

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.261 van 22 september 2011
in de zaak A. 199.943/VII-38.075.**

In zake :
1. Marie Jeanne COEKAERTS
2. de NV APOTHEEK FARMA COEKAERTS
3. Julie VAN LOO
4. de NV APOTHEEK CELIS
5. Nele VLEUGELS
6. de NV APOTHEEK LINAPO
7. Eveline GIELEN
8. de NV APOTHEEK ST-JORIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karine Tobback
kantoor houdend te 3000 Leuven
Tiensestraat 76
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pierre Legros en Jérôme Sohier
kantoor houdend te 1000 Brussel
Emile De Motlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij :
Leontine VAN SANNEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Stijns
kantoor houdend te 3001 Leuven
Ubicenter
Philipssite 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 april 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 17 februari 2011 waarbij aan Leontine Van Sannen

vergunning wordt verleend voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Staatsbaan 115 te Lubbeek.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2011.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip van Dievoet, die loco advocaat Karine Tobback verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Ann Van Uytven, die loco advocaat Jan Stijns verschijnt voor de tussenkomenende partij, zijn gehoord.

Auditeur Wouter De Cock heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Leontine Van Sannen dient op 22 juni 1992 een aanvraag in met het oog op het verkrijgen van een vergunning voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek op het adres Staatsbaan 71 te Lubbeek.

3.2. Op 16 juli 1992 wordt de aanvraag bekendgemaakt aan de eigenaars van de bestaande apotheken in de omgeving.

3.3. Met een brief van 29 april 1993 bevestigt Leontine Van Sannen dat zij haar aanvraag handhaaft.

3.4. Op 11 augustus 2006 worden, ingevolge een verzoek geformuleerd op grond van artikel 6 van het koninklijk besluit van 29 juni 2003 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken, aan de vestigingscommissie een aantal aanvullende en geactualiseerde stukken aangaande de aanvraag toegestuurd.

Tegelijk wordt de vestigingscommissie ervan in kennis gesteld dat "(d)e nieuwe apotheek van cliënte zou gevestigd worden te 3210 Lubbeek, Staatsbaan 115, een tweehonderdtal meter verder dan de oorspronkelijk voorziene ligging, die onbeschikbaar was geworden".

3.5. Het aanvullend advies van de farmaceutisch inspecteur is gunstig.

3.6. Het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) brengt op 27 augustus 2008 een gunstig advies uit.

3.7. Op de zitting van de vestigingscommissie van 16 december 2008 wordt beslist opnieuw de adviezen in te winnen overeenkomstig artikel 6 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken.

3.8. Vervolgens brengen de farmaceutische inspectie en de Nederlandstalige Provinciale Geneeskundige Commissie van Brabant een gunstig advies uit. De Algemene Pharmaceutische Bond (APB), het Brabants Apothekers

Forum (BAF), alsook de Vereniging der coöperatieve apotheken van België, adviseren de aanvraag ongunstig.

3.9. Op 11 januari 2010 verzoekt de vestigingscommissie de farmaceutische inspectie om een bijkomend advies te verstrekken "over de vraag of de adreswijziging in de onmiddellijke nabijheid heeft plaatsgevonden en of er een dwingende reden aanwezig is".

De inspectie beantwoordt deze vragen positief.

3.10. Het advies van 20 december 2010 van de vestigingscommissie is gunstig over de aanvraag.

3.11. Op 17 februari 2011 sluit de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid zich aan bij het gunstig advies van de vestigingscommissie en verleent zij de gevraagde vestigingsvergunning.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 18 mei 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt Leontine Van Sannen om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij betwist het belang van de eerste, tweede, derde, vierde, vijfde en zevende verzoekende partij. Daarenboven werpt zij de vraag op of de verzoekende partijen die rechtspersoon zijn, correct in rechte zijn getreden.

Beoordeling

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de opgeworpen excepties een uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties is alleen nodig indien zou komen vast te staan dat beide grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Onderzoek van de vordering

7. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State 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 beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

8. De verzoekende partijen laten in hun uiteenzetting over het moeilijk te herstellen ernstig nadeel het volgende gelden :

"2. Ernstig nadeel

a. Verzoekende partijen zijn gevestigde apothekers/apotheken die ernstige schade en concurrentie ondervinden ingevolge de bestreden beslissing

▪ Overeenkomstig de rechtspraak van Uw Raad van State hebben:

'gevestigde apothekers die de concurrentie kunnen ondervinden van een nieuwe apotheek er belang bij (...) dat het aantal apothekers in de omgeving beperkt blijft, ook al komt de leefbaarheid van hun eigen apotheek daardoor niet in het gedrang.' (...)

▪ (De apotheken van) verzoekende partijen zijn gevestigd in de nabijheid van de locatie waar Mevrouw Van Sannen ingevolge de bestreden beslissing een apotheek mag openen (i.e. te 3210 Lubbeek, Staatsbaan 115 (oorspronkelijk 71).

Verzoekende partijen zijn allen gevestigd als apothekers/apotheken hetzij op het grondgebied van de gemeente Lubbeek (inclusief deelgemeente Linden), hetzij in de aanpalende gemeente Tielt-Winge.

Apotheker Coekaerts baat haar apotheek met name uit te 3210 Lubbeek, Dorpskring 5 en Apotheker Van Loo te 3210 Lubbeek, Dorpskring 10. Ook Apotheek Linapo is gevestigd te 3210 Lubbeek (Linden).

Apotheek St-Joris is gelegen in de gemeente Tielt-Winge op de Leuvensesteenweg 198.

Verzoekende partijen zullen dus onmiskenbaar schade ondervinden indien

Mevrouw Van Sannen ingevolge de bestreden beslissing daadwerkelijk een apotheek opent te 3210 Lubbeek, Staatsbaan 115 (oorspronkelijk 71).

- Deze schade werd voor drie apotheken bovendien geconcretiseerd door middel van een boekhoudkundige simulatie gemaakt door de Heer Poncelet van het kantoor Accounting & Tax Partners BVBA.

Deze simulatie kon worden gemaakt aan de hand van de aan de Heer Poncelet overgemaakte klantgegevens van de apotheken in kwestie. Elk van de betreffende apothekers heeft hem met name het aantal van haar vaste klanten aan de Heer Poncelet overgemaakt (aan de hand van de kortingsbonnen bijgehouden in de apotheek), samen met het aantal van de deze klanten die wonen binnen de door Mevrouw Van Sannen opgegeven invloedssfeer.

Op basis van deze informatie is de Heer Poncelet uitgegaan van een procentuele daling van de vaste klanten van de apotheken in kwestie, ervan uitgaande dat de huidige klanten van de apotheken in kwestie die wonen in de invloedssfeer die Mevrouw Van Sannen opgeeft, ook daadwerkelijk bij Mevrouw Van Sannen hun aankopen zouden doen:

- deze schade blijkt voor Apotheek Farma Coekaerts uit de boekhoudkundige simulatie die werd toegevoegd als stuk 4.5. Deze simulatie werd berekend op basis van de als stuk 4.6. toegevoegde klantgegevens. Voor Apotheek Farma Coekaerts zou een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 met name tot gevolg hebben dat het gecumuleerde verlies aan brutowinst tot de pensioenleeftijd van Apotheker Coekaerts neerkomt op € 1.266.635,- of een verlies in brutowinst van 25,93%. Daarnaast zou de bijkomende apotheek leiden tot een daling van de goodwill van de Apotheek Farma Coekaerts met € 431.154,-. Het totale waardeverlies van een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 te Lubbeek komt voor Apotheek Farma Coekaerts neer op € 1.697.789,-.
 - dit nadeel blijkt voor Apotheek Celis uit de boekhoudkundige simulatie die werd toegevoegd als stuk 5.5. Deze simulatie werd berekend op basis van de als stuk 5.6. toegevoegde klantgegevens. Voor Apotheek Celis zou een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 met name tot gevolg hebben dat het gecumuleerde verlies aan brutowinst tot de pensioenleeftijd van Apotheker Van Loo neerkomt op € 1.935.345,- of een verlies in brutowinst van 27,29%. Daarnaast zou de bijkomende apotheek leiden tot een daling van de goodwill van de Apotheek Celis met € 363.483,-. Het totale waardeverlies van een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 te Lubbeek komt voor Apotheek Celis neer op € 2.298.828,-.
 - dit nadeel blijkt voor Apotheek St-Joris uit de boekhoudkundige simulatie die werd toegevoegd als stuk 7.6. Voor Apotheek St-Joris zou een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 met name tot gevolg hebben dat het gecumuleerde verlies aan brutowinst tot de pensioenleeftijd van Apotheker Gielen neerkomt op € 644.970,- of een verlies in brutowinst van 6%. Daarnaast zou de bijkomende apotheek leiden tot een daling van de goodwill van de Apotheek St-Joris met € 162.927,-. Het totale waardeverlies van een bijkomende apotheek op de Staatsbaan 115 te Lubbeek komt voor Apotheek St-Joris neer op € 807.897,-.
- Voor de Apotheek Farma Coekaerts en de Apotheek Celis (respectievelijk gelegen te Dorpskring 5 en Dorpskring 10 in 3210 Lubbeek) blijkt de schade

die zij ondervinden van de bestreden beslissing tevens uit een door de onafhankelijke firma Siggis uitgevoerde analyse van de impact van de nieuwe vestiging op de invloedzones van beide apotheken (...).

Uit deze door Siggis uitgevoerde analyse blijkt dat de invloedzones van de Apotheek Farma Coekaerts en de Apotheek Celis op heden samen namelijk 5.710 inwoners tellen.

Indien de bestreden beslissing zou worden ten uitvoer gelegd en Mevrouw Van Sannen op de Staatsbaan 115 te Lubbeek een apotheek zou openen, dan zou dit een hertekening van de invloedssferen van de Apotheek Farma Coekaerts en de Apotheek Celis tot gevolg hebben.

Met name zouden de invloedzones van de Apotheek Farma Coekaerts en de Apotheek Celis samen dan nog slechts 3.621 inwoners tellen. Dit betekent dat beide apotheken dan samen 2.089 inwoners of ongeveer 37% van hun potentiële klanten zouden verliezen.

Uit deze studie moet dus worden afgeleid dat de hierboven beschreven boekhoudkundige simulatie voor beide apotheken derhalve nog te rooskleurig uitvalt. De schade die de bestreden beslissing aan verzoekende partijen (in het bijzonder aan de Apotheek Farma Coekaerts en de Apotheek Celis) toebrengt, zal in realiteit dus nog groter zijn dan de in voornoemde boekhoudkundige simulaties berekende schade omdat er door de boekhouder van de betreffende apotheken alleen wordt uitgegaan van gegevens die betrekking hebben op het vaste klanten-bestand van de apotheken en niet op basis van het totale klanten-bestand.

- Verzoekende partijen hebben er dan ook onmiskenbaar een belang bij om de bestreden beslissing aan te vechten door middel van een procedure houdende beroep tot nietigverklaring én een vordering tot schorsing.

- b. Verzoekende partijen worden gehinderd in het garanderen van een doeltreffende verdeling en aflevering van geneesmiddelen

- Volgens de rechtspraak van Uw Raad van State zorgen de in het KB van 25 september 1974 voorziene spreidingscriteria er voor dat de spreiding van voor het publiek opengestelde apotheken geschiedt in overeenstemming met de eisen van de volksgezondheid en inzonderheid met het oog op het op een doeltreffende wijze uitoefenen van de artsennijverheid. De ratio legis van het KB van 25 september 1974 is volgens Uw Raad van State dan ook gelegen in het organiseren en inplanten van de voor het publiek opengestelde apotheken met het oog op een doeltreffende aflevering van de geneesmiddelen aan de bevolking.

Overeenkomstig artikel 4, lid 2 en artikel 7, lid 1 van het Koninklijk Besluit van 21 januari 2009 houdende onderrichtingen voor de apothekers (hierna: het 'KB van 21 januari 2009') zijn verzoekende partijen als apothekers zelfs verplicht om de bescherming van de volksgezondheid na te streven en een doeltreffende verdeling en aflevering van geneesmiddelen te garanderen.

- In het in onderhavig verzoekschrift ontwikkelde eerste middel wordt aangetoond dat de bestreden beslissing is genomen in strijd met de doeleinden en de spreidingscriteria opgenomen in het KB van 25 september 1974. Daardoor brengt de bestreden beslissing de aan het KB van 25 september 1974 onderliggende ratio legis, zijnde de doeltreffende verdeling en aflevering van geneesmiddelen en de bescherming van de volksgezondheid, in het gedrang.

Indien de bestreden beslissing zou worden ten uitvoer gelegd, dan kunnen verzoekende partijen ook niet meer tegemoetkomen aan één van hun essentiële taken (artikel 4, lid 2 en artikel 7, lid 1 van het KB van 21 januari 2009).

Doordat een bijkomende voor het publiek opengestelde officina in de gemeente Lubbeek tot gevolg zou hebben dat de invloedssferen van de apotheken van verzoekende partijen en de omzet die deze apotheken draaien aanzienlijk kleiner zouden worden (...), zouden (de apotheken van) verzoekende partijen namelijk niet langer kunnen functioneren zoals zij dat heden doen. Met name zal een kleinere brutowinst leiden tot het ontslaan van op heden door hen tewerkgestelde apothekers, het aankopen van een kleinere stocks (minder geneesmiddelen en minder soorten geneesmiddelen), et cetera.

Vermits de apotheken van verzoekende partijen zouden genoodzaakt worden om te functioneren met minder personeel, zou dit onmiskenbaar leiden tot een minder kwaliteitsvolle service bij het afleveren van geneesmiddelen. Het cliënteel zou het dan namelijk moeten stellen met minder toelichting en uitleg bij de hen afgeleverde geneesmiddelen en andere producten. Zeker op de piekmomenten zou het cliënteel dan in elk geval ook langer moeten wachten op de aflevering van de geneesmiddelen en andere producten, waaronder met name de in de apotheek bereide geneesmiddelen. In bepaalde gevallen zou de cliënt zelfs een paar uur moeten wachten op of een paar uur later moeten terugkomen (of niet meer terugkomen) om de in de apotheek bereide samenstelling. Omwille van de kleinere stocks geneesmiddelen zouden geneesmiddelen ook vaker op verzoek van de cliënt moeten worden besteld, waardoor de cliënt eveneens later moet terugkomen (of niet meer terugkomt).

- De tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou verzoekende partijen om al deze redenen dan ook ernstige schade toebrengen.

Verzoekende partijen hebben er dan ook onmiskenbaar een belang bij om de bestreden beslissing aan te vechten door middel van een procedure houdende beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing.

3. Het nadeel is moeilijk te herstellen

- Bovenstaande nadelen die verzoekende partijen als gevolg van de bestreden beslissing zouden ondervinden, zijn onmiskenbaar moeilijk te herstellen.

Indien de bestreden beslissing ten uitvoer zou worden gelegd en Mevrouw Van Sannen daadwerkelijk een apotheek zou openen te 3210 Lubbeek, Staatsbaan 115 (oorspronkelijk 71), dan zou een deel van het cliënteel van de apotheken van verzoekende partijen zich immers naar deze nieuwe apotheek van Mevrouw Van Sannen begeven en aldaar zijn aankopen doen. Het zou voor verzoekende partijen onmogelijk, minstens heel erg moeilijk, zijn om het cliënteel dat zich voor zijn aankopen naar de nieuwe apotheek van Mevrouw Van Sannen zou begeven, vervolgens opnieuw terug te winnen.

De repercussies van de bestreden beslissing die blijken uit de hierboven vermelde boekhoudkundige simulaties en Siggis-studie zouden bovendien een blijvende negatieve weerslag hebben op de apotheken van verzoekende partijen. Niet alleen levert de bestreden beslissing een niet meer te herstellen verlies van brutowinst op. Ook brengt de bestreden beslissing onherroepelijk schade toe aan de goodwill van de apotheken van verzoekende partijen.

Verzoekende partijen zouden bovendien genoodzaakt worden om drastische beslissingen te nemen aangaande het functioneren van hun apotheken, zoals het ontslaan van goed opgeleid personeel dat vertrouwd is met de regio en de patiënten. Eens deze mensen worden ontslaan, zullen zij elders werk zoeken en achteraf -wanneer Uw Raad van State de bestreden beslissing vernietigt- niet meer geïnteresseerd zijn om opnieuw te komen werken in de apotheken van verzoekende partijen.

Bovendien zou de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing onmiddellijk en onherroepelijk de doeltreffende en kwaliteitsvolle verdeling en aflevering van geneesmiddelen door verzoekende partijen in het gedrang brengen en in die zin een onmiddellijk en niet te herstellen gevaar inhouden voor de volksgezondheid. De tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou derhalve onmiddellijk impliceren dat verzoekende partijen niet langer kunnen tegemoet komen aan de op hen rustende verplichtingen. Eens deze schade is aangericht, kan zij niet meer worden hersteld.

- Omwille van deze moeilijk te herstellen nadelen hebben verzoekende partijen dan ook manifest een belang bij de schorsing van de bestreden beslissing".

Beoordeling

9. De negatieve gevolgen die de opening van een nieuwe apotheek meebrengt voor de omzet en de goodwill van de gevestigde apotheken in de omgeving, vormen in wezen een financieel nadeel. Dergelijk nadeel is in principe herstelbaar. Te dezen maken de verzoekende partijen niet met voldoende concrete gegevens aannemelijk dat het verwachte omzetverlies ten gevolge van de vestiging van een bijkomende apotheek binnen hun invloedssfeer dermate groot is dat het voortbestaan van de gevestigde apotheken ernstig wordt bedreigd. Evenmin tonen zij aan dat de teruggang van hun concurrentiepositie niet meer hersteld kan worden na een eventueel vernietigingsarrest.

De gebeurlijke vermindering van de dienstverlening aan het eigen cliënteel vormt geen persoonlijk nadeel in hoofde van de verzoekende partijen. In dat verband maken de verzoekende partijen ook niet aannemelijk dat de doeltreffende en kwaliteitsvolle geneesmiddelenverdeling zodanig in het gedrang wordt gebracht dat de volksgezondheid in gevaar komt. Integendeel lijkt de bestreden beslissing zulk risico veeleer tegen te gaan doordat de vestiging van een nieuwe apotheek wordt toegelaten.

10. Hieruit volgt dat niet voldaan is aan één van de bij artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te kunnen bevelen.

Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van Leontine Van Sannen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwierpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig september tweeduizend en elf, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Peter Sourbron