

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.079 van 7 mei 2009
in de zaak A. 191.354/VII-37.322.**

In zake : 1. Maria CLEIREN,
 2. de BVBA APOTHEEK CLEIREN,
 3. Inge VERLINDEN,
 4. de NV VERLINDEN,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten H. SEBREGHTS en F. SEBREGHTS,
 kantoor houdende te ANTWERPEN,
 Mechelsesteenweg 27

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Volksgezondheid,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. LEGROS en J. SOHIER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Emile De Motlaan 19.

tussenkommende partij :

Christine GHYS,
die woonplaats kiest bij
advocaat H. DEMEESTER,
kantoor houdende te GENT,
Kortrijksesteenweg 535.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Maria CLEIREN, de
BVBA APOTHEEK CLEIREN, Inge VERLINDEN en de NV VERLINDEN op
6 februari 2009 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te
vorderen van het besluit van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid
van 18 juli 2008 waarbij aan Christine GHYS een vergunning wordt verleend voor
de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek aan de Driehoek te
STABROEK;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur
A. VAN STEENBERGE;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 1 april 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 april 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. SEBREGHTS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat M. DE KEUKELAERE die, loco advocaten P. LEGROS en J. SOHIER verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat K. DEMEESTER die, loco advocaat H. DEMEESTER verschijnt voor de tussenkomen partij;

Gehoord het eensluidend advies van adjunct-auditeur A. VAN STEENBERGE, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 31 oktober 2008;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

OVERWEEGT WAT VOLGT:

1. De rechtspleging

Met een verzoekschrift van 25 februari 2009 vraagt Christine GHYS, titularis van de bestreden vergunning, om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen. Dit verzoek kan worden ingewilligd.

2. De feiten

2.1. Eerste verzoekster is titularis van een apotheek in PUTTE-KAPELLEN die via de tweede verzoekende partij wordt uitgebaat. Derde verzoekster is titularis van een apotheek te STABROEK, die via de vierde verzoekende partij wordt uitgebaat.

2.2. De tussenkomende partij dient op 25 februari 1991 een aanvraag in voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Driehoek te STABROEK (PUTTE).

2.3. Een kopie van de aanvraag van de tussenkomende partij wordt bij aangetekende brief van 5 juli 1991 verstuurd naar de omliggende apotheken, waaronder de apotheek van derde verzoekster.

De vereniging der coöperatieve apotheken van België, de algemene farmaceutische bond en de provinciegouverneur van ANTWERPEN verlenen een ongunstig advies. De provinciale geneeskundige commissie van ANTWERPEN en de algemene farmaceutische inspectie van de provincie ANTWERPEN verlenen daarentegen een gunstig advies.

De aanvraag van de tussenkomende partij krijgt van de algemene farmaceutische inspectie op 23 november 1993 een gunstig advies.

2.4. De vestigingscommissie brengt op 22 december 1997 een ongunstig advies uit over de aanvraag van de tussenkomende partij.

2.5. De tussenkomende partij stelt tegen dit advies van de vestigingscommissie een administratief beroep in.

2.6. De commissie van beroep brengt op 23 mei 2008 een gunstig advies uit op grond van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken.

2.7. De minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid verleent op 18 juli 2008 aan de tussenkomende partij een vergunning voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek aan de Driehoek te STABROEK.

Dit is de bestreden beslissing.

3. In rechte

De schorsingsvoorwaarden

3.1. Op grond van artikel 17, § 2, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. Er kan alleen rekening worden gehouden met hetgeen terzake in het verzoekschrift werd uiteengezet en gestaafd. De Raad van State kan in beginsel geen acht slaan op wat ter terechtzitting nog door de verzoekende partijen wordt bijgebracht.

Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunten van de partijen

3.2. De verzoekende partijen voeren als nadeel aan dat zij titularissen zijn van apotheken die beide gevestigd zijn in de onmiddellijke omgeving van de nieuw vergunde apotheek. Eerste verzoekster betoogt dat de levensvatbaarheid van de uitbatende vennootschap, zijnde de tweede verzoekende partij, zwaar is aangetast als gevolg van de bestreden beslissing. Derde verzoekster is afgevaardigd bestuurder van de vierde verzoekende partij. In deze vennootschap is nog een tweede apotheek ondergebracht die zich vorig jaar hervestigde in een daartoe opgetrokken nieuwbouw. De verzoekende partijen leggen stukken over waaruit de investering blijkt. Het is volgens de verzoekende partijen zonder meer duidelijk dat in de mate dat de betreffende apotheek een omzetsdaling te verwerken krijgt van 20 tot 30 %, de levensvatbaarheid ervan ernstig wordt aangetast. De volledige vennootschap zal hierdoor ook in haar levensvatbaarheid worden bedreigd. De bedoeling van de "vestigingswet" is, steeds volgens de verzoekende partijen, onder meer verhinderen dat een dusdanige concentratie ontstaat van apotheken waardoor voor elke vergunninghouder het uitbaten van een apotheek niet meer een voldoende en verantwoord inkomen zou kunnen worden gewaarborgd in functie van de voor de uitbating noodzakelijke investeringen en van een deontologisch verantwoorde uitoefening van het vrije beroep. Zij leiden daaruit af dat elke blootstelling aan een

financieel verlies dat de voortzetting zelf van de activiteit van de reeds aanwezige apotheken in het gedrang brengt, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt. Zij zetten uiteen dat, om leefbaar te zijn, een officina een minimale omzet moet halen van 500.000 euro. De apotheek van de eerste twee verzoekende partijen ligt op 650 meter van de apotheek van de tussenkomende partij, die van de laatste twee verzoekende partijen ligt op 2,25 kilometer. De verzoekende partijen stellen dat wie het dichtst bij de vestiging is gelegen, de grootste omzetsdaling hoeft te vrezen, het meest kwetsbaar is en de grootste economische weerslag dreigt te ondergaan. Doordat bij de eerste apotheek een derde tot de helft van de omzet zou kunnen worden aangetast en het bij de laatste twee verzoekende partijen gaat om 20 tot 30 % verlies, stellen de verzoekende partijen dat zij "in het hart van hun ondernemen" worden geraakt. Zij betogen dat zij als gevolg van de bestreden beslissing zwaar benadeeld zijn, hun broodwinning dreigen te verliezen en hun jarenlange inzet teloor zien gaan. Zij zetten uiteen dat een uitbating van een apotheek in Nederlands PUTTE in 2007 onmiskenbaar heeft geleid tot een grondige verstoring van de voormelde waarborg en dat de apothekers van de regio zich hebben verenigd en een Nederlandse advocaat onder de arm hebben genomen om het niet-deontologisch optreden van hun Nederlandse collega te stoppen. Zij besluiten dat de nieuwe apotheek bedreigend is voor de omgevende apotheken en dat de vestigingscommissie is voortgegaan op een onzorgvuldig onderzoek op grond van verouderde gegevens.

3.3. De verwerende partij antwoordt dat een geldelijk nadeel in principe niet in aanmerking komt als moeilijk te herstellen en plaatst kanttekeningen bij de moeilijkheden ondervonden met een Nederlandse collega. De verstoring was volgens de verwerende partij het gevolg van onrechtmatige concurrentie, omdat er gratis geneesmiddelen werden verstrekt aan onder meer Belgische patiënten. Aldus kan met deze omstandigheid volgens de verwerende partij geen rekening worden gehouden om het omzetverlies van de apotheken van de verzoekende partijen als gevolg van de bestreden beslissing te meten. De verwerende partij betoogt dat een toegenomen concurrentie geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt. Zij stelt vast dat de eerste twee verzoekende partijen geen gedetailleerde raming of uitleg geven om aan te tonen hoe ze ertoe komen te beweren dat ze tot de helft van hun cliënteel zouden verliezen. Men geeft volgens de verwerende partij geen zicht op de concrete omzet van de apotheek, noch wordt de evolutie van de omzet in de laatste jaren aangetoond. De verwerende partij merkt ook op dat de laatste twee verzoekende partijen zich baseren op een eigen raming om te bepalen welk

omzetverlies ze zouden lijden. De geraamde schade is echter louter hypothetisch en is niet gesteund op een ernstig onderzoek. Zij stelt dat de gemeente STABROEK op 31 december 2007 17.734 inwoners en vier apotheken telde. Op 300 meter van de apotheek van de laatste twee verzoekende partijen bevindt zich reeds de apotheek AFS STABROEK. De nieuwe vestiging waarvoor de bestreden vergunning geldt, ligt op een afstand van 2,6 kilometer. De verwerende partij stelt dat er voldoende plaats is in de gemeente STABROEK voor een bijkomende officina. Zij besluit dat het causaal verband tussen het nadeel en de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet is aangetoond, dat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is beperkt tot een volstrekt hypothetische schade en dat de bezorgdheden louter financieel van aard zijn waarbij de verzoekende partijen in gebreke blijven om de nodige concrete en precieze gegevens aan te brengen waaruit de ernst, de aard en de omvang van het nadeel blijkt.

3.4. De tussenkomen partij antwoordt dat het aangevoerde nadeel volledig in de economische sfeer ligt. Buiten de gewone gemeenschappen wordt volgens haar niets concreets vermeld of voorgelegd, waaruit de vermindering van één derde van de omzet precies blijkt.

Beoordeling

3.5. Een louter financieel nadeel is in beginsel niet moeilijk te herstellen, tenzij bijzondere redenen aannemelijk maken dat dit wel het geval is.

Met de verzoekende partijen kan worden aangenomen dat als gevolg van de opening van een bijkomende apotheek de omzet van de omliggende apotheken zal dalen. De daling van deze omzetcijfers vormt echter op zich nog geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel. De verzoekende partijen leggen geen cijfers voor waaruit hun omzet blijkt. Evenmin tonen ze aan dat als gevolg van de opening van een apotheek in de omgeving het voortbestaan of het financieel evenwicht van de betrokken apotheken in het gedrang zal komen. Hun beschouwingen omtrent het minimale omzetcijfer zijn zeer algemeen, en zij betrekken dit niet concreet op de omzet van hun eigen apotheken. Zij maken niet concreet duidelijk hoe groot het omzetverlies van die apotheken in werkelijkheid zal zijn, noch tonen zij aan dat het beweerde omzetverlies van aard is dat de apotheken niet meer naar behoren zullen functioneren in de mate dat de uitbating daardoor wordt belemmerd.

Bovendien moet het moeilijk te herstellen ernstig nadeel het gevolg zijn van de bestreden beslissing. De problemen die de verzoekende partijen ondervonden naar aanleiding van de praktijken van een apotheker, gevestigd net over de Nederlandse grens in Nederlands PUTTE, bewijzen niet het aangevoerde moeilijk te herstellen karakter van het nadeel, dat voortspuit uit de thans bestreden beslissing. De verwerende partij stelt terecht dat het hier ging om oneerlijke concurrentie omdat de betrokken apotheker producten onder de marktprijs aan het publiek aanbood. In de huidige situatie is dit niet het geval.

De verzoekende partijen maken in ieder geval niet aannemelijk dat zij de periode tot een vernietigingsarrest volgens de gewone procedure niet zullen kunnen overbruggen.

Het bestaan of de mogelijkheid van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is dus niet bewezen.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging te verwerpen,

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van Christine GHYS in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zeven mei tweeduizend en negen, door :

de HH. E. BREWAEYS, wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
D. DECOCK, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

E. BREWAEYS.