pharmacie du fait de l'implantation de la pharmacie litigieuse, que la "captation" par celle-ci de 4% du flux des clients ne repose pas davantage sur un élément tangible, que, dès lors, la baisse alléguée de 20% peut être réduite de moitié, puisqu'il est plausible que sur 16% de clientèle émanant du hameau de Corbais, la moitié pourrait ne plus fréquenter la pharmacie à la suite de l'implantation contestée, que la baisse de fréquentation serait ainsi non de 20% mais de 10 ou 12%, ce que la première requérante n'est pas loin d'admettre elle-même en retenant une hypothèse de réduction de 15% de son chiffre d'affaires; qu'elle soutient que ne peuvent être prises en considération ni les remises opérées par l'intervenante ni les heures d'ouverture de son officine, qui sont sans rapport avec l'acte attaqué, mais relèvent de la politique commerciale menée librement par celle-ci, dans un esprit de saine concurrence; qu'en ce qui regarde la seconde requérante, la partie adverse affirme que le risque de diminution de 15% du chiffre d'affaires dont celle-ci fait état ne peut constituer un préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que Emmanuelle SERVAIS, partie intervenante, soutient, pour ce qui concerne la première requérante, que son compte de résultat montre qu'elle fait partie d'un groupe de cinq pharmacies, qu'elle est donc mal venue d'exposer que l'intervenante dispose d'une "force de frappe commerciale" qui lui permettrait de négocier des coûts réduits, qu'afin d'éviter toute querelle stérile sur ce point, et bien qu'il ne s'agisse pas d'un élément en relation avec la décision querellée, elle s'alignera sur la politique pratiquée dans la région et accordera donc, ainsi que les requérantes affirment le faire, une remise de fin d'année de 5%, qu'elle s'alignera également sur les horaires d'ouverture des pharmacies requérantes, qu'en conséquence, l'augmentation alléguée du coût salarial de 21.755,83 euros ne peut être prise en compte, que c'est à tort que la requérante fait valoir que, d'après ses fiches ristournes, qu'elle ne joint pas aux pièces de la procédure, 16% de sa patientèle émane du hameau de Corbais et qu'une partie de la clientèle de Nil-Saint-Vincent sera également captée par la nouvelle

implantation, alors que la population prise en compte pour autoriser le transfert querellé ne comprend pas cette patientèle, ainsi qu'il ressort de l'avis de la Commission d'implantation confirmé par la Commission d'appel, qui se réfère à la population de Corbais, soit 1.100 habitants, et de l'étude de la société ADHOC SOLUTIONS, déposée devant la Commission d'appel, estimant que l'officine projetée couvrirait les besoins de 1.660 habitants de Corbais et de Corroy, que, dès lors, la perte de chiffre d'affaires fondée sur une éventuelle captation de cette patientèle doit être tenue pour non établie de même que le risque de faillite consécutif; qu'elle affirme encore que, après réexamen des comptes présentés par la première requérante, et en supposant 20% puis 15% de pertes commerciales, lesquelles ne sont cependant nullement démontrées, la première requérante ne serait pas inéluctablement conduite à la faillite, les cash-flows demeurant largement positifs - d'un montant de 25.818,29 euros dans le premier cas et de 38.875,19 euros dans le second -, tandis que, dans l'hypothèse d'une perte plus réaliste de 8% du chiffre d'affaires, le cash-flow serait de 46.086,93 euros; qu'en ce qui regarde la seconde requérante, l'intervenante énonce que celle-ci allègue à tort que 16% de ses patients la quitteront pour s'approvisionner chez l'intervenante, qu'en effet, d'une part, la population prise en compte ne comprend nullement la patientèle de Mont-Saint-Guibert, et, d'autre part, la perte de clientèle provenant de Corbais ne peut être établie en tenant compte des personnes habitants dans un rayon d'un kilomètre autour de l'implantation, ce qui revient à compter deux fois la même clientèle, puisque de nombreux patients de Corbais ont leur habitation dans ce rayon, que l'examen des fiches de ristournes pour les années 2002 et 2003 révèle que le chiffre d'affaires lié aux patients de Corbais n'excède pas 4%, et non 9% comme prétendu, ce qui ne permet pas de conclure à un risque de faillite; qu'elle fait observer encore que le bilan présenté comprend de nombreux postes totalement étrangers à l'exécution de la décision querellée, qui nuisent à la rentabilité de l'officine, tel un poste "Salaire Fontaine" de 25.099 euros, subitement doublé en 2004, Frais de voiture et d'aménagement, inexistant dans les comptes 2002, "Frais Scentia", non explicités, charges liées à des opérations purement fiscales; qu'elle conclut que dans l'hypothèse d'une perte de chiffre d'affaires de 5%, le cash-flow serait de 72.322,28 euros et que, même si cette perte était 15%, ce qui est totalement inconcevable, le cash-flow demeurerait largement excédentaire;

Considérant que le risque de préjudice dont font état les deux Sociétés requérantes est d'ordre exclusivement financier; qu'en règle, un préjudice de cette nature peut être réparé par l'allocation de dommages-intérêts, éventuellement précédée du prononcé d'un arrêt d'annulation; que, cependant, lorsque, comme en l'espèce, le risque de préjudice financier affecte une société commerciale, il peut être grave et difficilement réparable s'il compromet l'essentiel de son activité et jusqu'à son existence même;

Considérant qu'en l'espèce, les documents produits par la première requérante, au nombre desquels on ne peut retenir les fiches de ristournes accordées à sa clientèle, lesquelles ont été déposées tardivement, ne permettent de tenir pour établi ni que l'intégralité de la clientèle provenant de Corbais ne s'approvisionnerait plus chez elle, mais auprès de l'officine dont le transfert est contesté, ni que la nouvelle officine détournerait 4% du flux de ses clients en provenance de Nil-Saint-Vincent; que la seconde requérante n'établit pas davantage que 16% des patients quitteraient la pharmacie qu'elle exploite pour aller s'approvisionner auprès de l'officine litigieuse, que c'est à juste titre, en effet, que la partie intervenante fait valoir qu'à la perte de clientèle provenant de Corbais ne peut être ajouté le nombre de personnes habitant dans un rayon d'un kilomètre autour de l'implantation contestée, puisque de nombreux patients de Corbais ont leur habitation dans ce rayon; qu'il apparaît ainsi que la diminution de clientèle que risque de causer aux requérantes l'exécution de la décision attaquée et qui sert de base à leurs évaluations chiffrées, reste insuffisamment déterminée pour que l'on puisse la considérer comme constitutive d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable;

Considérant que, faut de satisfaire à l'une des conditions prescrites par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, précité, la requête ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}

La demande d'intervention de Emmanuelle SERVAIS est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué est rejetée.

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.