

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 87.668 du 29 mai 2000

A.88.794/VI-15.367

En cause : **1. la Société anonyme BASSE-MEUSE,**
 2. CONGERA Joséphine,
 3. la Société anonyme MEDIBEN
 4. DETRY Marie-Louise,
 5. la Société anonyme DISTRIVAN,

ayant élu domicile chez
Me Dominique DRION, avocat,
rue Hullos 103-105
4000 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par
1. le Ministre de la Santé publique, de la
 Protection du consommateur et de
 l'Environnement.
2. le Ministre des Pensions.

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

Vu la demande introduite le 4 janvier 2000 par la
S.A. PHARMACIES BASSE-MEUSE, Joséphine CONGERA, la S.A.
MEDIBEN, Marie-Louise DETRY et la S.A. DISTRIVAN qui
demandent la suspension de l'article 2-2°, alinéa 1er, de
l'arrêté royal du 21 octobre 1999, publié au Moniteur
belge du 1er décembre 1999, modifiant l'arrêté royal du 31
mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les
médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes, en
ce qu'il complète l'article 26bis, § 1er, modifié par
l'article 2 de l'Arrêté Royal du 9 janvier 1992 sur les

médicaments, par un nouvel alinéa dont le texte est le suivant : "Il est en outre interdit à un pharmacien de délivrer un médicament via un mandataire à des personnes vivant en communauté, si cette communauté ne se situe pas dans la même commune où la pharmacie est implantée ou dans une commune limitrophe";

Vu la requête introduite simultanément par la même requérante, qui demande l'annulation du même acte;

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

Vu le rapport de M. PAUL, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 10 mai 2000 fixant l'affaire à l'audience du 26 mai 2000 à 10.00 heures, reportée le même jour à 14 heures;

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

Rapport fait par M. LEWALLE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me X. DRION, GOFFIN et BOURGEOIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Me MICHAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. PAUL, auditeur;

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

Considérant que les faits nécessaires à l'examen de la requête sont les suivants :

1. La première requérante est propriétaire de deux officines pharmaceutiques ouvertes au public situées, la première, avenue d'Auderghem 261 à 1040 Bruxelles et, la seconde, rue Hayeneux 25 à 4040 Herstal.

Ces deux officines ont pour titulaire respectivement la deuxième et la quatrième requérantes et sont exploitées l'une par la troisième et l'autre par la cinquième requérante.

Ces officines comptent parmi leurs clients un nombre important de personnes vivant au sein de "communautés", au sens qui est donné à ce terme par l'article 26bis, § 1er, alinéa 3, de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes.

Selon cette disposition, il faut entendre par communautés, au sens de cette disposition réglementaire, les maisons de repos et de soins non rattachées à une institution hospitalière desservie par une officine, les maisons de repos agréées pour personnes âgées, les homes d'handicapés et les homes de placement d'enfants ainsi que, depuis la dernière modification apportée à cette même disposition par l'arrêté attaqué lui-même, les maisons de soins psychiatriques, les initiatives d'habitation protégée et les institutions pénitentiaires.

2. De l'exposé même fait par les requérantes du préjudice grave et difficilement réparable qu'elles prétendent subir du fait de l'exécution de la disposition querellée de l'arrêté attaqué, il ressort que seules 30 des 270 communautés approvisionnées en médicaments et produits assimilés par les deux officines pharmaceutiques exploitées par les S.A. MEDIBEN et S.A.DISTRIVAN, troisième et cinquième requérantes, sont établies sur le territoire même de la commune où sont respectivement implantées l'une et l'autre des deux officines considérées

ou sur le territoire d'une commune limitrophe à cette dernière.

3. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté attaqué, l'article 26bis de l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes disposait, en son paragraphe 1er, comme suit :

" § 1er. Tout médicament est délivré en mains propres au malade ou à son mandataire.
La délivrance habituelle à un mandataire agissant au nom de plusieurs personnes est interdite sauf si celles-ci vivent en communautés.
On entend par «personnes vivant en communautés» : toute personne hébergée dans une maison de repos et de soins non rattachée à une institution hospitalière desservie par une officine, dans une maison de repos agréée pour personnes âgées, dans un home d'handicapés ou dans un home de placement d'enfants."

4. En vue de rendre la relation directe et personnelle qui doit exister entre le patient et le pharmacien davantage conforme aux principes du "pharmaceutical care", l'autorité publique compétente a, après concertation avec les organisations professionnelles pharmaceutiques les plus représentatives, décidé de modifier la réglementation régissant les conditions et les modalités de la délivrance des médicaments et produits assimilés de manière à restreindre l'étendue de l'espace géographique à l'intérieur duquel les officines pharmaceutiques ouvertes au public seront dorénavant autorisées à exercer leurs activités de fourniture de médicaments lorsque leurs clients s'identifient à des personnes vivant en communauté.

5. En vue de donner effet à cette décision, le Roi a, le 21 octobre 1999, modifié l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et pour les droguistes.

L'article 2, 2^o, de cet arrêté, publié au Moniteur belge du 1^{er} décembre 1999 et entré en vigueur le 11

décembre 1999, complète le texte de l'article 26bis, § 1er, de l'arrêté royal qu'il a pour objet de modifier par l'insertion d'un alinéa 4 et d'un alinéa 5 nouveaux rédigés comme suit :

" Il est en outre interdit à un pharmacien de délivrer un médicament via un mandataire à des personnes vivant en communauté, si cette communauté ne se situe pas dans la même commune ou la pharmacie est implantée ou dans une commune limitrophe.
Il est également interdit à un mandataire d'agir au nom de plusieurs communautés."

L'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 21 octobre 1999 modifiant l'arrêté royal du 31 mai 1885 approuvant les nouvelles instructions pour les médecins, pour les pharmaciens et les droguistes, n'est attaqué qu'en tant qu'il insère dans l'article 26bis, § 1er, de l'arrêté royal qu'il a pour objet de modifier, un alinéa 4 nouveau. Il constitue la disposition attaquée.

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 1er, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "Lorsqu'un acte ou un règlement d'une autorité administrative est susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, § 1er, le Conseil d'Etat est seul compétent pour ordonner la suspension de son exécution";

Quant à la recevabilité

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité prise de la violation par la S.A. MEDIBEN et la S.A. DISTRIVAN, troisième et cinquième requérante, de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat; qu'elle soutient que ces requérantes s'identifient en réalité comme étant la MEDIBEN INC. et la DISTRIVAN INC., sociétés de droit de l'Etat de Floride ayant leur siège social à Miami, 4100, North Miami Avenue, qui disposent chacune sur le territoire du Royaume d'une succursale dont le siège est établi, pour la première,

avenue d'Auderghem, 261 à 1040 Bruxelles, et pour la seconde, rue Hayeneux, 29, à 4040, Herstal;

Considérant que, selon l'article 8, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991, précité, la requête en suspension doit être datée et contenir "les nom, qualité, domicile ou siège du demandeur et, le cas échéant, le domicile élu";

Considérant qu'à défaut d'avoir été prévue par l'arrêté royal du 5 décembre 1991, précité, l'irrecevabilité de la requête ne paraît pas pouvoir être décidée du seul fait des lacunes relevées par la partie adverse, celle-ci n'alléguant pas, au demeurant, que ces lacunes lui aient porté préjudice; que la première exception d'irrecevabilité ne peut être retenue;

Considérant que la partie adverse soulève une deuxième exception d'irrecevabilité prise de la méconnaissance par la S.A. MEDIBEN, troisième requérante, des articles 4 et 41 et suivants des lois relatives au registre de commerce, coordonnées le 20 juillet 1964 en ce que que cette disposition subordonne explicitement la recevabilité de toute action introduite par une personne juridique revêtant la qualité de commerçant à l'obligation d'être, au moment même de l'intentement de l'action, immatriculée au registre de commerce pour l'exercice de l'activité commerciale dans laquelle l'action diligentée trouve sa cause;

Considérant que les article 4, 41 et 42 des lois relatives au registre de commerce, précitées, sont libellés comme suit :

" Art. 4. Toute personne physique ou morale, belge ou étrangère, qui se propose d'exercer, par l'exploitation soit d'un établissement principal, soit d'une succursale ou d'une agence, une activité commerciale quelconque dans le ressort d'un tribunal de commerce (...) où elle n'exploite pas encore d'établissement commercial doit,

au préalable, demander son immatriculation au registre du commerce tenu au greffe de ce tribunal.

(...).

Art. 41. A défaut de mention du numéro d'immatriculation au registre du commerce dans l'exploit d'ajournement et sauf justification de cette inscription à la date de l'intentement de l'action dans le délai imparti par le tribunal, celui-ci déclare d'office l'action non recevable.

Art. 42. Est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'intentement de l'action.

Cette non-recevabilité est couverte si elle n'est proposée avant toute autre exception ou toute défense.";

Considérant que la S.A. MEDIBEN fait apparaître à la première page de sa requête qu'elle a demandé son inscription au registre de commerce; qu'elle reconnaît ainsi, de façon implicite mais certaine, qu'elle n'était pas encore immatriculée au registre de commerce le jour où elle a introduit cette requête; que, sans qu'il y ait lieu d'examiner si la partie adverse a soulevé la présente exception avant toute autre ou toute défense, il convient de considérer, d'office, par application de l'article 41 des lois relatives au registre du commerce, précité, que la requête de la S.A.MEDIBEN, troisième requérante, n'est pas recevable;

Considérant que la partie adverse soulève une troisième exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'intérêt à agir de la S.A. Pharmacies BASSE-MEUSE, première requérante, celle-ci ayant cédé à la S.A. MEDIBEN, troisième requérante, et à la S.A. DISTRIVAN, cinquième requérante, l'exploitation des deux officines pharmaceutiques dont elle est propriétaire;

Considérant qu'il n'est pas contesté que la S.A. Pharmacies BASSE-MEUSE a cédé aux sociétés précitées l'ex-

exploitation des deux officines dont elle était propriétaire; qu'elle ne perçoit pas elle-même et pour son profit immédiat les revenus provenant de cette exploitation; que, pour autant que permette de l'établir l'examen de la demande de suspension, elle ne peut, dès lors, se prévaloir d'un intérêt direct et personnel à sa demande d'annulation, et partant, à la présente requête; que celle-ci est irrecevable;

Considérant que Mesdames CONGERA et DETRY, respectivement deuxième et quatrième requérante, ne se prévalent que de leurs qualités de titulaires des officines pharmaceutiques exploitées par la S.A.DISTRIVAN, cinquième requérante; que, dès lors, il y a lieu de relever, d'office, et pour autant que permette d'en décider l'examen de la demande de suspension, qu'elles sont sans intérêt direct et personnel à poursuivre l'annulation et, partant, la suspension de l'acte attaqué; que leurs demandes sont irrecevables;

Considérant que la partie adverse soulève une quatrième exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt légitime de l'ensemble des requérantes;

Considérant que, compte tenu de l'irrecevabilité des requêtes introduites par les quatre premières requérantes, cette exception ne doit plus être examinée qu'en ce qu'elle se rapporte à la demande de la S.A. DISTRIVAN, cinquième requérante;

Considérant que la partie adverse affirme qu'en violation de l'article 2 de l'arrêté royal du 13 avril 1977 fixant les règles permettant de déterminer la valeur de transmission des officines pharmaceutiques et de surveiller cette transmission, la S.A. PHARMACIES BASSE-MEUSE, première requérante, a ou aurait omis de notifier au ministre qui a la Santé publique dans ses attributions,

dans le délai prescrit, la cession intervenue entre elle et la S.A. DISTRIVAN, cinquième requérante;

Considérant que, sans avoir à examiner si la violation de l'arrêté royal du 13 avril 1977, précité, peut être reprochée à la S.A.DISTRIVAN, cinquième requérante, et, dès lors, mettre en question la légitimité de son intérêt à agir, il suffit d'observer que l'arrêté royal du 13 avril 1977, précité, ne régit que la cession même d'une officine pharmaceutique et qu'en l'espèce, la S.A. PHARMACIES BASSE-MEUSE, première requérante, n'a pas cédé son officine à la S.A. DISTRIVAN, cinquième requérante, mais seulement conclu avec celle-ci, le 29 mai 1998, une convention de location de fonds de commerce; que, partant, l'exception paraît manquer en droit et ne pas pouvoir être accueillie;

Considérant que la requête introduite par la S.A. DISTRIVAN, cinquième requérante, paraît, dès lors, seule recevable;

Quant au fond

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. DISTRIVAN, cinquième requérante, fait valoir dans sa requête que l'application du règlement attaqué lui cause un préjudice grave matérialisé par la suppression d'un marché, la norme entreprise ayant pour effet non seulement de lui interdire

de poursuivre l'approvisionnement de 85% des communautés qu'elles dessert actuellement mais encore d'exclure toute extension de ses activités en dehors des communes où elle est implantée et de celles qui leur sont limitrophes et de l'empêcher au surplus de participer à un marché public visant la fourniture à des communautés installées dans une commune qui n'est ni celle de l'officine ni limitrophe à celle-ci; qu'elle affirme que si les effets de la norme entreprise ne sont pas suspendus elle devra vraisemblablement déposer son bilan;

Considérant qu'en l'absence de tout renseignement complémentaire dans la requête et faute de toute pièce probante déposée dans le respect du règlement de procédure, le montant exact de la baisse du chiffre d'affaires de la cinquième partie requérante qui pourrait être directement imputée à l'application de la disposition attaquée ne peut être évalué avec la précision requise; que, dès lors, le risque de faillite qu'elle allègue ne peut être tenu pour établi; que n'est pas davantage établi le risque de préjudice financier et moral auquel serait exposée la requérante en ce que la disposition attaquée lui interdirait de participer encore à des marchés publics de fourniture à des communautés installées dans une commune qui n'est ni celle de l'officine ni limitrophe à celle-ci; que, dans ces conditions, le risque de préjudice ne peut être considéré comme grave et difficilement réparable;

Considérant que, faute de satisfaire à l'une des conditions de l'article 17, § 2, alinéa 1er, précité, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le recours ne peut être accueilli,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

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 vingt-neuf mai deux mille par :

M. LEWALLE,	conseiller d'Etat, président f.f.
M. HARMEL,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

P. HARMEL.

P. LEWALLE