CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.833 du 13 décembre 2011

G./A.201.085/VI-19.178

En cause : **SCAINI** Sébastien,

ayant élu domicile chez
Me Anne FEYT, avocat,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Vice-Première Ministre
et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique,
chargée de Beliris et des Institutions culturelles fédérales,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 14 juillet 2011, Sébastien SCAINI demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision du 31 mai 2011 par laquelle la partie adverse a refusé de [lui] accorder […] l'autorisation de transfert de l'officine pharmaceutique sise à 1050 Ixelles, rue de Hennin, 13, vers la route de Balmoral, 15 à 4845 Jalhay, terrain cad. Section C n° 959 H, sollicitée le 6 avril 2010".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Christian AMELYNCK, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat.

Une ordonnance du 4 novembre 2011 fixe l'affaire à l'audience du 2 décembre 2011 à 10 heures.

Le rapport et l'ordonnance de fixation ont été notifiés aux parties.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, Christian AMELYNCK, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 6 avril 2010, le requérant a introduit une demande de transfert d'une officine pharmaceutique fermée temporairement, située rue de Hennin, 13, à 1050 Bruxelles, vers la route de Balmoral, à 4845 Jalhay (Sart-lez-Spa).

Selon la note d'observations, une demande de transfert d'une officine vers la route de Balmoral à Jalhay a également été introduite par la société anonyme PHARMACIE DE JALHAY, visant une officine sise rue des Raines 106 à 4800 Verviers, fermée depuis un an et demi.

III. 2. La demande de transfert introduite par le requérant a fait l'objet des avis suivants :

- un avis défavorable, émis par l'Office des Pharmacies coopératives de Belgique (OPHACO) le 30 juillet 2010;
- un avis favorable sous condition, émis par le Gouverneur de la Province de Liège le 19 août 2010;

- un avis négatif, émis par l'association pharmaceutique belge (A.P.B.) le 31 août 2010;
- un avis favorable émis par l'inspecteur de la pharmacie, le 7 septembre 2010;
- un avis favorable, émis par la commission médicale provinciale de Liège le 10 novembre 2010, que l'autorité a qualifié d'"hors délai".

III. 3. Le pharmacien d'une officine établie à Sart-lez-Spa a réagi le 13 août 2010 à la demande de transfert introduite par le requérant.

Par un courrier circonstancié, ce pharmacien conclut que "la situation géographique de l'officine projetée n'améliorerait pas le service rendu à la population puisqu'elle se situerait trop près d'une officine existante. Il serait éventuellement possible d'améliorer le service rendu en l'implantant dans une région moins bien desservie par les officines existantes".

III. 4. Le 16 novembre 2010, la demande a fait l'objet d'un rapport de l'agence fédérale des médicaments et des produits de santé (A.F.M.P.S.) qui se conclut par un avis favorable à l'octroi de l'autorisation de transfert demandée par le requérant.

III. 5. Le requérant a été informé par un courrier du 26 novembre 2010 de ce que sa demande serait examinée par la commission d'implantation des officines pharmaceutiques en séance du 7 décembre 2010.

Cette séance a toutefois été remise au 7 mars 2011, au motif que les deux demandes de transfert précitées devaient être jointes et que la société Pharmacie de Jalhay n'avait pas été convoquée régulièrement.

Le requérant a été informé de la remise par un courrier recommandé du 22 février 2011.

III. 6. Le 25 février 2011, le conseil du requérant a rédigé une note appuyant la demande de transfert, destinée à la commission d'implantation. Cette note en complète une première déposée par le même conseil en vue de la séance du 7 décembre 2010. Divers documents leur sont annexés.

III. 7. Le 28 février 2011, l'inspecteur de la pharmacie a complété son rapport du 7 septembre 2010, à la suite de "la demande exprimée par les membres de la Commission d'Implantation des Officines en sa dernière séance".

Ce rapport se termine, comme celui du 7 septembre 2010, par un avis favorable à la demande de transfert formulée par le requérant, maintenu "au bénéfice du doute"

III. 8. La séance de la commission d'implantation a été remise encore au 15 mars 2011, "en raison d'une impossibilité de constituer le siège".

Le requérant en a été informé par un courrier du 26 novembre 2010.

III. 9. La demande du requérant a finalement été examinée en séance du 15 mars 2011.

La commission d'implantation y a donné un avis défavorable en concluant dans les termes suivants :

" Dit qu'il y a lieu de joindre les demandes inscrites sous les numéros 4448 et 4461;
Ce fait, dit pour droit que la priorité d'examen doit être réservée à la requête du pharmacien Sébastien Scaini et écarte des débats la requête de la pharmacie de Jalhay;
Emet un avis défavorable sur la requête du pharmacien Sébastien Scaini de transférer l'officine pharmaceutique sise rue de Hennin, 13 à 1050 Ixelles vers la route de Balmoral, terrain cad. Section C n° 959 H, à 4850 Jalhay (Sart)".

III. 10. Le 31 mai 2011, la Ministre de la Santé publique a refusé l'autorisation de transfert au requérant.

Par cette décision, elle s'est ralliée à la motivation de l'avis émis par la commission d'implantation en séance du 15 mars 2011.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

IV. 1. Thèse de la partie requérante

Le requérant soutient qu'il se trouvait au moment d'introduire sa demande d'autorisation de transfert dans les conditions pour qu'elle soit déclarée recevable.

Il demande le transfert d'une officine temporairement fermée depuis moins de trois ans.

Mais il expose qu'en application des articles 4, § 3, 1°, et 4, § 3quater, 6°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, combiné avec les articles 4, § 1er, 4 et 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, "l'autorisation de fermeture temporaire" dont il peut se prévaloir cessera ses effets à l'expiration du délai de validité, de telle sorte qu'à partir de ce moment il n'aura plus la possibilité de transférer son officine.

Il précise, en se fondant sur le précédent de l'arrêt n° 213.198 du 11 mai 2011 concernant la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE DE LA BUISSIERE, qu'il n'existe aucune possibilité de prolongation du délai de trois ans de validité d'une autorisation de fermeture temporaire d'une officine.

Il affirme qu'il risque de subir un préjudice grave difficilement réparable s'il n'obtient pas la suspension de l'exécution de la décision attaquée et s'il doit attendre l'issue d'une procédure en annulation.

Il fait valoir que "l'autorisation de fermeture temporaire" qu'il a obtenue date du mois d'avril 2009, qu'elle vient à échéance au mois d'avril 2012, qu'après cette date son officine ne pourra plus être transférée, même s'il obtenait un arrêt d'annulation, puisque le jour où la commission d'implantation rendra son avis et à la date où la partie adverse se prononcera sur la demande, elles devraient constater que "l'autorisation de fermeture temporaire" n'est plus valide.

Il souligne la lenteur avec laquelle la commission d'implantation procède à l'instruction des dossiers et que cette lenteur ne lui est aucunement imputable, qu'il ne peut obtenir une prolongation de l'autorisation de fermeture de son officine.

Il affirme qu'il ne peut prendre le risque de renoncer au présent recours et introduire une nouvelle demande de transfert en tablant sur le fait qu'elle aboutira favorablement, étant peu probable, sinon inimaginable, que, saisie d'une demande de transfert identique, la commission d'implantation formule un avis différent.

Pouvoir opposer un arrêt qui mette clairement en évidence les vices qui affectent la décision attaquée et particulièrement les erreurs manifestes d'appréciation commises est la seule voie dont il dispose pour infléchir la position de cette commission.

IV. 2. Note d'observations

La partie adverse fait valoir qu'il est de jurisprudence qu'une autorisation de transfert d'officine fermée temporairement ne peut être admise que pendant la période au cours de laquelle l'autorisation de maintien de l'officine fermée a été délivrée pour une période de trois ans, de telle sorte qu'à l'échéance de ce délai toute demande de transfert de l'officine située rue de Hennin à Ixelles sera irrecevable.

Elle soutient cependant que ce préjudice n'est pas causé directement par l'acte attaqué en l'espèce.

Elle affirme que si le requérant se trouve dans la situation d'incertitude qu'il décrit, celle-ci résulte d'"éléments préexistants et connus du demandeur qui a volontairement et sciemment pris le risque d'acquérir une officine surnuméraire et fermée pour cause de non-rentabilité", ainsi que l'a déclaré la commission d'implantation.

Elle reproche au requérant de n'exposer en rien quelle est sa situation financière et socio-professionnelle actuelle et quelle activité serait actuellement exercée dans les lieux.

IV. 3. Décision de Conseil d'Etat

Le risque de préjudice grave difficilement réparable doit être établi dès l'introduction de la requête.

C'est en vain que le requérant a transmis des documents complémentaires à cette fin à la veille de la présente audience.

Il découle de l'article 15ter, § 7, de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, que la décision relative au maintien de l'autorisation de l'officine pharmaceutique ouverte au public expire trois ans après sa délivrance.

Il ressort par ailleurs de l'article 4, § 3, 1°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé, que seule une officine pharmaceutique ouverte au public peut être transférée. Un transfert ne peut dès lors être autorisé après l'expiration du délai de trois ans qui limite la validité du maintien de l'autorisation.

La décision de maintien de l'autorisation de l'officine établie rue de Hennin, n° 13, à Ixelles a été prise en avril 2009.

Elle viendra à expiration en avril 2012.

Seul un arrêt de suspension ou d'annulation prononcé avant cette date permettrait au requérant de retrouver une chance d'obtenir l'autorisation de transfert demandée par lui le 6 avril 2010.

Le requérant soutient qu'à défaut pour lui de recourir à la procédure de suspension, le préjudice qu'il redoute sera irréversible.

Cela ne signifie toutefois pas pour autant que ce préjudice est à la fois grave et difficilement réparable.

Aucune indication ne figure parmi les pièces de la procédure sur l'affectation actuelle de la surface commerciale sise au n° 13 de la rue de Hennin à Ixelles, ni sur les conditions de celle-ci et ses répercussions financières.

S'il s'avère que le requérant a acquis l'officine de la rue de Hennin à Ixelles en vue de la transférer à Jalhay, distant de cent trente-cinq kilomètres, il s'est lui-même délibérément exposé au risque du refus d'autorisation requise en vertu de la réglementation applicable.

Le fait du requérant s'est ainsi interposé entre la décision attaquée et le préjudice allégué, rompant le lien de causalité directe qui doit exister entre ceux-ci.

Faute de satisfaire à l'une des conditions fixées par l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, la demande de suspension ne peut être accueillie.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le treize décembre deux mille onze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.