

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 150.234 van 17 oktober 2005
in de zaak A. 116.597/IX-3211.**

In zake : Filip TAVEIRNE,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat H. DEMEESTER,
 kantoor houdende te GENT,
 Kortrijksesteenweg 535

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Volksgezondheid.

D E R A A D V A N S T A T E, I X e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Filip TAVEIRNE op 8 februari 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit genomen op 8 januari 2002 door de minister van Volksgezondheid waarbij hem de vergunning wordt geweigerd voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek te Temse, Hoogkamerstraat 138;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd G. JACOBS;

Gelet op de beschikking van 7 oktober 2004 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging van verzoeker;

Gelet op de beschikking van 1 augustus 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 26 september 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. DEMEESTER, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat J. HOSTE, die loco advocaten R. DEPLA en M. STUBBE, verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd G. JACOBS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Op 23 maart 1987 dient Filip TAVEIRNE een hernieuwde aanvraag in tot het verkrijgen van een vergunning voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek te TEMSE, Hoogkamerstraat 138.

1.2. Op 15 april 1991 brengt de vestigingscommissie een ongunstig advies uit over verzoekers aanvraag.

Op 14 juni 1991 stelt verzoeker tegen het advies van de vestigingscommissie beroep in bij de commissie van beroep.

Deze stelt op 25 mei 1994 de zaak sine die uit op verzoek van de raadslieden van verzoeker.

1.3. Ter zitting van 22 september 1999 legt verzoeker een nota met bijlagen neer waarna de commissie van beroep de farmaceutisch inspecteur verzoekt om een geactualiseerd advies op te stellen. Tevens verzoekt de commissie van beroep de aanvrager het bewijs voor te leggen dat hij kan beschikken over de gevraagde vestigingsplaats.

1.4. Op 26 oktober 1999 brengt de farmaceutisch inspecteur een aanvullend advies uit over verzoekers aanvraag. Onder punt 1 van dat advies wordt de volgende opmerking geformuleerd :

“Op het in bijlage 1 gevoegde gemeentepan, werd hogervermeld adres (nl. bestaande woning gelegen langs een private ontsluitingsweg op een 100 meter van de openbare weg tussen de huizen gelegen Hoogkamerstraat met de nummers 134 en 140) evenals de ligging van de omliggende apotheken van de deelgemeenten Temse en Tielrode, aangeduid. In de stukken die mij werden overgemaakt heb ik geen document gevonden waaruit blijkt dat de aanvrager wel degelijk kan beschikken over hogervermeld adres”.

1.5. Ter zitting van 24 november 1999 van de commissie van beroep merkt de farmaceutisch inspecteur op dat er grote onduidelijkheid heerst omtrent de aangevraagde vestigingsplaats, zijnde Hoogkamerstraat 138 te Temse. Verzoeker, daaromtrent door de voorzitter van de commissie van beroep ondervraagd, geeft toe de eigenaar niet te kennen van de door hem opgegeven vestigingsplaats, hetgeen een onbebouwde kavel zou zijn. Tevens verklaart hij over geen enkele overeenkomst met de eigenaar te beschikken. De commissie van beroep, die opmerkt dat zij de aanvrager reeds ter zitting van 22 september 1999 gevraagd had een bewijs voor te leggen dat hij over de vestigingsplaats kon beschikken, verdaagt daarop de zaak opnieuw tot januari 2000 teneinde meer duidelijkheid te krijgen.

1.6. Ter zitting van 26 januari 2000 legt verzoeker een aanvullende nota neer waarin hij ondermeer stelt dat geen tekst de vereiste stelt van eigendom of huur,

dat gezien de lange procedure zulks niet op redelijke wijze te eisen is, dat juist daarom in de mogelijkheid is voorzien tot wijziging van het vergunde adres, al weze het onder bepaalde voorwaarden, wat echter uiteraard in de vergunningsprocedure niet ter sprake komt. Hij verwijst naar het arrest nr. 20.662 van 22 oktober 1980 van de Raad van State.

1.7. Op 16 februari 2000 schrijft verzoekers raadsman nog aan de commissie van beroep dat het een aanvraag betreft van 26 maart 1984 die hernieuwd werd op 24 maart 1987, in welke periode het zelfs niet nodig was over een attest betreffende de vestigingsplaats te beschikken.

1.8. Op 13 november 2001 brengt de commissie van beroep een ongunstig advies uit, waarin de volgende consideransen van belang zijn :

“Overwegende dat uit de stukken en elementen van het neergelegd dossier blijkt dat appellant het bewijs dat hij kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats niet kan voorleggen;

Overwegende dat dit bewijs één van de hoofdvereisten tot toekenning van de vergunning is, zoals bepaald in artikel 4, § 1 , 2° van het K.B. van 25 september 1974, zoals het laatst gewijzigd op 8 december 1999 (B.S. van 14 december 1999);

Overwegende dat de Commissie van Beroep in casu niet vermag, ook al betreft het een aanvraag die lang vóór de expliciete opneming van de bewijsvoering in verband met de beschikbaarheid van het aangewezen vestigingsadres werd ingediend, aan deze wettelijke vereiste voorbij te gaan;

Overwegende dat de Commissie van Beroep derhalve de andere vestigingscriteria niet meer kan onderzoeken;”.

1.9. Op 8 januari 2002 neemt de minister van Volksgezondheid, zich aansluitend bij de motivering van de adviezen, het thans bestreden besluit dat de aanvraag zonder persoonlijk rechtmatig belang en niet ontvankelijk is.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij de ontvankelijkheid van de vordering betwist wegens het ontbreken van het vereiste belang; dat zij stelt dat een vernietiging verzoeker geen voordeel kan opleveren omdat de vergunning hoe dan

ook opnieuw geweigerd zal moeten worden nu verzoeker niet over deze vestigingsplaats beschikt, terwijl een adreswijziging eveneens uitgesloten is;

2.2. Overwegende dat verzoeker erkent dat hij geen “recht” kon laten gelden op een vergunning maar stelt dat hij wel het recht heeft op een degelijke wettelijke grond afgewezen te worden en dat dit het voorwerp is van het beroep;

2.3. Overwegende dat het beantwoorden van de exceptie samenvalt met het onderzoek van de grond van de zaak; dat verzoeker immers ten gronde betwist dat het bepaalde in artikel 4, §1, 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van de voor het publiek opengestelde apotheken, ingevoerd bij koninklijk besluit van 8 december 1999 en luidens waarvan de aanvrager het bewijs moet leveren dat hij kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats, op hem van toepassing zou zijn, zodat hij nadien op basis van de verleende vergunning de mogelijkheid heeft om, overeenkomstig een - volgens verzoeker - gangbare praktijk, nadien een adreswijziging in dezelfde omgeving aan te vragen op basis van artikel 14, §2, van het voornoemde koninklijk besluit van 25 september 1974;

3.1.1. Overwegende dat verzoeker in een eerste middel aanvoert dat de bestreden beslissing genomen is met machtsafwending; dat hij daartoe in een eerste onderdeel uiteenzet dat het onwettig is artikel 4 van het koninklijk besluit van 1974 zoals gewijzigd in 1999 toe te passen op het afleveren van de vergunning, daar waar artikel 4 slaat op de aanvragen tot vergunning; dat hij in een tweede onderdeel betoogt dat -zeker in 1987- het vereiste het bewijs voor te kunnen leggen van "het kunnen beschikken" niet bestond; dat volgens verzoeker men zich hier zelfs vragen kan stellen bij deze vermelding omdat het een beschikken blijkt te zijn dat in de ogen van de commissie van openbare orde is, daar waar men in de praktijk totaal afhangt van de goede wil van een derde en dat het overigens normaal is dat dergelijke complaisance-briefjes geen 12 jaar kunnen gelden, ook al wegens de verandering van de eigenaars die kan intreden;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt op het eerste onderdeel dat de bestreden beslissing uitspraak doet over de aanvraag tot een vergunning, zodat zij enkel kan vaststellen dat de verzoeker in gebreke blijft de vermeende onwettigheid te verduidelijken en dat artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 december 1999 overigens zeer duidelijk is waar het bepaalt :

“Voor wat betreft de aanvragen die werden ingediend voor de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 8 december 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken, kunnen de Minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort, of de vestigingscommissies, de aanvrager vragen de in artikel 4, § 1, vermelde stukken voor te leggen, in het geval dat deze stukken nog niet werden neergelegd en het dossier nog niet afgesloten is met een ministeriële beslissing. Deze stukken dienen binnen de negentig dagen na het schriftelijk verzoek en per aangetekende brief te worden opgestuurd tegelijk met de inventaris der stukken.”;

dat zij opmerkt dat de verzoeker dit ondanks herhaalde uitdrukkelijke vraag niet deed, ofschoon erop was gewezen dat er grote onduidelijkheid bestond omtrent de locatie: een onbebouwde kavel of een bestaande woning; dat wat het tweede onderdeel betreft de verwerende partij verklaart dat ook hier verzoeker zeer onduidelijk is : er zou een onwettigheid zijn, maar waarin die onwettigheid bestaat wordt niet verduidelijkt; dat zij ook stelt dat de verzoeker zich beperkt tot pure irrelevante sfeerschepperij door te spreken van compaisance-stukken en dies meer; dat zij daartegen stelt dat het bij de beoordeling van een vestigingsaanvraag ten zeerste relevant is dat de overheid kan beoordelen op welke lokalisatie men een officina wil uitbaten en of men belang kan hebben daartoe een aanvraag te doen, bij gebrek waaraan elkeen voor om het even waar een aanvraag kan indienen voor alle mogelijke plaatsen en gemeenten;

3.1.3. Overwegende dat verzoeker in zijn memorie van wederantwoord nog stelt dat weliswaar artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 december 1999 zeer duidelijk is, doch ook haar stelling zeer duidelijk is : de onwettigheid berust in het invoeren van een ontvankelijkheidsvoorwaarde, noch min noch meer;

3.1.4.1. Overwegende dat een middel dat op machtsafwending steunt hierin bestaat dat de overheid de bevoegdheid waarover zij beschikt heeft aangewend tot een ander doel dan dat waartoe haar die bevoegdheid werd verleend; dat het middel van machtsafwending van subsidiaire aard is, dat wil zeggen door de rechter eerst in overweging wordt genomen als hij geen andere vorm van onwettelijkheid heeft ontwaard;

3.1.4.2. Overwegende dat uit verzoekers uiteenzetting nergens kan worden afgeleid dat hij de minister van Volksgezondheid en de commissie van beroep, die hem geadviseerd heeft ervan beticht de bevoegdheid om vergunningen af te leveren tot het openen van voor het publiek opengestelde apotheken, welke hem is verleend met het oog op het behartigen van de volksgezondheid, meer bepaald, het verzekeren van een behoorlijke spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken, doelbewust heeft aangewend om een ander doel te bereiken; dat overigens bij nadere lezing het middel in werkelijkheid veeleer gesteund lijkt te zijn op het ontbreken van een wettig motief, doordat artikel 4 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 ten onrechte zou zijn toegepast; dat wat dat betreft de verwerende partij terecht opmerkt dat verzoeker in gebreke blijft de vermeende onwettigheid te verduidelijken; dat het middel niet kan worden aangenomen;

3.2.1. Overwegende dat verzoeker in een tweede middel aanvoert :

“feitelijke retroactiviteit : terzake wordt in feite met retroactiviteit een ontvankelijkheidsvoorwaarde vereist, wat uiteraard niet kan.”;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat verzoeker ook hier uiterst beknopt en vaag is; dat het voor haar duidelijk is dat het criterium van beschikbaarheid steeds uitermate belangrijk is geweest en het voormelde artikel 17 in die context trouwens stelt dat de stukken neergelegd moeten worden voor zover zij nog niet zouden neerliggen, hetgeen impliceert dat dergelijk bewijs gebruikelijk wordt neergelegd; dat de wijziging van de regelgeving simpelweg de noodzaak concretiseert om zijn persoonlijk belang bij de aanvraag aan te tonen in die zin dat de

aanvrager over de gevraagde vestigingsplaats moet kunnen beschikken, zo niet hij geen persoonlijk belang bij de aanvraag kan aantonen; dat er overigens geen sprake is van een wijziging in een verkregen toestand : de rechtszekerheid is derhalve geenszins geschonden; artikel 17 laat de mogelijkheid bovendien enkel open voor zover het dossier nog niet afgesloten is met een ministeriële beslissing;

3.2.3. Overwegende dat verzoeker repliceert dat zijn stelling ook hier zeer duidelijk is : de onwettigheid berust in het invoeren van een ontvankelijkheidsvoorwaarde, noch min noch meer, zodat het koninklijk besluit op dat stuk strijdig is met het wettelijk beginsel van de non-retroactiviteit;

3.2.4.1. Overwegende dat indien men het middel met enige goede wil en in samenhang met het vorig middel -dan beschouwd als middel van machtsoverschrijding- interpreteert, verzoeker de wettigheid betwist van het bepaalde in artikel 4, § 1, 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van de voor het publiek opengestelde apotheken, zoals die tekst werd ingevoerd bij koninklijk besluit van 8 december 1999, in zoverre ook voor de reeds hangende aanvragen de verplichting wordt ingesteld om het bewijs voor te leggen dat de aanvrager kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats;

3.2.4.2. Overwegende dat toekomstige gevolgen van situaties die ontstaan zijn onder de gelding van de vroegere wet onder de toepassing van de nieuwe wet vallen; dat dit ter zake des te meer klemmt daar het door verzoeker gehekeld nieuwe voorschrift een procedurevoorschrift is; dat de nieuwe regeling van artikel 4, § 1, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, ingevoerd door het koninklijk besluit van 8 december 1999 van onmiddellijke toepassing is en artikel 17 van dat laatste koninklijk besluit enkel een overgangsbepaling betreft die het mogelijk maakt voor diegenen die hun aanvraag reeds hadden ingediend en die mogelijk het bewijs van beschikking over de vestigingsplaats nog niet hadden neergelegd, aangezien dit niet noodzakelijk was onder de gelding van de oude regeling, dit vooralsnog te doen; dat er dan ook van retroactiviteit geen sprake is; dat het middel niet gegrond is;

3.3.1. Overwegende dat verzoeker in een derde middel het bestreden besluit “onbehoorlijk bestuur” aanwrijft; dat hij betoogt : “Wellicht beantwoordt de volkse constatacie ‘dat iets niet door de beugel kan’ niet aan het juridische begrip ‘onbehoorlijk bestuur’ maar anderzijds is er wel geen andere uitdrukking als alternatief om het administratief reilen en zeilen in deze zaak te kwalificeren en dit door de gewone burger die dan toch ergens recht en zekerheid zoekt.”;

3.3.2. Overwegende dat verzoeker nalaat te omschrijven op welke wijze het aangehaalde rechtsbeginsel zou zijn geschonden; dat vermoedelijk het middel moet worden gelezen in het licht van het vorige middel waarin verzoeker de wettigheid van de regeling betwistte; dat het dan ook veeleer neerkomt op een opportuniteitsbeschouwing omtrent de nieuwe wettelijke regeling, hetgeen niet als een ontvankelijk annulatiemiddel kan worden beschouwd; dat het middel niet ontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoeker.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zeventien oktober 2000 en vijf, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

J. DE BRABANDERE.