RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 220.645 van 20 september 2012
in de zaak A. 198.213/VII-37.917.

In zake : 1. Xavier AMELOOT
2. Martine SAMPERS
3. de BVBA APOTHEEK OPSOMER
4. Patrick VAN ACKER
5. Didier VAN NIELANDT
6. de BVBA EMILIE LEYS
7. Kathleen VERSCHAEVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Antoon Lust
kantoor houdend te 8310 Assebroek-Brugge
Baron Ruzettelaan 27
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

Tussenkomende partij :
Yves HAGHEDOOREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Delepiere en tevens door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 november 2010, strekt tot de nietigverklaring van :
"- het advies van de Vestigingscommissie dd. 29 juli 2009;
- het advies van de Vestigingscommissie van 26 april 2010;
- het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 24 augustus 2010 waarbij vergunning wordt verleend tot opening van een voor het publiek opengestelde officina te 8970 Poperinge, Deken De Bolaan aan de h(ee)r Yves HAGHEDOOREN (…)".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 januari 2011. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partijen en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2012.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Antoon Lust, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Jan Delepiere en Bart Staelens, die verschijnen voor de tussenkomende 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. Op 22 oktober 1993 dient de tussenkomende partij een vergunningsaanvraag in voor de opening van een voor het publiek opengestelde officina. Op het aanvraagformulier wordt aangegeven dat de geplande officina gelegen is aan de Wolnzachlaan 12 te Poperinge.

4. De tussenkomende partij deelt later aan de farmaceutische inspectie mee dat het oorspronkelijk opgegeven adres "niet meer in aanmerking komt". Zij meldt dat "(h)et nieuwe adres is gelegen in de onmiddellijke nabijheid" en dat het gaat om een bouwperceel in de Deken De Bolaan te Poperinge, kadastraal bekend als "nr. 2 sectie G deel nr. 492 F". Een kopie van het verkavelingsplan wordt bijgevoegd. Aan de farmaceutische inspectie wordt eveneens onder meer een "proces-verbaal van meting" bezorgd, opgesteld door landmeter-expert Peter Techel op 5 maart 1994.

5. De secretaris van de Vestigingscommissie brengt de aanvraag ter kennis van een aantal omliggende apotheken.

6. De raadsman van een aantal apothekers, waaronder "apotheker Ameloot" en "apotheker Mevrouw Devloo-Sampers" deelt in een brief van 20 januari 1995 aan de Vestigingscommissie opmerkingen mee in verband met de aanvraag van de tussenkomende partij.

7. Op 12 december 2003 ontvangt de tussenkomende partij een brief van de farmaceutische inspectie, waarin zij wordt verzocht bijkomende stukken voor te leggen, waaronder een gedetailleerd plan op schaal waarop onder meer de vooropgestelde invloedssfeer van de apotheek gestaafd door bevolkingscijfers, wordt aangeduid, alsook een bewijs dat zij als aanvrager kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats, en een voor echt verklaarde fotokopie van het apothekersdiploma.

8. De raadsman van de verzoekende partijen stuurt op 13 februari 2004 een stukkenbundel aan het secretariaat van de Vestigingscommissie. Het bundel bevat een verslag "invloedsgebied van geplande apotheek gelegen te Poperinge Deken De Bolaan, (139)", opgesteld door beëdigd landmeter-expert Dany Pape. Bij het verslag is een door het gemeentebestuur "voor waar en echt"- verklaard document gevoegd waarin het aantal inwoners binnen het afgebakende invloedsgebied, volgens de door de landmeter-expert gemeten halveringsafstand, wordt vastgesteld op 2.785.

9. Tijdens de zitting van 29 juni 2009 wordt het aanvraagdossier behandeld "in het licht van de ontvankelijkheid (…)". In zijn advies is de inspecteur van oordeel dat "het nieuwe adres zich in de onmiddellijke nabijheid bevindt". Op de zitting wordt de verdere behandeling uitgesteld "(g)ezien er twijfel bestaat of het bewijs dat de aanvrager kan beschikken over de geplande vestigingsplaats, overeenstemt met de gevraagde vestigingsplaats". De aanvrager wordt verzocht een attest bij te brengen waarin de erfopvolging met betrekking tot het perceel wordt vermeld.

10. Daarop bezorgt de raadsman van de tussenkomende partij aan de Vestigingscommissie een brief van het kadaster, evenals een uittreksel uit de kadastrale legger en een kadastraal plan. Tijdens de daaropvolgende zitting van 29 juli 2009 oordeelt de Vestigingscommissie dat de adreswijziging voldoet aan de bepalingen van artikel 4, § 4, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken (hierna : koninklijk besluit van 25 september 1974). Tevens stelt de commissie vast dat de aanvraag voldoet aan de bepalingen van artikel 4, § 2ter, van hetzelfde koninklijk besluit, en bijgevolg ontvankelijk is.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

11. Op 26 januari 2010 verzoekt het secretariaat van de Vestigingscommissies de Algemene Pharmaceutische Bond (hierna : APB), de Vereniging der coöperatieve apotheken van België (hierna : OPHACO), de provinciegouverneur van de provincie West-Vlaanderen, de Provinciale Geneeskundige Commissie West-Vlaanderen, en de apotheker-inspecteur om een advies te verlenen. De Provinciale Geneeskundige Commissie van West-Vlaanderen deelt mee op heden geen leden-apothekers te hebben. Daardoor acht zij zich niet in staat een advies te verstrekken. De APB adviseert de aanvraag ongunstig. OPHACO en de gouverneur geven een gunstig advies. De administrateur-generaal van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten brengt een gunstig advies uit.

12. De Vestigingscommissie verleent op 26 april 2010 een gunstig advies.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

13. Op 3 juni 2010 maken de verzoekende partijen aan de Vestigingscommissie een verslag over van landmeter-expert Kris Vandewoude. In dat verslag wordt overgegaan tot nazicht en bespreking van het verslag dat in 2004

door beëdigd landmeter-expert Dany Pape werd opgemaakt.

14. De minister beslist op 24 augustus 2010 om zich aan te sluiten bij het gunstig advies van de Vestigingscommissie van 26 april 2010 en verleent de gevraagde vergunning.

Dit is de derde bestreden beslissing.

IV. Rechtspleging

15. Met een op 1 juni 2012 ingediend verzoekschrift vraagt Eveliene Top, apotheker, het geding te hervatten. Betrokkene is niet-statutaire zaakvoerster van de BVBA Top, thans de enige eigenares van de apotheek van Xavier Ameloot, de oorspronkelijk eerste verzoeker.

16. In het verzoekschrift tot gedinghervatting, wordt opgemerkt dat de oorspronkelijk eerste verzoeker niet langer een persoonlijk belang heeft bij de vordering aangezien hij thans noch eigenaar, noch titularis is van een apotheek. Ter ondersteuning van dit verzoek wordt een registratie-attest bijgebracht van 7 juli 2011 waarin wordt vermeld dat Eveliene Top apotheker-titularis is van de apotheek waarvan thans de BVBA Top de eigenaar zou zijn.

In het belang van een vlot procedureel verloop, dient een verzoek tot gedinghervatting met de nodige diligentie, en zo spoedig mogelijk te worden ingediend. Dit principe geldt des te meer wanneer, zoals te dezen, de gedinghervatting betrekking heeft op een partij wier belang in eerdere procedurele stukken in vraag wordt gesteld.

Op 15 november 2011 werd ook namens de initieel eerste verzoeker om de voortzetting verzocht, terwijl uit het bijgebrachte registratie-attest van 7 juli 2011 blijkt dat op het moment van het verzoek tot voortzetting die partij geen actueel belang meer had.

Die vaststelling volstaat om het verzoek tot gedinghervatting door Eveliene Top af te wijzen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunten van de partijen

17. De verwerende partij werpt als exceptie op dat het beroep onontvankelijk is in zoverre het gericht is "tegen de eerste en de tweede beslissing" omdat "de eerste bestreden beslissing" een zittingsnota is die als zodanig geen advies noch enige beslissing inhoudt en "de tweede bestreden beslissing" enkel een vooradvies betreft van de Vestigingscommissie. Beide voorbereidende handelingen roepen volgens de verwerende partij geen rechtsgevolgen in het leven.

De tussenkomende partij sluit zich hierbij in essentie aan.

18. In hun memorie van wederantwoord wijzen de verzoekende partijen er op dat de Vestigingscommissie in het bestreden besluit van 29 juli 2009 "zonder meer beslist dat, wat de adreswijziging betreft, voldaan is aan de bepalingen van het art. 4, §4 van het K.B. van 25 september 1974". Deze beslissing is volgens hen "wel degelijk een griefhoudende beslissing". De tweede bestreden beslissing zou "uiteraard" griefhoudend zijn "vermits zij de minister adviseert in te gaan op de gevraagde vergunning (…)".

19. In hun laatste memorie voegen zij toe dat de adviezen een verplichte fase van het ganse beslissingsproces vormen, wat meebrengt dat zij samen met de eindbeslissing kunnen worden vernietigd.

20. Naast de exceptie wat het voorwerp van het beroep betreft, stelt de verwerende partij in haar memorie van antwoord het belang van de eerste, de zesde en de zevende verzoekende partij in vraag, omdat zij "geen eigenaar vergunninghouder" zijn van de apotheek die in de derde bestreden beslissing wordt

vergund.

21. De tussenkomende partij leidt uit het feit dat de vergunning voor de eerste, de zesde en de zevende verzoekende partij telkens verleend werd aan een BVBA af dat die verzoekende partijen niet over de vereiste hoedanigheid beschikken.

22. In de laatste memorie aanvaardt de verwerende partij onder meer dat de zevende verzoekster de hoedanigheid heeft van apotheker-titularis en dat ook de derde en de vijfde verzoekende partij registratiehouders zijn. Zij stelt dat wat de zesde verzoekende partij betreft het een VZW is die de hoedanigheid van registratiehouder heeft.

23. De tussenkomende partij voegt in haar laatste memorie toe dat ook voor de tweede verzoekster geregistreerd werd op naam van een BVBA en dat voor de vierde verzoeker geen gegevens bekend zijn, zodat enkel van de derde en de vijfde verzoekende partij blijkt dat zij beschikken over de vereiste hoedanigheid.

Beoordeling

24. De adviezen van de Vestigingscommissie worden uitgebracht in toepassing van artikel 4, § 3, 2°, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen. Krachtens die bepaling "(…) beslist de Minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, over het toekennen van de vergunning, na gemotiveerd advies van een vestigingscommissie".

Blijkens deze bepaling is het de minister die beslist, en verleent de Vestigingscommissie slechts een advies. Bijgevolg neemt de Vestigingscommissie zelf geen beslissing die de rechtssituatie van de vergunningsaanvrager wijzigt.

Gelet op het niet-bindend karakter van de door de Vestigingscommissie uitgebrachte adviezen zijn deze, als afzonderlijke handelingen beschouwd, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen voorhouden, niet "griefhoudend". Zij vormen geen voor vernietiging vatbare akten. De opmerking in de laatste memorie van de verzoekende partijen over het verplicht karakter van de adviezen verandert hier niets aan.

De aangevoerde exceptie met betrekking tot het voorwerp van het beroep is gegrond. Het beroep is enkel ontvankelijk in zoverre het gericht is tegen de derde bestreden beslissing.

25. De door de tussenkomende partij bijgebrachte registratie-attesten bevestigen dat de tweede en de zevende verzoekster apotheker-titularis zijn, en dat zij in die hoedanigheid beschikken over het vereiste belang. De derde en de vijfde verzoekende partij worden bevestigd in de hoedanigheid van vergunninghouder, en bezitten in die hoedanigheid eveneens het vereiste belang.

Uit het door de verwerende partij bijgebrachte registratie-attest blijkt dat Emilie Leys, als natuurlijke persoon titularis is van de apotheek die is geregistreerd door de VZW Apoteken de Volksmacht. Daaruit volgt dat er geen persoonlijk belang bestaat in hoofde van de zesde verzoekende partij bij het ingestelde beroep.

Overigens blijkt uit het voorgaande dat de oorspronkelijke eerste verzoekende partij, vóór de gedinghervatting, geen belang had bij haar beroep.

V. Onderzoek van de middelen

Vierde middel

Standpunten van de partijen

26. In het tweede onderdeel van het vierde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet) en van het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Zij betogen dat de minister bij de beoordeling van de ingediende aanvraag "in geen enkel opzicht" rekening heeft gehouden met de op 20 januari 1995 door de aangeschreven apothekers geformuleerde opmerkingen, in het bijzonder met betrekking tot de afbakening van de vooropgestelde invloedssfeer. De verzoekende partijen wijzen op de verplichting "voor de bevoegde overheid" om van de ingediende bezwaren en opmerkingen kennis te nemen en deze bij de beoordeling te betrekken. Volgens de verzoekende partijen moet duidelijk en begrijpelijk worden gemaakt waarom met de argumentatie van de aangeschreven apothekers geen rekening is gehouden. Er is volgens hen van de op 20 januari 1995 ingediende opmerkingen in het bestreden ministerieel besluit geen sprake, en er valt niet te achterhalen of er al dan niet rekening mee werd gehouden.

27. De verwerende partij merkt op dat de opmerkingen die in 1995 werden geformuleerd deels betrekking hebben op niet-relevante bepalingen en begrippen in artikel 1, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, en deels kritiek betreffen die nadien werd hernomen in het advies van de APB waarop uitdrukkelijk werd geantwoord. Zij wijst er voorts op dat de Vestigingscommissie niet verplicht is om op alle door de partijen aangevoerde middelen te antwoorden, en dat werd gemotiveerd waarom in casu toepassing kon worden gemaakt van artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 25 september 1974.

De tussenkomende partij sluit zich hierbij aan.

28. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat in het ingediende bezwaarschrift werd gewezen op de geografische eigenheid van het centrum van Poperinge en dat de inwoners van woonkernen "Hoppeland", "Keikop" en "Bellewijk", ingevolge de inrichting van de wegeninfrastructuur, niet naar de voorgestelde locatie worden geleid.

29. In de laatste memorie stelt de verwerende partij nog dat, zo in de bestreden beslissing geen expliciet antwoord werd geboden over het bestaan van "hindernissen" zoals eenrichtingsverkeer in bepaalde wijken, dit nog geen bewijs is dat er geen rekening mee werd gehouden of dat de gehanteerde methode van de "halve afstand" onzorgvuldig zou zijn geweest. Voorts voorziet de vestigingswet volgens de verwerende partij in een procedure die als inquisitoriaal kan worden bestempeld, en geenszins als contradictoir ten gunste van de omwonende apothekers, en kunnen dezen bijgevolg ook geen recht op een uitdrukkelijk antwoord laten gelden op de bezwaren die ze hebben geuit.

30. De tussenkomende partij betoogt in haar laatste memorie nog dat het koninklijk besluit van 25 september 1974 er helemaal niet in voorziet "dat hetzij de commissie, hetzij de Minister op enige wijze zouden moeten rekening houden met, of motiveren mbt., eventuele opmerkingen die door derden, al zijn het de in de omgeving wonende apothekers, zijn gemaakt". Het volstaat volgens de tussenkomende partij dat rekening wordt gehouden met de uitgebrachte adviezen, hetgeen te dezen volgens haar ook effectief is gebeurd. Ten slotte stelt de tussenkomende partij dat de bereikbaarheid per auto, die een criterium vormt dat niet in het koninklijk besluit van 25 september 1974 is opgenomen, haaks staat op het oogmerk van de adequate spreiding, doordat de bereikbaarheid voor patiënten op een vrij korte afstand precies belangrijker is voor zieke en oudere mensen die niet met de wagen rijden.

Beoordeling

31. In een brief van 20 januari 1995 werden namens sommige van de verzoekende partijen opmerkingen en bezwaren geformuleerd in verband met de aanvraag van de tussenkomende partij.

In het bezwaarschrift van 20 januari 1995 worden, zoals de verzoekende partijen terecht aanhalen, bezwaren geformuleerd die betrekking hebben op de vooropgestelde invloedssfeer van de te vestigen apotheek van de tussenkomende partij. Volgens de bezwaarindieners kan de geplande apotheek "absoluut niet (…) voldoen aan art. 1 § 3" van het koninklijk besluit van 25 september 1974". Daarbij wordt gewezen op "de nabijheid van drie wijken, met name K(l)eikoppenwijk, Hoppelandwijk en Bellewijk". Over die wijken wordt voorts gesteld dat deze niet onderling met elkaar verbonden zijn, dat "Hoppeland" en "Keikop" een verbinding hebben met het centrum waar de bestaande apotheken gelegen zijn, en dat "Bellewijk" "totaal buiten de invloedssfeer van de geplande apotheek valt". Hiermee wordt aangegeven dat de inwoners van de genoemde wijken of woonkernen ingevolge de inrichting van de wegeninfrastructuur niet naar de voorgestelde locatie worden geleid.

Aangezien de bestreden vergunning wordt verleend in toepassing van artikel 1, § 3, a), van het koninklijk besluit van 25 september 1974, vormt de bepaling van de invloedssfeer van de te vestigen apotheek een pertinent beoordelingscriterium. De genoemde bepaling voorziet immers in de afwijking dat de opening van een nieuwe apotheek kan worden toegestaan, op voorwaarde dat die nieuwe apotheek de behoeften dekt van 2.500 inwoners.

De bestreden vergunning steunt, voor de afbakening van de invloedssfeer, op "de vaste adviespraktijk", met name "de methode van de halverwege afstand gestaafd door officiële bevolkingscijfers". De gehanteerde methode veronderstelt dat de inwoners naar de apotheek gaan die zich het dichtst bij hen bevindt. Dit criterium kan bij de beoordeling van de afbakening van de

invloedszone worden betrokken mits de aanvraag in concreto wordt onderzocht. Bij haar onderzoek in concreto dient de Vestigingscommissie onder meer na te gaan of er hindernissen zijn die zich verzetten tegen een onverkorte toepassing van het criterium van de halve afstanden. Daarbij kunnen, naast de gegevens vervat in de adviezen van de te raadplegen bestuursoverheden, de persoonlijke bemerkingen van reeds in de omgeving gevestigde apothekers tot een behoorlijke voorlichting van de vergunningverlenende overheid bijdragen.

Voor de afbakening van de relevante invloedssfeer beschikt de vergunningverlenende overheid aldus over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Van een zorgvuldig handelende overheid mag echter worden verwacht dat zij alle relevante gegevens bij de besluitvorming betrekt en tegen elkaar afweegt. Om te kunnen beoordelen of de vergunningverlenende overheid van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid op een zorgvuldige manier heeft gebruik gemaakt moet uit de genomen beslissing minstens blijken dat de argumentatie die door een bezwaarindiener wordt bijgebracht daadwerkelijk bij de besluitvorming is betrokken, zelfs al is de overheid niet verplicht te antwoorden op elk bezwaar. Artikel 3 van de motiveringswet schrijft immers voor dat de motivering van de beslissing afdoende moet zijn.

Het advies van de Vestigingscommissie van 26 april 2010, en dus ook de bestreden vergunning die uitdrukkelijk naar dat advies verwijst, steunt op een invloedssfeer van 2.785 inwoners, die haar grondslag vindt in het landmetersverslag van 12 februari 2004 waarin voor de afbakening gebruik wordt gemaakt van de "halveringsafstanden". Noch de bestreden vergunning, noch het advies van de Vestigingscommissie van 26 april 2010 maken melding van de opmerkingen en bezwaren die in de brief van 20 januari 1995 werden geformuleerd. Ook in de door de adviserende instanties uitgebrachte adviezen wordt het bezwaarschrift niet vermeld. In tegenstelling tot wat de verwerende partij voorhoudt, worden de kritieken die in het bezwaarschrift worden geleverd met betrekking tot de afbakening van de invloedssfeer, niet hernomen in het advies van de APB. Het voorgaande doet besluiten dat geen enkel stuk uit het administratief dossier een verklaring biedt waarom, zonder meer, wordt gesteund op de methode

van de halverwege afstand, ondanks de opmerkingen daarover in het bezwaarschrift van 20 januari 1995. De bijgebrachte elementen waren te dezen voldoende zwaarwichtig, zodat kan worden aangenomen dat het onderzoek en de beoordeling ervan had kunnen leiden tot een andere beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 24 augustus 2010 waarbij aan Yves Haghedooren vergunning wordt verleend tot opening van een voor het publiek opengestelde apotheek in de Deken De Bolaan te 8970 Poperinge.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 875 euro.

De eerste en de zesde verzoekende partij worden verwezen in de overige kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

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

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,

bijgestaan door

Bart Tettelin,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bart Tettelin	**Luc Hellin**