

KONINKRIJK BELGIE

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 10 februari 1999 door de Minister van Volksgezondheid verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen 'Volksgezondheid'", heeft op 11 februari 1999 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Santé publique, le 10 février 1999, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses 'Santé publique'", a donné le 11 février 1999 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd

"door het feit dat dringend een nieuwe wettelijke basis moet worden genomen opdat het bestaande moratorium der apotheken, dat vervalt op 8 december 1999, zou kunnen worden verlengd.

Het ontbreken van een nieuwe wettelijke basis zou immers tot een juridisch vacuüm en derhalve een grote rechtsonzekerheid kunnen leiden wanneer, gedurende lange of korte tijd, weer nieuwe apotheekvergunningen op basis van nieuwe aanvragen tot opening zouden kunnen worden afgeleverd.

Gezien België in Europa, na Griekenland, reeds het dichtste netwerk van apotheken bezit en een te groot aantal apotheken tot overconcurrentiële situaties zou kunnen leiden, wat uiteraard niet ten goede komt van de volksgezondheid en evenmin van de begroting van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Om het hernieuwd "moratorium" effectief, controleerbaar en sluitend te maken dienen tevens begeleidende maatregelen te worden genomen door, onder meer, het invoeren van een verplichte registratie van alle bestaande apotheken in België. Deze verplichting geldt voor elke eigenaar of vergunninghouder van een voor het publiek opengestelde apotheek teneinde tegelijkertijd te komen tot een volledig en exact vergunningstelsel, zowel voor de apotheken geopend vóór als na de inwerkingtreding van de vestigingswet van 17 december 1973.

Er moet immers vastgesteld worden dat momenteel de overheid, inzonderheid de Minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, wegens het gebrek aan een verplichte en dwingende registratieprocedure en een algemeen vergunningstelsel voor alle voor het publiek opengestelde apotheken, niet kan

.../...

beschikken over een up-to-date gehouden gegevensbank van apotheken. Deze gegevens zijn ook van belang in het kader van een overzichtelijke en gefundeerde politiek inzake volksgezondheid omdat de overheid absoluut de mogelijkheid moet hebben het exact en geïnventariseerd aantal voor het publiek opengestelde apotheken te kennen.

Elke voor het publiek opengestelde apotheek in België, dient dringend geregistreerd en vergund te worden, met inbegrip van de gegevens van de vergunninghouder, van de werkzame apotheker(s) en de exacte vestigingsplaats.

Bovendien stelt het ontbreken van een verplichte registratie problemen bij de toepassing van het koninklijk besluit nr. 78, art. 4, § 3, 1°, inzonderheid bij de uitvoering van artikel 6, § 1, van het uitvoeringsbesluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken waarbij gesteld wordt dat van elke aanvraag om een vergunning, kennis dient te worden gegeven aan o.a. "de eigenaars van de bestaande apotheken uit de omgeving".

De niet of laattijdige gemelde wijzigingen door de eigenaars/vergunninghouders van een apotheek leidt tot de quasi onmogelijkheid om deze specifieke opdracht snel en correct uit te voeren.

Tevens dient een volledige regeling inzake de sluiting van apotheken dringend te worden genomen. Tijdelijk of definitief gesloten apotheken hebben immers een invloed op het maximum aantal apotheken dat bij moratorium zal moeten worden vastgelegd. Een dergelijke regeling is evenzeer belangrijk in het geval de vergunning van een apotheek door de Raad van State werd geschorst of vernietigd.

Ter illustratie van deze noodzaak kan verwezen worden naar een concreet dossier waarbij de Raad van State, de Minister van Volksgezondheid een dwangsom heeft opgelegd van 100.000,-fr per dag wegens het niet effectief sluiten van een apotheek waarvan de vergunning tot opening was vernietigd.

.../...

Die dwangsom werd opgelegd ondanks het anders-luidend advies van het Auditoraat waarin gesteld werd dat de Minister van Volksgezondheid momenteel geen wettelijke basis heeft om zelf manu militari een apotheek te sluiten.

Dankzij deze wet krijgt de Minister, die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, de mogelijkheid om zelf de sluiting van een apotheek af te dwingen.

Om al deze redenen dient dringend te worden ingegrepen in de vigerende wetgeving".

*

* *

Gelet op de korte termijn welke hem voor het geven van zijn advies wordt toegemeten, heeft de Raad van State zich moeten bepalen tot het maken van de hiernavolgende opmerkingen.

*

* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de

.../...

uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies. Die wijzigingen komen hierop neer

- dat wordt voorzien in de mogelijkheid om het vigerende "moratorium" inzake de openstelling van apotheken (dat verstrijkt op 7 december 1999) te verlengen (artikel 2 van het ontwerp - ontworpen artikel 4, § 3, 1°, zesde lid, van het koninklijk besluit nr. 78);
- dat in het voornoemde koninklijk besluit bepalingen worden opgenomen met betrekking tot de schorsing en de intrekking van vergunningen voor de opening, de overbrenging of de fusie van apotheken, alsook met betrekking tot de sluiting van apotheken in geval van schorsing, intrekking, verval of vernietiging van de vergunning (artikel 2 van het ontwerp - ontworpen artikel 4, § 3, 1°, zevende tot negende lid);
- dat een regeling wordt ingevoerd inzake de registratie van de vestiging en van de overdracht van rechtmatig voor het publiek opengestelde apotheken (artikel 3 van het ontwerp - ontworpen artikel 4, §§ 3bis, 3ter en 3quater).

.../...

ONDERZOEK VAN DE TEKSTArtikel 2Ontworpen artikel 4, § 3, 1°, zesde lid

In de Nederlandse tekst van het ontworpen zesde lid ontbreekt het equivalent van de woorden "selon la procédure fixée au quatrième alinéa" welke in de Franse tekst voorkomen en welke verwijzen naar de verplichting om het advies in te winnen van de meest representatieve farmaceutische beroepsorganisaties.

De gemachtigde van de regering heeft verklaard dat de Franse tekst de bedoeling van de stellers van het ontwerp correct weergeeft.

Ontworpen artikel 4, § 3, 1°, zevende lid

Luidens het ontworpen zevende lid bepaalt de Koning "de procedure in het geval van de definitieve of de tijdelijke sluiting van apotheken, in geval van overmacht of op initiatief van de vergunninghouder, alsmede de voorwaarden voor het behoud of de intrekking van de vergunning door de Minister die de Volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft".

De machtiging aan de Koning om, enerzijds, de bedoelde "procedure" te regelen en, anderzijds, de "voorwaarden voor het behoud of de intrekking van de vergunning" te bepalen, zou duidelijkheidshalve beter in afzonderlijke leden worden opgenomen.

.../...

Luidens het ontworpen achtste lid van artikel 4, § 3, 1°, kan de minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft de vergunning "schorsen of intrekken". Gelet op die bepaling, rijst de vraag of in het ontworpen zevende lid, naast "de voorwaarden voor ... de intrekking", ook niet de voorwaarden voor "de schorsing" moeten worden vermeld.

Ontworpen artikel 4, § 3, 1°, achtste lid

Luidens deze bepaling kan de minister "de apotheekvergunning" schorsen of intrekken, "volgens de procedure bepaald in het vierde lid".

Met "apotheekvergunning" wordt allicht alleen de in het eerste lid van artikel 4, § 3, 1°, bedoelde vergunning voor "de opening" van voor het publiek opengestelde apotheken bedoeld, en niet de vergunning voor "de overbrenging of de fusie". De bepaling dient op dat punt te worden verduidelijkt. Men drage er daarbij zorg voor consequent een uniforme terminologie te gebruiken. Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen negende lid waarin eveneens de term "apotheekvergunning" voorkomt.

De bepaling luidens welke de minister de schorsings- of intrekkingsbeslissingen neemt "volgens de procedure bepaald in het vierde lid" komt erop neer dat die beslissingen slechts kunnen worden genomen nadat het advies van de meest representatieve farmaceutische beroepsorganisaties is ingewonnen. Het is ongebruikelijk die beroepsorganisaties te betrekken bij het nemen van individuele beslissingen. In de memorie van toelichting is

.../...

trouwens sprake van "het advies ... van de vestigings-commissies opgericht volgens artikel 4, § 3, 4°". De tekst van het ontwerp moet allicht in die zin aangepast worden.

Ontworpen artikel 4, § 3, 1°, negende lid

1. Volgens deze bepaling kan de minister, "in het geval van schorsing, intrekking, vernietiging of verval van de apotheekvergunning, de toezichthoudende ambtenaren van de Farmaceutische Inspectie en een deurwaarder (lees : gerechtsdeurwaarder) vorderen om over te gaan tot de tijdelijke of de definitieve sluiting van de apotheek".

Voor de beoordeling van deze bepaling dient een onderscheid gemaakt te worden naargelang het gaat om een sluiting, hetzij ten gevolge van een schorsing of een vernietiging van de vergunning door de rechter (te dezen de Raad van State), hetzij ten gevolge van een schorsing, een intrekking of een vernietiging door de minister, hetzij ten gevolge van het verval van de vergunning.

2.1. Als een vergunning voor de opening van een apotheek door de Raad van State is geschorst of vernietigd, is de overheid verplicht het arrest van de Raad uit te voeren : de toegang tot de rechter, die een wezenlijk kenmerk is van

.../...

de rechtsstaat, zou illusoir zijn, indien de door de rechter gewezen beslissing niet uitgevoerd zou moeten worden (1).

De uitvoering van een schorsings- of vernietigings-arrest houdt in dat de overheid de wettigheid herstelt. In het geval van de schorsing of de vernietiging van een vergunning voor het openen van een apotheek betekent zulks dat de overheid de exploitatie van de niet meer vergunde apotheek moet doen stopzetten (2).

Een arrest van de Raad van State is van rechtswege uitvoerbaar. Met toepassing van artikel 40 van de Grondwet worden de arresten in naam van de Koning ten uitvoer gelegd. De uitgifte van een arrest van de Raad van State is dan ook bekleed met de formule van tenuitvoerlegging, luidend als volgt : "De ministers en de administratieve overheden, wat hen aangaat, zijn gehouden te zorgen voor de uitvoering van dit arrest. De daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarders zijn gehouden hiertoe hun medewerking te verlenen wat betreft de dwangmiddelen van het gemeen recht" (artikel 37 van de procedureregeling voor de Raad van State, vastgesteld bij besluit van de Regent van 23 augustus 1948). De gerechtsdeurwaarders kunnen op hun beurt de politiediensten vorderen om hun de sterke arm te verlenen; de politie-

(1) Zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 maart 1997, Hornsby, Rec., 1997-II, (495), pp. 510 -511, § 40.

(2) Bij ontstentenis van een overheidsbeslissing in die zin kan de Raad van State, op verzoek van de partij die het annulatieberoep heeft ingesteld, aan de Belgische Staat een dwangsom opleggen (R.v.St., 8 september 1998, Van den Driessche, nr. 75.693).

diensten moeten de gerechtsdeurwaarders dan o.m. in staat stellen de moeilijkheden weg te nemen waardoor zij zouden worden belet hun opdracht te vervullen (artikel 44 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt).

De ontworpen regeling voegt niets wezenlijks toe aan de bestaande regels. De vraag rijst of de bedoelde bepaling voor deze hypothese wel zinvol is.

2.2. Als de minister zelf een vergunning heeft geschorst, ingetrokken of vernietigd, gaat het om een administratieve beslissing die bindend is voor de betrokkene. Die handeling geniet bovendien het "privilège du préalable", krachtens hetwelk ze uitvoerbaar is zolang ze zelf niet vernietigd, opgeheven of ingetrokken is, ongeacht of ze regelmatig dan wel onregelmatig is (1).

Dat een eenzijdige administratieve beslissing de burger zonder zijn toestemming bindt, betekent echter nog niet dat de administratie zelf tot gedwongen uitvoering kan overgaan (2). Integendeel, de administratie is daartoe niet gerechtigd, "wanneer geen wettekst haar daartoe machtigt en er geen bijzondere omstandigheden zijn die een dringend

(1) R.v.St., 21 oktober 1994, Legrand, nr. 49.811.

(2) A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, Overzicht van het Belgisch administratief recht, Antwerpen, 1996, 14de uitg., pp. 7-8, nr. 9.

ingrijpen noodzakelijk maken, teneinde een ernstige verstoring van de openbare orde te voorkomen" (1).

De ontworpen bepaling strekt ertoe aan de minister de bevoegdheid te verlenen om, in afwijking van de algemene regel, de ambtshalve tenuitvoerlegging van de door hem genomen maatregel mogelijk te maken. De minister zal zich dus niet vooraf tot de rechter moeten wenden om dwang te mogen uitoefenen.

Het staat aan de wetgever om te oordelen of er voldoende zwaarwichtige redenen zijn die verantwoorden dat afgeweken wordt van het beginsel dat niemand, ook de overheid niet, zichzelf recht doet (2).

Indien de wetgever meent dat dergelijke redenen inderdaad voorhanden zijn, hoeft niet in het (ongebruikelijke) optreden van de gerechtsdeurwaarder voorzien te worden. Het is dan voldoende te bepalen dat de minister ambtenaren van de diensten van het ministerie kan aanwijzen om zijn beslissing in voorkomend geval met dwangmiddelen ten uitvoer te leggen.

(1) Cass., 20 januari 1994, Arr. Cass., 1994, p. 79, nr. 35; met noot M. Nihoul, Dr. comm., 1994, 232.

(2) Rdpl. A. Vanwelkenhuyzen, "La maxime «Nul ne peut se faire justice à soi-même», ses limites et ses sanctions en droit public belge", Rev. adm., 1967, (173), 179. Vgl. M.-A. Flamme, Droit administratif, Brussel, 1989, I, p. 20, nr. 9.

2.3. Het begrip "verval" van de vergunning wordt in het ontwerp niet bepaald. In de memorie van toelichting wordt wel uiteengezet dat "onder het begrip «vervallen» wordt bedoeld de vergunninghouder die geen gebruik maakt van zijn vergunning binnen de termijn bepaald door de Koning".

Het verval doet zich aldus voor als het rechtsgevolg dat van rechtswege verbonden is met het verstrijken van een bepaalde termijn. Een dergelijk rechtsgevolg kan niet "ten uitvoer gelegd" worden, laat staan dat het voorwerp zou zijn van een dwanguitvoering. Hoogstens zou bepaald kunnen worden dat de minister, in het geval van een vervallen vergunning, zo nodig de sluiting van de apotheek kan bevelen; het zou dan die beslissing zijn, welke eventueel met dwangmiddelen ten uitvoer gelegd zou kunnen worden.

Ook hier dient de wetgever zich eerst af te vragen of er wel voldoende redenen zijn, die wettigen dat aan de betrokkene een voorafgaande rechterlijke toetsing van het bevel van de minister ontnomen wordt.

3. De conclusie uit het voorgaande is, enerzijds, dat voor elk van de onderscheiden hypothesen nagegaan moet worden of het voorzien in de mogelijkheid tot dwanguitvoering wel verantwoord is en, anderzijds, dat in de gevallen waarvoor het antwoord bevestigend zou zijn, de tekst van het ontworpen negende lid beter op de betrokken hypothesen afgestemd zou moeten worden.

.../...

Artikel 3

Ontworpen artikel 4, § 3bis

1. Luidens het eerste lid van de ontworpen paragraaf 3bis bepaalt de Koning de verplichte registratieprocedure betreffende de rechtmatig voor het publiek opengestelde apotheken "samen met de retributies of bijdragen die verschuldigd zijn". De bedragen die voortkomen uit deze retributies of bijdragen "zijn bestemd voor de financiering van de opdrachten die door (lees : voor) de betrokken administratieve diensten uit deze wet (lees : dit besluit) (1) voortvloeien".

Er dient met betrekking tot die bepalingen te worden opgemerkt dat slechts kan worden aangenomen dat het vaststellen van het bedrag van de bedoelde "retributies of bijdragen" aan de Koning wordt overgelaten, indien die heffingen inderdaad kunnen worden aangemerkt als retributies, en meer bepaald niet moeten worden beschouwd als belastingen.

Voor het invoeren van een belasting is immers, volgens artikel 170 van de Grondwet, de rechtstreekse bevoegdheid van de bevoegde wetgever vereist, niet alleen voor het opleggen van de belastingplicht zelf, doch ook voor het bepalen van de hoofdbestanddelen ervan. De bevoegde wetgever moet het beginsel van de belasting vaststellen, de

(1) De ontworpen bepaling wordt immers ingevoegd in het koninklijk besluit nr. 78.

grondslag ervan bepalen en de heffing ervan regelen. Die bevoegdheid van de wetgever kan niet aan de uitvoerende macht worden overgedragen, tenminste niet wat de hoofdbestanddelen ervan betreft : de grondslag en het tarief van de belasting. Daarentegen vereist artikel 173 van de Grondwet slechts de onrechtstreekse bemoeiing van de bevoegde wetgever voor het invoeren van retributies. Wanneer die wetgever bepaalt in welke gevallen een retributie verschuldigd is, kan hij aan de uitvoerende macht opdragen er de grondslag van vast te stellen.

Algemeen wordt aangenomen dat van een retributie enkel sprake kan zijn, als de heffing verschijnt als de geldelijke vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige individueel beschouwd. Er moet dus een vergoeding van kosten zijn en die kosten moeten veroorzaakt zijn door een dienst die aan de individuele heffingsplichtige in zijn belang wordt verleend, en niet in het belang van de gemeenschap (1). Bovendien moet er een redelijke verhouding bestaan tussen, enerzijds, de waarde van de bewezen dienst en, anderzijds, de gevorderde retributie : bij gemis van een zodanige verhouding zou de retributie haar vergoedend karakter verliezen en van fiscale aard worden. Het is meer bepaald dat vergoedend karakter en het vereiste van de redelijke verhouding tussen de gepresteerde dienst en de gevorderde retributie, die verantwoorden dat het vaststellen van het bedrag van de retributie aan de uitvoerende macht wordt opgedragen.

(1) Rpl. Arbitragehof, 21 december 1995, nr. 87/95, overw. B.3.4.

Luidens de memorie van toelichting wordt de verplichting tot registratie ingevoerd "teneinde te komen tot een exact en volledig controleerbaar aantal apotheken in België". Uit die toelichting lijkt te kunnen worden opgemaakt dat met de registratie niet in de eerste plaats het belang van de individuele apothekers wordt beoogd, maar dat ze integendeel wordt georganiseerd in het belang van het bestuur.

Dat gegeven en de bepaling luidens welke de bedoelde retributies of bijdragen "bestemd (zijn) voor de financiering van de opdrachten die door (lees : voor) de betrokken administratieve diensten uit deze wet voortvloeien" - en derhalve niet alleen de kosten beogen te dekken die inherent zijn aan de registratie op zich - doen twijfel rijzen over de vraag of de bedoelde heffingen kunnen worden aangemerkt als retributies in de hiervoren bedoelde zin. De regering dient hierover uitsluitel te geven. Indien de bedoelde heffingen als belastingen zouden moeten worden aangemerkt, zou de wetgever zelf in de wezenlijke regeling van de in te voeren belasting moeten voorzien, wat betekent dat de wetgever - en niet de Koning, bij delegatie - alle elementen moet vaststellen aan de hand waarvan de belastingschuld van iedere belastingplichtige kan worden bepaald, dit wil zeggen de grondslag, de aanslagvoet en de eventuele vrijstellingen.

2. Luidens het tweede lid van de ontworpen paragraaf 3bis wordt, naar aanleiding van de registratie, aan eigenaars van apotheken die rechtmatig werden opengesteld

.../...

vóór de inwerkingtreding van de vestigingswet van 17 december 1973 en die niet beschikken over een vergunning op grond van artikel 4, § 3, 1°, van het koninklijk besluit nr. 78, alsnog een persoonlijke vergunning (lees : een vergunning) verleend.

Wat de houders van een vergunning als bedoeld in het voornoemde artikel 4, § 3, 1°, betreft, wordt bepaald dat de minister hun vergunning "hernieuwt".

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom wordt voorzien in de hernieuwing van die bestaande vergunningen. Indien de vergunning destijds regelmatig werd uitgereikt, lijkt de hernieuwing geen zin te hebben. Indien er een betwisting bestaat omtrent de rechtmatigheid van de oorspronkelijke vergunning, zou de ontworpen bepaling in die zin geïnterpreteerd kunnen worden dat ze leidt tot een regularisatie van die vergunning, zonder dat een uitspraak van de rechter, te dezen de Raad van State, afgewacht wordt; aldus zou aan de rechtzoekenden een fundamentele waarborg, met name die van het beroep bij de rechter, in feite ontnomen worden. Voor een dergelijke ingreep lijkt geen verantwoording gegeven te kunnen worden (1).

De toepassing van de laatste volzin van de ontworpen paragraaf 3bis zou dan ook beter worden beperkt tot de eerder vermelde categorie van apotheken waarvoor geen vergunning werd afgegeven.

(1) De memorie van toelichting geeft in elk geval geen redenen voor de hernieuwing van vergunningen.

Ontworpen artikel 4, § 3ter

1. In het eerste lid, 6°, van de ontworpen paragraaf 3ter is sprake van een vergunning die is "vervallen".

Zoals hiervóór reeds is opgemerkt (opmerking 4 bij het ontworpen artikel 4, § 3, 1°, negende lid), bevat het ontwerp geen bepaling i.v.m. de gevallen die tot het verval van een vergunning aanleiding kunnen geven.

Voorzover de vermelding van het "verval" van de vergunning in het eerste lid, 6°, behouden blijft, dient het ontwerp aangevuld te worden met een bepaling die een regeling inhoudt van dat verval.

2. In het tweede lid wordt voorzien in een overgangsmaatregel voor "elke aanvrager bedoeld in § 3bis, uitgezonderd de gevallen bedoeld in § 3ter, 1° of 2° of 6°". Het derde lid bevat een overgangsregeling voor "elke aanvrager bedoeld in § 3bis, voor de gevallen bedoeld in § 3ter, 3° of 4° of 5°".

Het gaat in die beide bepalingen om dezelfde aanvragers en dezelfde hypothesen. Het ware dan ook eenvoudiger in het ontworpen tweede lid te schrijven "elke aanvrager bedoeld in § 3bis, voor de gevallen bedoeld in het eerste lid, 3° of 4° of 5°". In het derde lid kan men dan verwijzen naar "elke aanvrager bedoeld in het tweede lid".

.../...

Ontworpen artikel 4, § 3quater

Luidens het eerste lid van de ontworpen paragraaf 3quater dient eveneens een registratieprocedure te worden gevolgd bij de "overdracht" van een rechtmatig voor het publiek opengestelde apotheek.

Het tweede lid machtigt de Koning om de procedure en de modaliteiten betreffende deze registratie te bepalen, alsmede "de retributie of bijdrage die verschuldigd is". De bedragen die voortkomen uit deze retributies of bijdragen "zijn bestemd voor de financiering van de opdrachten die door (lees : voor) de betrokken administratieve diensten uit deze wet (lees : dit besluit) voortvloeien".

Met betrekking tot die retributies of bijdragen geldt mutatis mutandis dezelfde opmerking als die welke hiervoren werd gemaakt in verband met het ontworpen artikel 4, § 3bis (opmerking 1).

Conformément à l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"door het feit dat dringend een nieuwe wettelijke basis moet worden genomen opdat het bestaande moratorium der apotheken, dat vervalt op 8 december 1999, zou kunnen worden verlengd.

Het ontbreken van een nieuwe wettelijke basis zou immers tot een juridisch vacuüm en derhalve een grote rechtsonzekerheid kunnen leiden wanneer, gedurende lange of korte tijd, weer nieuwe apotheekvergunningen op basis van nieuwe aanvragen tot opening zouden kunnen worden afgeleverd.

Gezien België in Europa, na Griekenland, reeds het dichtste netwerk van apotheken bezit en een te groot aantal apotheken tot overconcurrentiële situaties zou kunnen leiden, wat uiteraard niet ten goede komt van de volksgezondheid en evenmin van de begroting van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Om het hernieuwd "moratorium" effectief, controleerbaar en sluitend te maken dienen tevens begeleidende maatregelen te worden genomen door, onder meer, het invoeren van een verplichte registratie van alle bestaande apotheken in België. Deze verplichting geldt voor elke eigenaar of vergunninghouder van een voor het publiek opengestelde apotheek teneinde tegelijkertijd te komen tot een volledig en exact vergunningstelsel, zowel voor de apotheken geopend vóór als na de inwerkingtreding van de vestigingswet van 17 december 1973.

Er moet immers vastgesteld worden dat momenteel de overheid, inzonderheid de Minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, wegens het gebrek aan een verplichte en dwingende registratieprocedure en een algemeen vergunningstelsel voor alle voor het publiek opengestelde apotheken, niet kan beschikken over een up-to-date gehouden gegevensbank van apotheken. Deze gegevens zijn ook van belang in

.../...

het kader van een overzichtelijke en gefundeerde politiek inzake volksgezondheid omdat de overheid absoluut de mogelijkheid moet hebben het exact en geïnterpreteerd aantal voor het publiek opengestelde apotheken te kennen.

Elke voor het publiek opengestelde apotheek in België, dient dringend geregistreerd en vergund te worden, met inbegrip van de gegevens van de vergunninghouder, van de werkzame apotheker(s) en de exacte vestigingsplaats.

Bovendien stelt het ontbreken van een verplichte registratie problemen bij de toepassing van het koninklijk besluit nr. 78, art. 4, § 3, 1°, inzonderheid bij de uitvoering van artikel 6, § 1, van het uitvoeringsbesluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken waarbij gesteld wordt dat van elke aanvraag om een vergunning, kennis dient te worden gegeven aan o.a. "de eigenaars van de bestaande apotheken uit de omgeving".

De niet of laattijdige gemelde wijzigingen door de eigenaars/vergunninghouders van een apotheek leidt tot de quasi onmogelijkheid om deze specifieke opdracht snel en correct uit te voeren.

Tevens dient een volledige regeling inzake de sluiting van apotheken dringend te worden genomen. Tijdelijk of definitief gesloten apotheken hebben immers een invloed op het maximum aantal apotheken dat bij moratorium zal moeten worden vastgelegd. Een dergelijke regeling is evenzeer belangrijk in het geval de vergunning van een apotheek door de Raad van State werd geschorst of vernietigd.

Ter illustratie van deze noodzaak kan verwezen worden naar een concreet dossier waarbij de Raad van State, de Minister van Volksgezondheid een dwangsom heeft opgelegd van 100.000,-fr per dag wegens het niet effectief sluiten van een apotheek waarvan de vergunning tot opening was vernietigd.

Die dwangsom werd opgelegd ondanks het andersluidend advies van het Auditoraat waarin gesteld werd dat de Minister van Volksgezondheid momenteel geen wettelijke basis heeft om zelf manu militari een apotheek te sluiten.

.../...

Dankzij deze wet krijgt de Minister, die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, de mogelijkheid om zelf de sluiting van een apotheek af te dwingen.

Om al deze redenen dient dringend te worden ingegrepen in de vigerende wetgeving".

*

* *

Eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat a dû se limiter à formuler les observations suivantes.

*

* *

PORTEE DU PROJET

L'avant-projet de loi soumis pour avis entend apporter des modifications à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales. Ces modifications impliquent

- la possibilité de prolonger le moratoire en vigueur (qui expire le 7 décembre 1999) concernant l'ouverture d'officines pharmaceutiques (article 2 du projet - article 4, § 3, 1°, alinéa 6, en projet, de l'arrêté royal n° 78);

.../...

- l'incorporation, dans l'arrêté royal précité, de dispositions concernant la suspension et le retrait d'autorisations délivrées pour l'ouverture, le transfert ou la fusion d'officines pharmaceutiques, ainsi que la fermeture d'officines en cas de suspension, de retrait, de déchéance ou d'annulation de l'autorisation (article 2 du projet - article 4, § 3, 1°, alinéas 7 à 9, en projet);
- l'introduction d'un régime relatif à l'enregistrement de l'implantation et du transfert d'officines régulièrement ouvertes au public (article 3 du projet - article 4, §§ 3bis, 3ter et 3quater en projet).

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

Article 4, § 3, 1°, alinéa 6, en projet

Le texte néerlandais de l'alinéa 6 en projet ne comprend pas d'équivalent pour les mots "selon la procédure fixée au quatrième alinéa" qui figurent dans le texte français et qui font référence à l'obligation de recueillir l'avis des organisations professionnelles pharmaceutiques les plus représentatives.

Le délégué du gouvernement a déclaré que le texte français reflète correctement l'intention des auteurs du projet.

.../...

Article 4, § 3, 1°, alinéa 7, en projet

Aux termes de l'alinéa 7 en projet, le Roi fixe "la procédure en cas de la (lire : "en cas de") fermeture définitive ou temporaire d'une officine, pour des raisons de cas de force majeure (lire : "pour des raisons de force majeure") ou à l'initiative du détenteur de l'autorisation, ainsi que les conditions régissant le maintien ou le retrait de l'autorisation par le Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions".

Par souci de clarté, il vaudrait mieux inscrire dans des alinéas distincts la délégation attribuée au Roi en vue, d'une part, de régler la "procédure" visée et, d'autre part, de fixer "les conditions régissant le maintien ou le retrait de l'autorisation".

Aux termes de l'alinéa 8 de l'article 4, § 3, 1°, en projet, le ministre ayant la santé publique dans ses attributions peut "suspendre ou retirer" l'autorisation. Cette disposition soulève la question de savoir si, dans l'alinéa 7 en projet, il n'y a pas lieu de mentionner également, outre "les conditions régissant ... le retrait", les conditions applicables à "la suspension".

Article 4, § 3, 1°, alinéa 8, en projet

Aux termes de cette disposition, le ministre peut suspendre ou retirer "l'autorisation relative à une officine", "suivant la procédure fixée au quatrième alinéa (lire : à l'alinéa 4)".

.../...

L'expression "autorisation relative à une officine" ne vise assurément que l'autorisation requise pour "l'ouverture" d'officines ouvertes au public, visée à l'alinéa 1er de l'article 4, § 3, 1°, et non l'autorisation requise pour le transfert ou la fusion. La disposition doit être précisée sur ce point. Il conviendra de veiller à cet égard à employer systématiquement une terminologie uniforme. La même observation s'applique à l'alinéa 9 en projet où apparaît également l'expression "autorisation d'officine pharmaceutique".

La disposition aux termes de laquelle le ministre prend les décisions de suspension ou de retrait "suivant la procédure fixée au quatrième alinéa (lire : à l'alinéa 4)", implique que ces décisions ne peuvent être prises qu'après que l'avis des organisations professionnelles pharmaceutiques les plus représentatives a été recueilli. Il n'est pas d'usage d'associer ces organisations professionnelles à la prise de décisions individuelles. L'exposé des motifs fait au demeurant état de "l'avis des commissions d'implantation, créées en exécution de l'article 4, § 3, 4°". Le texte du projet doit assurément être adapté en ce sens.

Article 4, § 3, 1°, alinéa 9, en projet

1. Selon cette disposition, le ministre peut "en cas de suspension, retrait, annulation ou déchéance de l'autorisation d'officine pharmaceutique, requérir les fonctionnaires de l'Inspection de la pharmacie chargés du contrôle et un huissier (lire : "un huissier de justice") de procéder à la fermeture temporaire ou définitive de l'officine".

.../...

Pour apprécier cette disposition, il y a lieu d'opérer une distinction selon qu'il s'agit d'une fermeture qui résulte soit d'une suspension ou d'une annulation de l'autorisation par le juge (en l'espèce, le Conseil d'Etat), soit d'une suspension, d'un retrait ou d'une annulation par le ministre, soit de la déchéance de l'autorisation.

2.1. Si une autorisation délivrée pour l'ouverture d'une officine est suspendue ou annulée par le Conseil d'Etat, l'autorité est tenue d'exécuter l'arrêt du Conseil : l'accès au juge, qui est une caractéristique essentielle de l'Etat de droit, serait illusoire, si la décision rendue par le juge ne devait pas être exécutée (1).

L'exécution d'un arrêt de suspension ou d'annulation implique que l'autorité rétablit la légalité. En cas de suspension ou d'annulation d'une autorisation délivrée pour l'ouverture d'une officine, cela signifie que l'autorité doit faire cesser l'exploitation de l'officine qui ne bénéficie plus d'une autorisation (2).

Un arrêt du Conseil d'Etat est exécutoire de plein droit. En application de l'article 40 de la Constitution, les arrêts sont exécutés au nom du Roi. L'expédition d'un

(1) Voir Cour européenne des droits de l'homme, 19 mars 1997, Hornsby, Rec., 1997-II, (495), pp. 510-511, § 40.

(2) A défaut de décision de l'autorité en ce sens, le Conseil d'Etat peut, à la demande de la partie qui a introduit le recours en annulation, imposer une astreinte à l'Etat belge (C.E., 8 septembre 1998, Van den Driessche, n° 75.693).

arrêt du Conseil d'Etat est dès lors revêtue de la formule exécutoire s'énonçant comme suit : "Les ministres et les autorités administratives, en ce qui les concerne, sont tenus de pourvoir à l'exécution du présent arrêt. Les huissiers à ce requis ont à y concourir en ce qui concerne les voies de droit commun" (article 37 du règlement de procédure devant le Conseil d'Etat, fixé par l'arrêté du Régent du 23 août 1948). Les huissiers de justice peuvent à leur tour requérir les services de police afin de leur prêter main forte; les services de police doivent, notamment, permettre aux huissiers de justice de lever les difficultés qui les empêcheraient de remplir leur mission (article 44 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police).

Les dispositions en projet n'ajoutent rien d'essentiel aux normes existantes. La question se pose de savoir si la disposition visée se justifie effectivement dans cette hypothèse.

2.2. Si le ministre a suspendu, retiré ou annulé lui-même une autorisation, il s'agit d'une décision administrative obligatoire pour l'intéressé. Cet acte bénéficie en outre du privilège du préalable en vertu duquel il est applicable aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé, suspendu ou retiré, qu'il soit entaché d'irrégularités ou non (1).

La circonstance qu'une décision administrative unilatérale oblige le citoyen sans son consentement ne

(1) C.E., 21 octobre 1994, Legrand, n° 49.811.

signifie toutefois pas pour autant que l'administration puisse procéder elle-même à une exécution forcée (1). Au contraire, l'administration n'y est pas autorisée "à défaut de texte légal l'y habilitant et en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public" (2).

La disposition en projet vise à accorder au ministre le pouvoir de permettre, par dérogation à la règle générale, l'exécution d'office de la mesure qu'il a prise. Le ministre ne devra donc pas s'adresser préalablement au juge pour pouvoir exercer la contrainte.

Il appartient au législateur de juger s'il existe des motifs suffisamment graves pour justifier la dérogation au principe qui veut que nul, pas même l'autorité, ne peut se faire justice à soi-même (3).

Si le législateur estime que pareils motifs existent effectivement, il n'est pas nécessaire de prévoir l'intervention (inhabituelle) de l'huissier de justice. Il est dès lors suffisant de disposer que le ministre peut

(1) A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Anvers, 1996, 14e éd., pp. 7-8, n° 9.

(2) Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 75, n° 35; avec note de M. Nihoul, *Dr. comm.*, 1994, 232.

(3) Consultez A. Vanwelkenhuyzen, "La maxime «Nul ne peut se faire justice à soi-même», ses limites et ses sanctions en droit public belge", *Rev. adm.*, 1967, (173), 179. Cf. M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, I, p. 20, n° 9.

désigner des agents des services du ministère pour exécuter sa décision, le cas échéant en usant de contraintes.

2.3. Le projet ne définit pas la notion de "déchéance" de l'autorisation. L'exposé des motifs explique toutefois que par ce terme, il convient d'entendre que "le détenteur d'autorisation n'a pas fait usage de celle-ci dans les délais fixés par le Roi".

La déchéance apparaît donc comme l'effet juridique lié de plein droit à l'expiration d'un délai déterminé. Pareil effet juridique ne peut être "exécuté", a fortiori faire l'objet d'une exécution forcée. Le texte pourrait tout au plus prévoir qu'en cas d'autorisation périmée, le ministre pourra, si nécessaire ordonner la fermeture de l'officine; ce serait alors cette décision qui pourrait être exécutée, en ayant éventuellement recours à la contrainte.

Ici aussi, le législateur devra tout d'abord se demander s'il existe bien des motifs suffisants pour justifier que l'intéressé soit privé d'un contrôle judiciaire préalable de l'ordre du ministre.

3. Force est de conclure de ce qui précède, d'une part, que pour chacune des différentes hypothèses, il conviendra de vérifier si la possibilité de l'exécution forcée est bien justifiée et, d'autre part, que dans les cas où la réponse serait positive, le texte de l'alinéa 9 en projet devrait mieux cerner les hypothèses concernées.

.../...

Article 3

Article 4, § 3bis, en projet

1. Aux termes de l'alinéa 1er du paragraphe 3bis en projet, le Roi fixe la procédure d'enregistrement obligatoire concernant les officines régulièrement ouvertes au public, "y compris les rétributions ou redevances dues". Les sommes provenant de ces rétributions ou redevances "sont destinées à financer les missions qui résultent de la présente loi (lire : du présent arrêté) (1) pour les services administratifs concernés".

Il convient d'observer, concernant ces dispositions, qu'il ne peut être admis de laisser au Roi le soin de déterminer le montant des "rétributions ou redevances" visées que si ces perceptions peuvent être considérées comme des redevances et ne doivent pas, plus particulièrement, être regardées comme des impositions.

En effet, l'établissement d'un impôt requiert, selon l'article 170 de la Constitution, l'intervention directe du législateur compétent, non seulement pour imposer l'assujettissement proprement dit, mais également pour en déterminer les principaux éléments. Le législateur compétent doit établir le principe de l'impôt, en déterminer l'assiette et en régler la perception. Cette compétence du

(1) La disposition en projet est en effet insérée dans l'arrêté royal n° 78.

législateur ne peut être transférée au pouvoir exécutif, du moins pas en ce qui concerne ses éléments fondamentaux : l'assiette et le taux de l'impôt. Par contre, l'article 173 de la Constitution requiert uniquement l'intervention indirecte du législateur compétent pour l'établissement de redevances. Lorsque ce législateur détermine dans quels cas une redevance est due, il peut charger le pouvoir exécutif d'en fixer l'assiette.

Il est généralement admis qu'il ne peut être question de redevance que lorsque la perception apparaît comme la rémunération pécuniaire d'un service fourni par l'autorité en faveur du redevable, considéré individuellement. Il doit donc y avoir une rémunération de frais et ces frais doivent résulter d'un service fourni à titre individuel au redevable dans son intérêt et non dans l'intérêt de la communauté (1). En outre, il doit exister un rapport raisonnable entre, d'une part, la valeur du service fourni et, d'autre part, la redevance demandée : à défaut de pareil rapport, la redevance perdrait son caractère rémunératoire et deviendrait de nature fiscale. C'est plus particulièrement ce caractère rémunératoire et la condition de l'existence d'un rapport raisonnable entre le service accompli et la redevance demandée qui justifient que la fixation du montant de la redevance soit dévolue au pouvoir exécutif.

Selon l'exposé des motifs, l'obligation d'enregistrement est instaurée afin d'arriver à un nombre exact et parfaitement contrôlable de pharmacies en Belgique. Il semble pouvoir être déduit de ce commentaire que l'enregis-

(1) Cf. Cour d'arbitrage, 21 décembre 1995, n° 87/95, cons. B.3.4.

trement ne vise pas dans un premier temps l'intérêt des pharmaciens, pris individuellement, mais qu'au contraire, il est organisé dans l'intérêt de l'administration.

Cet élément ainsi que la disposition selon laquelle les rétributions ou redevances visées "sont destinées à financer les missions qui résultent de la présente loi pour les services administratifs concernés - et ne visent dès lors pas uniquement à couvrir les frais inhérents à l'enregistrement en soi - suscitent des doutes quant à la question de savoir si les perceptions visées peuvent être considérées comme des redevances dans le sens mentionné ci-dessus. Le gouvernement devra donner une réponse définitive à cet égard. Si ces perceptions devaient être considérées comme des impôts, le législateur devrait lui-même régler les éléments essentiels de l'impôt à établir, ce qui signifie que le législateur - et non pas le Roi par délégation - doit déterminer tous les éléments au moyen desquels la dette fiscale de chaque redevable peut être fixée, à savoir l'assiette, le taux d'imposition et les exonérations éventuelles.

2. L'alinéa 2 du paragraphe 3bis en projet prévoit encore l'attribution, à l'occasion de l'enregistrement, d'une autorisation personnelle (lire : une autorisation) aux propriétaires d'officines qui ont été régulièrement ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi d'implantation du 17 décembre 1973 et qui ne disposent pas d'une autorisation en vertu de l'article 4, § 3, 1°, de l'arrêté royal n° 78.

.../...

En ce qui concerne les détenteurs d'une autorisation visée à l'article 4, § 3, 1°, précité, le projet dispose que le ministre "renouvelle" leur autorisation.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison du renouvellement de ces autorisations existantes. Si l'autorisation a été délivrée régulièrement à l'époque, son renouvellement ne semble avoir aucun sens. S'il existe une contestation quant à la régularité de l'autorisation originelle, la disposition en projet pourrait être interprétée en ce sens qu'elle implique une régularisation de cette autorisation, sans attendre de décision du juge, en l'espèce le Conseil d'Etat; ainsi, les justiciables seraient privés en fait d'une garantie fondamentale, à savoir celle de la saisine du juge. Une telle intervention ne semble pouvoir être justifiée (1).

Il vaudrait mieux, dès lors, limiter l'application de la dernière phrase du paragraphe 3bis en projet à la catégorie d'officines susvisée pour laquelle aucune autorisation n'a été délivrée.

Article 4, § 3ter, en projet

1. L'alinéa 1er, 6°, du paragraphe 3ter en projet fait état d'une autorisation qui est "déchue".

(1) L'exposé des motifs ne comporte en tout cas aucun motif justifiant le renouvellement d'autorisations.

Comme il a été relevé ci-dessus (observation 4 relative à l'article 4, § 3, 1°, alinéa 9, en projet), le projet ne comporte pas de disposition concernant les cas pouvant donner lieu à la déchéance d'une autorisation.

Dans la mesure où la mention de la "déchéance" de l'autorisation est maintenue à l'alinéa 1er, 6°, le projet devra être complété par une disposition régissant cette déchéance.

2. L'alinéa 2 prévoit une mesure transitoire pour "tout demandeur visé au § 3bis, à l'exception des cas visés au § 3ter, 1° ou 2° ou 6°". L'alinéa 3 comprend un régime transitoire pour "tout demandeur visé au § 3bis, pour les cas visés au § 3ter 3° ou 4° ou 5°".

Dans ces deux dispositions, il s'agit des mêmes demandeurs et des mêmes hypothèses. Il serait dès lors plus simple d'écrire à l'alinéa 2 en projet "tout demandeur visé au § 3bis, pour les cas visés à l'alinéa 1er, 3° ou 4° ou 5°". L'alinéa 3 peut alors renvoyer à "tout demandeur visé à l'alinéa 2".

Article 4, § 3quater, en projet

Aux termes de l'alinéa 1er du paragraphe 3quater en projet, il y a également lieu de suivre une procédure d'enregistrement en cas de "transmission" d'une d'officine régulièrement ouverte au public.

.../...

L'alinéa 2 habilite le Roi à fixer la procédure et les modalités de cet enregistrement ainsi que "les rétributions ou les redevances dues". Les sommes provenant de ces rétributions ou redevances "sont destinées à financer les missions qui résultent de la présente loi (lire : "du présent arrêté") pour les services administratifs concernés".

En ce qui concerne ces rétributions ou redevances, il convient de formuler mutatis mutandis la même observation que celle qui a été faite ci-dessus à l'égard de l'article 4, § 3bis, en projet (observation 1).

De kamer was samengesteld uit

de Heren W. DEROOVER,
Messieurs

D. ALBRECHT,
P. LEMMENS,

Mevrouw F. LIEVENS,
Madame

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. W. DEROOVER.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. VAN NIEUWENHOVE, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. W. PAS, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. W. DEROOVER.

Le rapport a été présenté par M. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. W. PAS, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LIEVENS

W. DEROOVER