

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.924 du 30 septembre 2016

G./A.218.778/VI-20.745

En cause : **la société anonyme PHARMACIE VAN TOMME,**

ayant élu domicile chez
Me Evelyne DEMARTIN, avocat,
rue Saint Bernard, n° 184,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Ministre des Affaires sociales et
de la Santé publique,

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

Partie intervenante :

BRUNAIN Roseline,

ayant élu domicile chez
Me Benoît VERZELE, avocat,
drève Gustave Fache, n° 3-4,
7700 Mouscron.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 21 mars 2016, la société anonyme PHARMACIE VAN TOMME demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision de la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique du 25 novembre 2015 autorisant le transfert de l'officine pharmaceutique appartenant à Madame Roseline BRUNAIN, située Quai Dumon, 6 à 7500 Tournai vers la Chaussée de Lille, 434-436 à 7501 Tournai (Orcq)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Roseline BRUNAIN a, par une requête introduite le 29 avril 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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 5 juillet 2016 fixe l'affaire à l'audience du 14 septembre 2016 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Philippe SCHAFFNER, *loco* Me Evelyne DEMARTIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Gaspard DEJEMEPPE, *loco* Me Benoît VERZELE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur, Geneviève MARTOU, a été entendue 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 21 novembre 2014 Roseline BRUNAIN introduit auprès de l'Agence Fédérale des Médicaments et des Produits de Santé, en abrégé A.F.M.P.S., une demande de transfert de son officine située Quai Dumon, 6 à 7500 Tournai vers la

chaussée de Lille, 434-436 à 7501 Tournai (Orcq), une distance d'environ trois kilomètres séparant ces deux adresses.

L'annexe au formulaire de demande de transfert précise comme motivation : "amélioration géographique et démographique" et "locaux actuels inappropriés et trop petits". Plus particulièrement, l'amélioration géographique de ce transfert, tout en restant dans la même commune, résulterait, selon la demanderesse, dans le fait que "le confrère le plus proche sera alors à 1,1 km au lieu de 300 mètres avant le transfert". L'annexe précise également : "La situation visée à Orcq se situe au centre du village (1.049 habitants), mais également à proximité de Marquain (765 habitants) et de Lomain (574 habitants), soit 2.388 habitants. L'ensemble de ces villages ne comptant aucune pharmacie. A ceci nous pouvons encore ajouter la moitié des habitants d'Hertain (201 habitants) partagés entre la Pharmacie DELDICQUE et la situation projetée. (...) Après transfert la pharmacie compterait dans sa zone d'influence 2.488,5 habitants".

Il est produit, en annexe à cette demande, une liste des pharmacies environnantes, dont celle la partie requérante sise chaussée de Lille 215 à 7500 Tournai, tant avant qu'après le transfert projeté, avec indication des distances respectives pour les unes et les autres, ainsi qu'une carte permettant de localiser les différentes officines en question.

III. 2. L'Association pharmaceutique belge (A.P.B.) émet, le 28 avril 2015, un avis négatif qui indique notamment ce qui suit :

" Les renseignements fournis par le demandeur ne sont pas corrects. En effet il n'est pas fait mention de la Pharmacie VAN TOMME SA lorsqu'il est fait mention de la zone d'influence.

Meilleure répartition géographique

Ce transfert pénalise la démographie des pharmacies dans la région d'Orcq/Marquain/Blandain en diminuant les zones d'influence des pharmacies existantes et ne répond donc pas à l'article 1, § 1 alinéa 1 par le fait que les zones minimales d'influence démographique ne sont pas respectées.

Vous trouverez ci-joint deux analyses d'impact de ce transfert.

Vous constaterez que pour la Pharmacie VAN TOMME l'impact négatif est important puisque la population de proximité tombe de 1.375 à 210 et pour la Pharmacie Deldicque (Blandain) de 3.109 à 2.735.

L'APB donne donc un avis négatif concernant cette demande".

III. 3. Le 29 avril 2015, le Pharmacien-inspecteur de l'A.F.M.P.S. émet un avis favorable sur base d'une meilleure répartition géographique, motivé au départ d'un tableau reprenant la distance entre l'implantation actuelle et l'implantation projetée par rapport aux diverses pharmacies environnantes, et formulant les constatations suivantes :

- " - La distance moyenne entre la pharmacie concernée par ce transfert et les pharmacies avoisinantes est de 633 mètres avant transfert (ou 646 mètres sans tenir compte de la pharmacie Lefébure 578124, qui dispose actuellement d'une autorisation de transfert vers Kain).
Après transfert, cette distance moyenne sera de 3.250 mètres ou de 2.020 mètres si l'on ne prend pas en compte les 3 pharmacies les plus éloignées, c'est-à-dire les pharmacies Tornaphar, Deldicque-Lenfant et Du District.
 - Avant transfert, 14 pharmacies se trouvent à moins de 900 mètres de la pharmacie concernée. Après transfert, la pharmacie la plus proche sera située à 1.100 mètres. Il s'agit de la pharmacie Van Tomme.
- =>Le transfert entraîne une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert".

L'avis conclut ainsi que :

- " - le transfert a lieu dans la même commune;
 - la distance moyenne séparant la pharmacie concernée des pharmacies les plus proches est plus grande après transfert;
 - la pharmacie la plus proche se situe à +/- 1.100 mètres après transfert, alors que 14 pharmacies se trouvent à moins de 900 mètres avant transfert;
- Il en résulte, par conséquent, au moins une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert. Les dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 3° de l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public sont respectées.
- Compte tenu du fait que l'article 1^{er}, § 5bis, 3° de l'A.R. du 25 septembre 1974 prévoit que le transfert peut être autorisé dès lors qu'il y a meilleure répartition géographique OU démographique des officines après transfert, je n'estime pas nécessaire d'examiner la situation d'un point de vue démographique, vu que le critère relatif à la meilleure répartition géographique est atteint dans le cas présent".

III. 4. Le 21 mai 2015, la Commission médicale provinciale émet un avis favorable au transfert, motivé par le fait "que le transfert a lieu dans la même commune et par le fait que la distance moyenne depuis la pharmacie concernée jusqu'aux pharmacies les plus proches est plus grande après transfert. Il en résulte par conséquent une meilleure répartition géographique des officines par rapport à la situation antérieure au transfert".

III. 5. Dans le courant du mois de mai 2015, deux lettres émanant de pharmacies voisines du lieu d'implantation projeté, à savoir la pharmacie requérante et la pharmacie Deldicque-Lenfant, sont adressées à la partie adverse. Leurs auteurs déclarent s'opposer à la demande de transfert et joignent en annexe une étude analysant l'impact du transfert envisagé, établie en avril 2015. Cette étude, réalisée par la société Sirius Night spécialisée en géographie quantitative et analysant des données statistiques détaillées par segment de rue, conclut notamment que la Pharmacie Van Tomme perdra 85% de sa clientèle, qui tombera à 210 habitants, seules onze rues restant plus proches de la Pharmacie Van Tomme que de la Pharmacie Brunain. Dans son courrier, la requérante insiste sur le fait que sa zone d'influence s'étend

essentiellement en direction du village d'Orcq, lequel ne comprend qu'une densité de population assez faible (20 fois inférieure par rapport au centre urbain de Tournai), de telle manière que le transfert d'officine projeté aurait un impact négatif "considérable" sur son officine.

III. 6. Un rapport est établi par l'Administrateur général de l'A.F.M.P.S. le 17 juillet 2015, qui conclut de manière favorable, en ces termes :

" Attendu que suivant l'article 1^{er}, § 5bis, 3^o dudit A.R. du 25/09/1974, le transfert d'une officine existante, lorsqu'il a lieu dans la même commune, ce qui est le cas en l'espèce, peut être autorisé s'il en résulte une meilleure répartition géographique ou démographique par rapport à la situation antérieure au transfert;
Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport de l'inspecteur de la pharmacie, que, conformément à l'article 1^{er}, § 5bis, 3^o, le transfert sollicité apporterait une meilleure répartition géographique des officines de la commune de Tournai par rapport à la situation antérieure au transfert".

III. 7. Roseline BRUNAIN est convoquée pour être entendue par la Commission d'implantation des officines pharmaceutiques, en sa séance du 15 septembre 2015. A la suite de cette audition, la Commission d'implantation des officines émet, le même jour, un avis favorable, motivé comme suit :

" Attendu que conformément aux dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis de l'arrêté royal du 25/9/1974, le transfert d'une officine existante peut être autorisé :
- 1^o s'il est satisfait aux dispositions du § 2 ou 3bis, ou
- 2^o s'il s'agit d'un transfert dans la proximité immédiate, étant entendu qu'un transfert dans un rayon de 100 mètres est toujours considéré comme un transfert dans la proximité immédiate, ou
- 3^o si, d'une part, le transfert 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.

Attendu que l'endroit choisi par la demanderesse pour le transfert de son officine est situé à une distance d'environ 3.100 mètres du lieu d'implantation actuel et qu'elle a lieu dans la même commune;

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être accordé en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 1^o, renvoyant aux dispositions des § 2 et § 3bis, étant donné que le transfert demandé a lieu dans la même commune et que cette disposition ne s'applique donc pas en la cause;

Attendu que le transfert sollicité ne peut pas être octroyé en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, § 5bis, 2^o étant donné qu'il ne s'agit pas d'un transfert dans la proximité immédiate;

Attendu qu'il ressort des données du dossier, notamment du rapport du fonctionnaire, visé à l'arrêté royal du 17 décembre 2008 relatif à la surveillance à exercer par l'Agence fédérale des Médicaments et des Produits de Santé (article 15 de l'arrêté royal du 25/9/1974), que, conformément à l'article 1^{er}, § 5bis, 3^o, le transfert sollicité améliorerait la répartition géographique des officines de la commune de Tournai par rapport à la situation antérieure au transfert, puisque l'officine la plus proche serait éloignée de 1.100 mètres après transfert au lieu de 300 mètres avant transfert".

III. 8. A la suite de cet avis, la partie adverse prend une décision, datée du 25 novembre 2015, accordant l'autorisation de transfert sollicitée par Roseline BRUNAIN, en se ralliant à la motivation qui avait déterminé l'avis positif émis par la Commission d'implantation précitée.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 9. Le courrier "notifiant" la décision attaquée à la partie requérante a été envoyé, le 11 janvier 2016, au n° 21 de la chaussée de Lille, à 7500 Tournai. Le conseil de cette dernière a adressé un courriel à la partie adverse le 16 février 2016 selon lequel sa cliente n'aurait pas reçu cette notification.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 29 avril 2016, Roseline BRUNAIN demande à intervenir dans la présente procédure.

En tant que bénéficiaire de la décision attaquée, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS DU RECOURS

V. 1. Thèses des parties

A. Requête.

La requérante indique que l'acte attaqué et le dossier ont été porté à sa connaissance par un courriel daté du 16 février 2016, de sorte que la requête, introduite le 21 mars 2016, est recevable *ratione temporis*.

B. Note d'observations.

La partie adverse considère que la requête est irrecevable pour avoir été introduite au-delà du délai de soixante jours prescrit par la loi. Elle souligne qu'il ressort du dossier que la pharmacie requérante a été informée de la décision attaquée par une notification datée du 11 janvier 2016, indiquant par ailleurs l'existence d'une voie de recours ouverte devant le Conseil d'Etat.

Elle conteste l'argument de la partie requérante selon lequel elle n'aurait pas reçu la notification du 11 janvier 2016 précitée et n'aurait eu connaissance de

l'acte attaqué que par un e-mail de la Secrétaire de la Commission d'implantation du 16 février 2016, s'appuyant sur la pièce n° 2 de son dossier, intitulée "Absence de notification de l'autorisation de transfert", qui contient un avis de la poste mentionnant, à la date du 28 janvier 2016, "retour à l'expéditeur : livraison impossible - adresse incomplète". Elle considère que la notification en question était correctement libellée à l'adresse "chaussée de Lille 21 à 7500 Tournai", correspondant au siège social de la pharmacie requérante. Elle rappelle que, depuis l'insertion d'un article 53bis dans le Code judiciaire, les envois recommandés sans accusé de réception et les plis ordinaires sont présumés reçus par leur destinataire le troisième jour ouvrable qui suit celui où le pli a été remis aux services de la poste.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La notification de la décision attaquée à la partie requérante n'a pas été régulièrement effectuée par la partie adverse. Il ressort en effet des pièces du dossier administratif que cette notification a été adressée, le 11 janvier 2016, au n° 21 de la chaussée de Lille à 7500 Tournai, soit à une adresse incomplète, l'adresse exacte de la partie requérante étant le n° 215 de la chaussée de Lille. A défaut de notification régulière, le délai de recours imparti n'a dès lors pas commencé à courir.

La requête, introduite le 21 mars 2016, est recevable *ratione temporis*.

VI. URGENCE

VI.1. Thèses des parties

A. Requête.

La requérante soutient que la mise en œuvre de l'acte attaqué va lui causer un dommage commercial très important, évalué à une diminution de clientèle de 85 % par l'étude d'incidences produite à son dossier. Elle invoque une "chute vertigineuse de son chiffre d'affaires", le fait qu'elle ne disposera plus "d'un roulement suffisant que pour avoir du stock de tous les médicaments, ce qui constituera un motif d'insatisfaction des patients qui devront dès lors commander ceux-ci avec l'obligation de revenir chercher les médicaments une fois ces derniers livrés" et risque selon elle "d'accentuer encore la perte de clientèle qui préférera s'orienter vers des pharmacies disposant d'un stock immédiat". Elle souligne que l'exploitation de son officine pharmaceutique "constitue son unique source de revenus", qu'elle a dû "acheter le fonds de commerce et l'immeuble (qui n'héberge pas le domicile familial) via un emprunt" et que "le seul revenu de son mari, agriculteur de profession, ne permettra

pas de subvenir aux besoins de la famille qui compte trois enfants, ni de faire face aux dettes non remboursées qui ne manqueront pas de s'accumuler".

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'urgence, d'une part, en constatant que la requête n'a été introduite au Conseil d'Etat que le 22 mars 2016, alors que l'acte attaqué a été notifié à la pharmacie requérante dès le 11 janvier 2016. Elle considère que même si cette dernière déclare n'avoir pas reçu cette notification, elle en a pris connaissance au plus tard par l'envoi d'un courriel, qu'elle reconnaît elle-même avoir reçu le 16 février 2016. Elle en conclut que la requérante n'a pas fait toute diligence pour saisir le Conseil d'Etat, afin de prévenir utilement le dommage dont elle se prévaut.

D'autre part, elle relève que la requérante admet elle-même que l'officine de Roseline BRUNAIN n'a pas encore été ouverte à ce jour et que rien n'indique qu'une telle ouverture se fera nécessairement avant l'issue du contentieux en annulation, de telle manière que l'urgence n'est que virtuelle en l'état et doit être qualifiée d'hypothétique.

Elle ajoute qu'à supposer même que l'officine litigieuse soit installée avant qu'il ne soit statué au contentieux en annulation, et que le dommage financier "irréversible" allégué par la requérante lui soit imposé immédiatement, à savoir que l'ensemble de la clientèle de son officine se détournerait immédiatement vers la nouvelle pharmacie, la requérante pourrait toujours introduire une demande de suspension à ce moment, dans le cours ultérieur de la procédure.

C. Requête en intervention

La partie intervenante considère également que l'urgence n'est pas démontrée par des éléments objectifs probants. Elle souligne qu'elle dispose d'un délai de deux ans pour mettre en œuvre l'autorisation de transfert, à compter de la notification de la décision querellée, adoptée le 25 novembre 2015, et indique qu'à ce jour, il n'y a aucun acte de mise en œuvre du transfert autorisé, de sorte que le risque allégué doit être considéré comme hypothétique. Elle fait notamment valoir que les immeubles dans lesquels l'implantation est projetée doivent faire l'objet de travaux d'aménagement, nécessitant notamment l'octroi d'un permis d'urbanisme. Elle en conclut que la condition de l'urgence fait défaut et que la demande de suspension est prématurée.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué peut être ordonnée à tout moment s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation.

Quant au sens qu'il convient de donner à la notion d'urgence, les travaux préparatoires de la loi du 20 janvier 2014 précitée renvoient à la jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire en matière de référé. La Cour de cassation a jugé à cet égard qu'"il y a urgence [...], dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable" et qu'il est dès lors permis "de recourir au référé lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu, ce qui laisse au juge des référés un large pouvoir d'appréciation en fait" (Cass., 23 septembre 2011, affaire C.10.0279.F, ville de Charleroi contre T.N.).

Il résulte de l'article 8, alinéa 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat que le requérant doit, dans sa demande de suspension, démontrer *in concreto* que l'exécution immédiate de la décision contestée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant le délai normal de traitement de l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant graves pour lui, au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal.

En l'espèce, les documents annexés à la requête, dont l'analyse effectuée pour le compte de la pharmacie requérante par la société Sirius Insight, mettent en évidence un impact négatif consécutif au transfert d'officine litigieux, transfert qui aurait pour conséquence une diminution de la zone d'influence géographique et démographique de la requérante de 85 %, la population de proximité susceptible de constituer la clientèle de la pharmacie passant selon l'analyse précitée de 1.375 à 210 personnes. Les auteurs de l'étude indiquent toutefois d'emblée que celle-ci se base sur la seule prise en compte de la distance la plus courte par la route "en évitant la prise en compte subjective de la vitesse moyenne par type de route nécessaire pour une estimation du temps d'accès". Elle n'intègre pas non plus des facteurs liés à la fidélité de la patientèle, aux itinéraires les plus fréquemment utilisés, ou encore à d'autres paramètres susceptibles d'influencer son comportement, tels que les facilités de parking ou la présence d'infrastructures à proximité. Il s'agit donc d'une estimation limitée à la prise en compte d'un seul paramètre intervenant dans le comportement de la patientèle fréquentant les officines de pharmacie.

En outre, comme le relèvent les parties adverse et intervenante, l'ouverture de l'officine dont le transfert est autorisé n'a pas encore eu lieu et nécessiterait même des travaux d'aménagement des immeubles où elle va s'installer, travaux requérant l'octroi préalable d'un permis d'urbanisme. Il doit dès lors être constaté que non seulement les inconvénients craints par la partie requérante n'ont pas encore reçu le moindre commencement d'exécution, mais encore que rien n'indique que tel pourrait être le cas à brève échéance. A l'heure actuelle, l'urgence invoquée est virtuelle et doit être qualifiée d'hypothétique.

Il s'ensuit que la requérante ne démontre pas, à ce stade, que l'exécution de l'acte attaqué entraînerait, en pratique, les conséquences qu'elle invoque découlant en théorie de la prise en compte d'un seul paramètre susceptible d'influer sur le comportement de la patientèle de son officine ni que ces conséquences hypothétiques seraient susceptibles de se concrétiser endéans un délai inférieur à celui requis pour le traitement de l'affaire en annulation. La condition de l'urgence n'est, par conséquent, pas remplie.

La demande de suspension ne répond dès lors pas à la condition établie à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, et doit être considérée comme prématurée.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par Roseline BRUNAIN est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.