

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 186.352 van 18 september 2008
in de zaak A. 147.063/VII-36.957.**

In zake :
1. Jean CLAES,
2. de BVBA APOTHEEK SCHUERMANS,
3. de NV APOTHEEK SAS,
die woonplaats kiezen bij
advocaten W. DOM en Ch. DE NIJN,
kantoor houdende te PUTTE,
Waversesteenweg 81

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Volksgezondheid,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. UYTENDAELE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Bronstraat 68.

tussenkommende partij :

Ann HEYLEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. DE LAT,
kantoor houdende te HERENTALS,
Lierseweg 238.

DE RAAD VAN STATE, VIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Jean CLAES, de BVBA APOTHEEK SCHUERMANS en de NV APOTHEEK SAS op 26 januari 2004 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van de minister van Volksgezondheid van 6 juni 2003 waarbij aan Ann HEYLEN een vergunning wordt verleend voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Poederleeseweg 9 te Lille;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 26 maart 2004 ingediend door Ann HEYLEN;

Gelet op de beschikking van 19 april 2004 die de tussenkomst van Ann HEYLEN toelaat;

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 22 september 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 26 mei 2008 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 26 juni 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat N. SCHELLEMANS die, loco advocaten W. DOM en Ch. DE NIJN verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat S. ADRIAENSENS die, loco advocaat J. DE LAT verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS ;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De feiten

1.1. Op 21 oktober 1991 dient de tussenkomende partij een aanvraag in tot het verkrijgen van een vergunning voor het openen van een apotheek, gelegen aan de Poederleeseweg 9 te Lille.

1.2. Alle, overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek openstelde apotheken (hierna : koninklijk besluit van 25 september 1974),

ingewonnen adviezen zijn ongunstig. De conclusie in het verslag van de apotheker-directeur van de algemene farmaceutische inspectie van 16 oktober 2001 is daarentegen voorwaardelijk gunstig. In dit advies wordt gesteld dat er in Lille, op grond van het bevolkingscijfer van de gemeente dat op 1 januari 2001 15.107 inwoners omvatte, en gelet op artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, op het feit dat er in de gemeente vier apotheken zijn gevestigd, en dat er in één van die apotheken twee apothekers voltijds hun beroepswerkzaamheden uitoefenen, een bijkomende apotheek kan worden gevestigd. De aanvraagster moet echter nog het bewijs leveren dat zij effectief over de voorgenomen vestigingsplaats kan beschikken.

1.3. Na het indienen van bijkomende stukken door de aanvraagster legt de farmaceutische inspecteur op 8 augustus 2002 een bijkomend verslag neer dat onvoorwaardelijk gunstig is.

1.4. Op 27 augustus 2002 maakt de farmaceutische inspecteur een bezwaarschrift van een aantal apothekers over aan de vestigingscommissie.

1.5. Op 23 december 2002 brengt de vestigingscommissie een gunstig advies uit over de vergunningsaanvraag. De terzake relevante motieven van dat advies luiden als volgt :

"(...)

2. Stelling van aanvraagster

2.1. Aanvraagster legt er vooreerst de nadruk op dat terzake toepassing dient gemaakt te worden voor artikel 1§2 van het hoger vermeld K.B..., zijnde het demografisch criterium.

De fusiegemeente Lille telt 15.152 inwoners, op 1 januari 2001 (B.S. 22.9.2001, p 31794) waren er 15.107 inwoners.

De gemeente bestaat uit 4 deelgemeenten met elk een apotheek. Dus in het totaal zijn er vier apotheken. Op het ogenblik van de aanvraag was er een apotheker-adjunct werkzaam in voltijdse betrekking in de apotheken SAS te Lille (zie het verslag van Inspecteur Jacobs dd 12 maart 1992).

Er is ook een cumulerend arts met geneesmiddelendepot ad vitam.

2.2. Toegepast op het artikel 1§2 komt men tot de volgende conclusie :

Het aantal toegelaten apotheken bedraagt :

$15.152 \text{ inw.} - 5000 (1) : 2.500 = 4 + 1 = \text{vijf apotheken}$, en de fusiegemeente telt thans vier apotheken.

Het bestaande geneesmiddelendepot is geen voor het publiek opengestelde officina en er kan hiermede geen rekening worden gehouden. Bovendien is de arts die dit depot 'ad vitam' beheert, van zekere leeftijd, wat de verdwijning van dit depot in een nabije toekomst laat vermoeden.

(...)

4. Advies van de commissie

4.1. Het blijkt uit het verslag van Inspecteur Jacobs dd. 12 maart 1992, dat op het ogenblik van de aanvraag er slechts één adjunct-apotheker in voltijdse betrekking werkzaam was in de apotheek van de deelgemeente Lille.

De door aanvraagster voorgestelde berekening op grond van artikel 1§2 van het hogervermeld K.B. is correct op grond van het actuele bevolkingscijfer.

Er kan dus een bijkomende apotheek in de fusiegemeente Lille geopend worden.

4.2. Alhoewel het organiek K. B. de tussenkomst van de omliggende apothekers niet voorziet, meent de commissie de schriftelijke opmerkingen kort te moeten beantwoorden.

4.2.1. De afstand tot de dichtstbijgelegen apotheek (500 meter) dient niet als terzake worden beschouwd als een hinderpaal. Het criterium van artikel 1§2, blijft het bevolkingsaantal, waar de apotheek ook gevestigd wordt.

Met de adjunct-apothekers kan slechts rekening gehouden worden voor zover zij er waren op het ogenblik van de aanvraag (art. 1§2 littera a).

4.2.2. Met de cumulerend arts geneesmiddelen depot ad vitam kan geen rekening gehouden worden. Het is geen apotheek en ter zitting werd verklaard dat de arts een respectabele leeftijd heeft bereikt, zodat het depot -ad vitam- in tijd is beperkt.

4.2.3. Dat het aantal adjunct-apothekers geëvolueerd is met het groeiend aantal inwoners is terzake niet dienend, gelet op de bewoordingen van de toepasselijke wettelijke bepaling hierboven aangehaald.

4.2.4. Tenslotte, zoals aanvraagster het voorhoudt, is het quasi onmogelijk op een plan aan te duiden welke de invloedssfeer van de geplande apotheek is. De deelgemeente Lille is de hoofdgemeente van de vier deelgemeenten. Men kan dus redelijkerwijze aannemen dat de omwonenden uit de overige gemeenten, deel uitmaken van de invloedssfeer van de te vestigen apotheek in Lille dat ook het handels- en dienstencentrum van gans de fusiegemeente uitmaakt.

4.3. Het advies van de Vestigingscommissie is derhalve gunstig".

1.6. Met een verwijzing naar dit advies verleent de minister van Volksgezondheid op 6 juni 2003 de gevraagde vergunning. Dit is de thans bestreden beslissing.

2. De ontvankelijkheid

2.1. De verwerende partij, hierin bijgetreden door de tussenkomende partij wat de eerste twee excepties betreft, werpt drie excepties van onontvankelijkheid op.

2.2.1. In de eerste plaats werpt zij op dat het beroep niet tijdig is ingesteld. Zij stelt dat de termijn om de bestreden beslissing aan te vechten, verstreek op 27 januari 2004 en dat het verzoekschrift pas door de Raad van State werd ontvangen op 29 januari 2004, wat laattijdig is.

2.2.2. Niet de datum van de ontvangst van het verzoekschrift op de griffie van de Raad van State, maar wel het postmerk van de aangetekende verzending van het verzoekschrift naar de Raad wordt in aanmerking genomen om te bepalen wanneer het beroep werd ingesteld. De datumstempel van het aangetekend schrijven vermeldt 26 januari 2004. De exceptie wordt verworpen.

2.3.1. Ook wordt opgeworpen dat het beroep van de tweede en de derde verzoekende partij onontvankelijk is bij ontstentenis van een geldige beslissing van het bevoegde orgaan van de rechtspersoon om het huidige geding aan te spannen.

2.3.2. Uit het dossier blijkt dat de verzoekende partijen - in antwoord op de vraag van de griffie van de Raad van State van 5 februari 2004 (datum poststempel) om enerzijds de tekst van de van kracht zijnde statuten en anderzijds het stuk waaruit blijkt dat door het bevoegde orgaan van de rechtspersoon werd beslist tot het instellen van het beroep neer te leggen - op 19 februari 2004 (datum poststempel) de statuten en de beslissingen om in rechte te treden, hebben neergelegd. De gevolgtrekkingen die daar in het auditorsverslag uit worden afgeleid, worden door de verwerende en de tussenkomen partijen niet bekritiseerd. De exceptie wordt verworpen.

2.4.1. De verwerende partij werpt nog op dat de derde verzoekende partij geen rechtmatig belang kan laten gelden.

2.4.2. De verwerende partij geeft in een later geschrift aan de auditeur evenwel zelf toe dat de exceptie met betrekking tot het gebrek aan wettig belang feitelijke grondslag mist. De exceptie kan dan ook niet worden aangenomen.

3. Ten gronde

3.1.1. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, zoals gewijzigd door de koninklijke besluiten van 19 april 1977, 16 december 1981, 23 december 1983, 17 februari 1988, 18 oktober 1994, 3 april 1997, 3 maart 1999, 25 maart 1999, 8 december 1999 en 4 maart 2001. De verzoekende partijen achten in een eerste onderdeel deze bepaling geschonden omdat het aantal inwoners van Lille, blijkens het Belgisch Staatsblad van 22 september 2001, 15.107 bedraagt, zodat het een gemeente betreft waarvan het inwonersaantal tussen 7.500 en 30.000 ligt, en er reeds 4 apotheken in Lille gevestigd zijn, waarvan er één een adjunct-apotheker voltijds

in dienst had vóór het indienen van de vestigingsaanvraag, waardoor het bevolkingscijfer met 5.000 eenheden wordt verminderd. De verzoekende partijen zijn van oordeel dat er in de gegeven omstandigheden "onmogelijk (een) vergunning (kan) worden verleend tot vestiging van een vijfde apotheek". Zij berekenen het maximum aantal toegelaten apotheken als volgt: $15.107 - 5000 / 2500 = 4,06$. In een tweede onderdeel van het middel voeren de verzoekende partijen nog het volgende aan : "Door enkel rekening te houden met de evolutie van het bevolkingscijfer en niet met de evolutie van het voltijds apothekerspersoneelsbestand in de bestaande apotheken van de gemeente Lille tijdens de behandeling van de vergunningsaanvraag wordt - door deze discrepantie - het doel van de wet op manifeste wijze miskend".

3.1.2. De verwerende partij, daarin bijgetreden door de tussenkomenende partij, betwist de juistheid van deze berekeningswijze.

Zij stelt het volgende :

"Uit het administratief dossier blijkt dat de fusiegemeente LILLE een gemeente is waarvan het bevolkingscijfer (15.107 of 15.152) tussen 7.500 en 30.000 inwoners ligt, en dat er thans vier apotheken in betrokken fusiegemeenten gevestigd zijn, waarvan één met een voltijdse adjunct-apotheker op het ogenblik van het indienen van de aanvraag. De correcte berekening luidt bijgevolg als volgt :

$(15.107 - 5.000) = 10.107$ inwoners

$10.107 : 2.500 = 4,04$ apotheken

+ 1 apotheek (die telt voor 5.000 inwoners = 5,04 apotheken toegelaten.

Een andere correcte berekeningswijze (proef op de som) luidt als volgt :

$15.107 : 2.500 = 6,04$ apotheken

$6,04 - 1$ apotheek (nu 1 apotheek geldt voor 5.000 inwoners)

= 5,04 apotheken toegelaten".

3.1.3.1. Artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 luidt als volgt :

"§ 2. Naargelang het bevolkingscijfer van de gemeente :

- meer dan 30 000 inwoners

- 7 500 tot 30 000 inwoners

- minder dan 7 500 inwoners

bedraagt, mag het aantal voor het publiek opengestelde apotheken niet hoger zijn dan het quotiënt van de deling van het totaal aantal inwoners door respectievelijk :

- 3 000

- 2 500

- 2 000

Per bestaande apotheek waarin twee of meer apothekers gelijktijdig en effectief in voltijdse betrekking hun beroepswerkzaamheden uitoefenen, wordt het bevolkingscijfer met 5 000 verminderd op voorwaarde dat :

- a) deze toestand bestond vóór het indienen van de aanvraag en
- b) (....)

De vermindering van het bevolkingscijfer mag niet worden toegepast wanneer zij tot gevolg zou hebben dat er in de gemeenten onder de 7 500 inwoners minder dan twee apotheken zouden zijn en in de gemeenten boven de 9 000 inwoners minder dan drie apotheken zouden zijn".

Hoewel het tweede lid van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 niet uitdrukkelijk bepaalt of de officina waarin twee of meer apothekers gelijktijdig, effectief en voltijds werkzaam zijn, al dan niet in het quotiënt van de deling van het reeds met het getal 5.000 verminderd aantal inwoners begrepen is, moet deze reglementering, die een uitzondering vormt op de principiële vrijheid van vestiging, worden geïnterpreteerd in het voordeel van de aanvrager. Uit de systematiek van de in artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 bepaalde bevolkingscriteria blijkt echter duidelijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest deze officina's in aanmerking te nemen voor een forfaitair aantal van 5.000 inwoners, in plaats van het in het eerste lid voorziene aantal. Het kan immers niet de bedoeling zijn geweest eenzelfde apotheek tweemaal in rekening te brengen, een eerste maal onder de vorm van een vermindering van het bevolkingscijfer met 5.000 inwoners, en een tweede maal door ze, naargelang het bevolkingscijfer van de gemeente, nogmaals in rekening te brengen voor 3.000, 2.500 of 2.000 inwoners. Een andere interpretatie zou bovendien een behoorlijke geneesmiddelenbevoorrading in de weg staan, vermits zij tot het onredelijk besluit leidt dat de officina waarin twee apothekers werkzaam zijn, naargelang het bevolkingscijfer van de gemeente, 8.000, 7.500 of 7.000 inwoners moet kunnen bevoorraden of nog, zoals de tussenkomen partij aanstipt, dat er in een gemeente met 22.500 inwoners, waar drie apotheken met een adjunct-apotheker zijn, slechts drie apotheken mogen zijn. Die andere interpretatie strookt evenmin met de bedoeling van het derde lid van artikel 1, § 2, van voornoemd koninklijk besluit dat de forfaitaire vermindering met 5.000 uitsluit wanneer zij tot gevolg heeft dat er in gemeenten met minder dan 7.500 inwoners minder dan twee apotheken zouden zijn of in gemeenten met 9.000 inwoners minder dan drie. De verzoekende partijen verwijzen in hun laatste memorie naar het arrest van de Raad van State nr. 63.029 van 24 april 1995, waaruit echter een tegenovergestelde opvatting niet kan worden afgeleid.

3.1.3.2. Door te eisen dat er rekening wordt gehouden met het apothekerspersoneelsbestand op het ogenblik van de eindbeslissing voegen de verzoekende

partijen, zoals de verwerende partij terecht opmerkt, een voorwaarde aan de wet toe. Deze voorwaarde wordt bovendien uitdrukkelijk door het koninklijk besluit van 25 september 1974 uitgesloten aangezien artikel 1, § 2, a) uitdrukkelijk verwijst naar de voorwaarde dat "deze toestand bestond vóór het indienen van de aanvraag".

Het eerste middel is niet gegrond.

3.2.1. In een tweede middel wordt de schending aangevoerd van de formele of uitdrukkelijke motiveringsplicht, zoals deze voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet). De verzoekende partijen voeren in een eerste onderdeel van hun middel aan dat deze bepalingen geschonden zijn doordat de minister van Volksgezondheid "de redenen op grond waarvan (...) (hij) deze positieve vergunningsbeslissing neemt (...) niet kenbaar (...) (maakt)" en de motivering zich beperkt tot de loutere verwijzing naar het advies van de vestigingscommissie. In een tweede onderdeel van hun middel voeren zij aan dat de motivering van het advies van de vestigingscommissie niet getuigt van de nodige draagkracht, aangezien de vestigingscommissie "niet de concrete en preciese redenen weer(geeft) waarop zij haar beslissing (...) schraagt, zodat verzoekers niet in staat worden gesteld om met nuttig gevolg op te komen tegen deze beslissing".

3.2.2. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het middel. Zij verwijst hierbij naar rechtspraak van de Raad van State waaruit blijkt dat "men niet tegelijk de schending van de materiële en de formele motiveringsplicht (kan) inroepen, aangezien, wanneer een verzoeker in staat is inhoudelijke kritiek te uiten op de motieven van een beslissing, hij tegelijk bewijst die motieven te kennen zodat te zijnen opzichte aan het doel van de formele motiveringsplicht is voldaan". Zij betoogt dat de verzoekende partijen, die uitdrukkelijk stellen dat zij niet in staat worden gesteld om op een nuttige wijze op te komen tegen de bestreden beslissing, nalaten, zelfs na inzage van het administratief dossier, in concreto aan te duiden waar hun mogelijkheden werden beperkt door de aangevoerde schending van de uitdrukkelijke motiveringsplicht.

3.2.3. Op grond van artikel 2 van de motiveringswet moeten de bestuurshandelingen gemotiveerd zijn, en krachtens artikel 3 van diezelfde wet moeten de juridische en feitelijke overwegingen in de akte worden vermeld en moeten zij afdoende zijn. Binnen het raam van het administratief contentieux heeft de formele motiveringsplicht, ten opzichte van degene ten aanzien van wie een

beslissing wordt genomen, onder meer tot doel hem een zodanig inzicht te geven in de motieven van die beslissing dat hij in staat is terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht hem verschaft. Aan die vereiste is voldaan wanneer de beslissing verwijst naar het advies van een adviserend orgaan, waarbij de tot beslissen bevoegde overheid zich aansluit, indien de belanghebbende ook kennis krijgt van de inhoud van dat advies en dat laatste zelf afdoende is gemotiveerd. In dat geval moet niet bijkomend worden gemotiveerd waarom het advies wordt gevolgd. Als de beslissing zelf geen motivering bevat en inzonderheid de overheid het advies zonder enig voorbehoud volgt en niet naar andere gegevens verwijst, moet worden aangenomen dat de overheid de motieven van dat advies heeft overgenomen en ze tot de hare heeft gemaakt. Te dezen is aan die voorwaarden voldaan.

De verplichting tot uitdrukkelijke motivering impliceert dat in de akte zelf de precieze en concrete redenen worden aangegeven waarom in het licht van de aangehaalde decretale en verordenende bepalingen de bestreden beslissing werd genomen. Volgens artikel 3 van de motiveringswet moet deze redengeving "afdoend" zijn. Een afdoende motivering is een motivering die aan haar doel beantwoordt, namelijk de bestuurde een zodanig inzicht verschaffen in de motieven van de beslissing dat hij met kennis van zaken kan oordelen of het zinvol is de beslissing aan te vechten.

Het advies waarop de bestreden beslissing is gesteund, verwijst uitdrukkelijk naar de stelling van de aanvraagster en herneemt deze in extenso. De commissie treedt met uitdrukkelijke verwijzing naar de toepasselijke bepaling deze stelling bij. De bestreden beslissing geeft dus de concrete redenen aan op grond waarvan zij werd genomen. De formele motiveringsplicht verplicht er de overheid overigens niet toe de motieven van haar motieven te veruitwendigen.

Het tweede middel is niet gegrond.

3.3.1. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur doordat de vestigingscommissie haar advies uitbracht tien jaar nadat de overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 voorgeschreven adviezen werden verleend en het advies van de vestigingscommissie zich er op dit punt toe beperkt te stellen dat deze ongunstig waren "omdat er nog rekening wordt gehouden met een bevolkingsbestand van 13.475 inwoners, met het gevolg dat op (dat) ogenblik de

ontworpen vestiging niet voldeed aan de bepalingen van art. 1 §2", terwijl de verwerende partij "minstens opnieuw advies (had) moeten inwinnen van de representatieve farmaceutische organisaties, de provinciegouverneur en de provinciale geneeskundige commissie op basis van het op het tijdstip van de beslissing in de gemeente Lille geldende bevolkingscijfer". De verzoekende partijen zijn van oordeel dat te dezen het tijdsverloop tussen de bestreden beslissing en de ingewonnen adviezen de overheid verplicht deze adviezen opnieuw in te winnen, gelet op de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel.

3.3.2. De ingewonnen adviezen, waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen, waren ongunstig. De verzoekende partijen maken evenwel niet aannemelijk dat de nieuwe in te winnen adviezen ook ongunstig zouden zijn en elementen zouden kunnen bevatten die de beslissing van de vergunningverlenende overheid zouden kunnen beïnvloeden in de zin dat deze de vergunning niet zou verlenen. Ook na de neerlegging van het administratief dossier tonen zij, zoals de verwerende partij opwerpt, niet aan welke concrete redenen de verwerende partij er toe hadden moeten aanzetten om deze adviezen opnieuw in te winnen. Noch het louter verstrijken van een zekere tijdsduur, noch het stijgen van het inwonersaantal kan, op zichzelf, immers worden beschouwd als een voldoende reden. De verwerende partij werpt voorts terecht op dat de beoordeling van de vraag of het tijdsverloop het inwinnen van nieuwe adviezen vereist tot de discretionaire bevoegdheid van de vergunningverlenende overheid behoort.

Het derde middel is niet gegrond,

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien september tweeduizend en acht, door de VIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
	C. ADAMS,	staatsraad,
	D. DECOCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

L. HELLIN.