

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.821 van 2 oktober 2012
in de zaak A. 198.628/VII-37.953.**

In zake :

1. Isabelle STALPAERT
2. de NV APOTHEEK STALPAERT
3. Els CUPPENS
4. de NV APOTHEEK PHARMA LOVENJOEL
5. Annelore DE VRIENDT
6. de BVBA APOTHEEK DE VRIENDT
7. Ingrid THIELENS
8. de BVBA APOTHEEK THIELENS
9. Johanna VAN HULLE
10. de BVBA APOTHEEK VAN HULLE

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten An Vijverman en Ann Dierickx
kantoor houdend te 3000 Leuven
Mechelsestraat 107-109
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

Tussenkommende partij :

Patricia MAENHAUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hubert Demeester
kantoor houdend te 9030 Mariakerke - Gent
Brugsesteenweg 378
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 december 2010, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de minister van Volksgezondheid van 24 augustus 2010 waarbij aan Patricia Maenhaut de vergunning wordt verleend voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Waversesteenweg (tussen huisnummers 53 en 57) te Boutersem.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 212.358 van 31 maart 2011 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partijen hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

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

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 september 2012.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Dierickx, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hubert Demeester, die verschijnt 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

3.1. Op 14 oktober 1993 dient de tussenkomende partij een aanvraag in met het oog op het verkrijgen van een vergunning tot opening van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Waversesteenweg te Boutersem, kadaster sectie A nummer 135/E, tussen huisnummers 53 en 57.

3.2. Op 5 mei 1994 werd de aanvraag aan de farmaceutische inspectie en aan de eigenaars van de bestaande apotheken in de omgeving ter kennis gebracht.

Op 16 november 1994 bevestigt de tussenkomende partij dat ze haar aanvraag handhaaft.

De vereniging der koöperatieve apotheken van België (OPHACO), de geneeskundige commissie Brabant, de algemene pharmaceutische bond (APB) en de farmaceutische inspectie verlenen ongunstig advies.

3.3. Op 13 augustus 2009 maakt de tussenkomende partij

aanvullende stukken over na vraag van de Vestigingscommissie 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 (hierna : koninklijk besluit van 25 september 1974).

3.4. De Vestigingscommissie verklaart de aanvraag op 26 oktober 2009 ontvankelijk.

In maart 2010 brengen de geneeskundige commissie Brabant en de farmaceutische inspectie een gunstig advies uit. De OPHACO en de algemene pharmaceutische bond brengen een ongunstig advies uit.

Op 2 april 2010 brengt de adviseur-generaal van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsprodukten (FAGG) een gunstig advies uit.

3.5. De Vestigingscommissie verleent op 3 mei 2010 een gunstig advies.

3.6. Op 24 augustus 2010 sluit de minister van Volksgezondheid zich aan bij dat advies en verleent zij aan de tussenkomende partij een vergunning tot opening van een voor het publiek opengestelde officina. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Rechtspleging

4. In het auditoraatsverslag wordt de verwerping van het beroep voorgesteld.

De zevende en de achtste verzoekende partij hebben geen verzoek tot voortzetting ingediend.

Krachtens artikel 21, zesde lid van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, geldt ten aanzien van deze partijen een vermoeden van afstand van het geding.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partijen

5. Als eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 1, §§ 1 en 3 van het koninklijk besluit van 25 september 1974, en van het redelijkheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Het middel houdt in essentie in dat, uitgaande van de vaststelling dat de in het koninklijk besluit van 25 september 1974 vervatte spreidingscriteria louter en alleen gericht zijn op de beperking van de voor het publiek opengestelde apotheken, er te dezen redelijkerwijze niet kan worden van uitgegaan dat de door de tussenkomende partij aangevraagde apotheek voorziet in de behoeften van 2.000 inwoners. De verzoekende partijen trachten daarbij aan te tonen dat in het advies van de Vestigingscommissie sprake is van een kennelijk onredelijke bepaling van de invloedzone van de gevraagde apotheek, die ingaat tegen artikel 1, § 3, b), van het koninklijk besluit van 25 september 1974.

In een uitgebreid betoog, waarbij in detail wordt ingegaan op de concrete elementen die in rekening werden gebracht bij de afbakening van de invloedzone, argumenteren zij dat er wordt uitgegaan van een verkeerde telling van de inwoners, dat er een te ruime invloedzone in rekening werd genomen en dat er inwoners dubbel werden geteld. Voorts werd volgens de verzoekende partijen geen rekening gehouden met "de hindernis van de E40", noch met de moeilijke bereikbaarheid en het gebrek aan aantrekkingskracht van Neervelp of met de aantrekkingskracht van de centra van de nabije gemeenten Boutersem,

Roosbeek, Lovenjoel, Bierbeek en Meldert. Ook zou geen rekening zijn gehouden met het gevaar dat de aangevraagde apotheek oplevert voor de volksgezondheid.

6. In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen nog toe dat zij, voortgaand op een advies van de Vestigingscommissie van 10 maart 1986, meenden dat er na 8 december 1999 in Neervelp geen apotheek meer zou bijkomen, zodat de vierde verzoekende partij genoodzaakt was een bestaande apotheek over te nemen. Ingevolge een herberekening tellen de verzoekende partijen 1.601 inwoners, wat toch nog altijd minder is dan 2.000.

7. In de laatste memorie argumenteren de verzoekende partijen in verband met een door hen neergelegde "Siggis-studie" dat niet alleen met de demografische component rekening moet worden gehouden, maar ook met de feitelijke omstandigheden eigen aan de regio. Zo kan uit de initiële telling van 2.379 inwoners in de voormelde studie niet worden afgeleid dat voldaan is aan de voorwaarde vervat in artikel 1, § 3, b) van het koninklijk besluit van 25 september 1974.

Beoordeling

8. De vergunning werd afgeleverd met toepassing van artikel 1, § 3, b), van het koninklijk besluit van 25 september 1974. Deze bepaling luidt als volgt :

"In afwijking van het bepaalde in § 2 mag de vestiging van een bijkomende apotheek worden toegestaan:

(...)

b) indien de dichtstbijgelegen apotheek zich op ongeveer 3 km bevindt van de geplande apotheek en indien deze laatste de behoeften dekt van 2000 inwoners;

(...)"

Met toepassing van deze bepaling vormt de invloedssfeer van de te vestigen apotheek een pertinent beoordelingscriterium.

Voor de afbakening van de relevante invloedssfeer beschikt de vergunningverlenende overheid over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Wanneer de verzoekende partijen inroepen dat de overheid die invloedssfeer verkeerd heeft beoordeeld, dan moeten zij dit in hun verzoekschrift niet alleen aannemelijk maken maar moeten zij bovendien aantonen dat de bewoners die bij de invloedssfeer van de geplande apotheek werden ingedeeld, zich als gevolg van bepaalde hindernissen en omstandigheden ongetwijfeld zullen blijven wenden tot andere apotheken in de omgeving. Daarbij moeten zij steunen op relevante en actuele gegevens en moeten zij verduidelijken welk relevant bevolkingscijfer zij in aanmerking nemen. Die gegevens moeten in de annulatieprocedure aan deugdelijke tegenspraak worden onderworpen en kunnen dus niet voor het eerst in de memorie van wederantwoord worden aangevoerd.

Een advies van de Vestigingscommissie van meer dan twintig jaar oud kan niet op redelijke gronden worden gebruikt om de thans gehanteerde cijfers te weerleggen. De verzoekende partijen tonen niet genoegzaam aan dat de geplande apotheek niet de behoeften dekt van 2.000 inwoners. Buiten dit oude advies, wordt in het verzoekschrift niet verwezen naar concrete gegevens met betrekking tot het inwonersaantal ten tijde van de bestreden beslissing.

De verzoekende partijen tonen niet aan dat de vergunningverlenende overheid op een onwettige wijze gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid. Met de niet door concrete gegevens geobjectiveerde stelling dat "geen rekening (werd) gehouden met het gevaar dat de aangevraagde apotheek oplevert voor de volksgezondheid", wordt alleszins niet aannemelijk gemaakt dat de discretionaire beoordelingsbevoegdheid niet volgens de regels van behoorlijk bestuur of op een onwettige wijze, werd ingevuld.

Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunten van de verzoekende partijen en de verwerende partij

9. In het tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan "van artikel 4, § 1, lid 2, iuncto artikel 4, § 2ter van het KB van 25 september 1974, dan wel artikel 4, § 1, lid 2, punt 2 iuncto artikel 6, § 1, 2° en artikel 7" en van artikel 13 van hetzelfde koninklijk besluit.

De verzoekende partijen merken op dat op grond van de aan de APB overgemaakte aanvraag niet kan worden vastgesteld dat de tussenkomende partij bij haar aanvraag het nodige bewijs heeft voorgelegd dat zij kan beschikken over de gevraagde vestigingsplaats. Uit die vaststelling valt volgens verzoekers af te leiden dat ofwel een onvolledige aanvraag werd ingediend (eerste middelonderdeel), ofwel dat aan de APB niet het volledige aanvraagdossier werd overgemaakt waardoor deze adviesinstantie haar adviestaak niet naar behoren heeft kunnen vervullen (tweede middelonderdeel).

10. De verwerende partij werpt als exceptie het gebrek aan belang bij het middel op.

11. In hun memorie van wederantwoord houden de verzoekende partijen voor dat de strijdigheid met de ingeroepen bepaling volstaat om tot de nietigverklaring over te gaan.

Beoordeling

Eerste onderdeel

12. Uit het feit dat de Vestigingscommissie op 26 oktober 2009 oordeelt dat de aanvraag ontvankelijk is, volgt dat zij van oordeel is dat alle vereiste stukken zich in het aanvraagdossier bevinden, en dat het bijgebrachte

attest inderdaad als een bewijs kan worden aangezien dat de aanvrager over de gevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken.

De verzoekende partijen tonen niet aan dat het bijgebrachte attest niet als een dergelijk stuk kan worden beschouwd. Zij tonen dus niet aan dat de aanvraag ten onterechte ontvankelijk werd verklaard.

Bijgevolg valt niet in te zien welk voordeel zij uit deze grief kunnen halen.

Tweede onderdeel

13. Terecht werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middelonderdeel waarin wordt aangevoerd dat aan de APB niet het volledige aanvraagdossier werd overgemaakt. Aangezien verzoekers niet aantonen dat de aanvraag als onontvankelijk diende te worden afgewezen, en het advies van de APB ongunstig is, kan niet worden ingezien welk voordeel de verzoekende partijen uit deze grief kunnen halen.

De geschonden geachte bepaling is overigens niet op straffe van nietigheid voorgeschreven en vormt geen substantieel vormvoorschrift.

Een mogelijke schending ervan kan niet tot de nietigverklaring aanleiding geven.

De verzoekende partijen hebben geen belang bij dit middelonderdeel.

De exceptie is gegrond en het tweede middel is niet ontvankelijk.

Derde middel

Standpunt van de verzoekende partijen

14. Het derde middel steunt op de schending van het materiële motiveringsbeginsel en van de formele motiveringsplicht.

De verzoekende partijen stellen dat de bestreden beslissing onvoldoende is gemotiveerd, doordat niet wordt vermeld:

- "- waarom wordt uitgegaan van een verkeerde telling van de inwoners (...);
- op grond van welke objectieve gegevens wordt afgeweken van de eerder door de Vestigingscommissie verleende adviezen (...);
- waarom er geen rekening wordt gehouden met de door APB overgemaakte informatie aangaande de hindernis van de E 40 (...), de moeilijke bereikbaarheid van Neervelp vanuit Willebringen (...) en de aantrekkingskracht van nabij gelegen dorpscentra (...);
- waarom wordt afgeweken van de in de wet besloten liggende evolutie naar minder en grotere apotheken (...)"

In de memorie van wederantwoord voegen zij nog toe dat ook niet wordt vermeld "waarom de aanvraag pas na 17 jaar heeft geresulteerd in een definitieve beslissing".

In de laatste memorie stellen de verzoekende partijen, in antwoord op het auditorsverslag, dat het middel wel degelijk "voldoende duidelijk (is) omschreven".

Beoordeling

15. Om ontvankelijk te zijn moet een middel de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel omvatten en van de wijze waarop die rechtsregel door de bestreden rechtshandeling wordt geschonden.

In de uiteenzetting van het middel ontbreekt een voldoende duidelijke uiteenzetting van de reden waarom de verzoekende partijen van oordeel zijn dat de bestreden beslissing "onvoldoende" wordt gemotiveerd. Zij zetten niet uiteen waarom zij van oordeel zijn dat er een meer uitgebreide motivering dan de motieven uiteengezet in het advies van de Vestigingscommissie, noodzakelijk is. De elementen die volgens de verzoekende partijen ontbreken of waaromtrent volgens hen geen motieven zijn terug te vinden worden in hun uiteenzetting opgesomd, maar de redenen waarom volgens hen op deze elementen "onvoldoende" door de vergunningverlenende overheid wordt ingegaan, worden niet op een voldoende duidelijke wijze toegelicht in het middel. De verzoekende partijen tonen bijgevolg niet aan waarom de motivering volgens hen "onvoldoende" of niet draagkrachtig genoeg is.

Het derde middel is onvoldoende uitgewerkt om tot de nietigverklaring te kunnen leiden.

Vierde middel

16. Het vierde middel heeft betrekking op de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Vestigingscommissie ging volgens de verzoekende partijen onzorgvuldig te werk bij het voorbereiden van het advies, door de ontvankelijkheid van de aanvraag van de tussenkomende partij foutief te beoordelen en een onvolledige aanvraag over te maken aan de APB en door de in de aanvraag vermelde informatie niet te verifiëren. Daarnaast werd het voormeld advies van de Vestigingscommissie eveneens onzorgvuldig geredigeerd doordat het niet afdoende werd gemotiveerd, en schendt ook de bestreden beslissing, die het advies integraal overneemt, het zorgvuldigheidsbeginsel. Voorts zou de bestreden beslissing ook onzorgvuldig zijn doordat het advies van de Vestigingscommissie in strijd met artikel 13 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 niet werd overgemaakt aan de meest representatieve beroepsorganisaties.

In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen nog toe dat de verwerende partij "in eerste instantie" onzorgvuldig is geweest door de aanvraag gedurende jaren te laten stilliggen en het dossier pas na zeventien jaar definitief te beslechten, en daarmee de redelijke termijn te overschrijden. Zij achten zich benadeeld door de onzekerheid waarin zij hebben geleefd met betrekking tot het eventueel verlies van cliënteel aan de tussenkomenende partij.

Ten slotte zou de bestreden beslissing ook nog onzorgvuldig zijn genomen doordat het advies van de Vestigingscommissie in strijd met artikel 12 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 buiten de termijn van 60 dagen werd neergelegd.

In de laatste memorie voegen de verzoekende partijen toe dat het advies van het Brabants Apothekers Forum (hierna : BAF) wordt geacht integraal deel uit te maken van het advies van de APB omdat dit laatste gegrond is op de argumenten uiteengezet in het advies van het BAF. Wat de argumentatie betreffende de redelijke termijn betreft, stellen zij dat het enkel gaat om een precisering van de opgeworpen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, en niet om een nieuw middel.

Beoordeling

17.1. In de memorie van wederantwoord brengen de verzoekende partijen de aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel voor het eerst in verband met een vermeende overschrijding van de redelijke termijn en met de schending van artikel 12 van het koninklijk besluit van 25 september 1974. Hiermee wordt een nieuwe wending gegeven aan het middel, die niet strookt met de strekking in het verzoekschrift. Anders dan de verzoekende partijen in hun laatste memorie voorhouden, is de argumentatie in verband met de redelijke termijn niet louter een "precisering" van het middel.

Het middel is in de aangegeven mate niet ontvankelijk.

17.2. De verzoekende partijen tonen niet aan dat het advies van de Vestigingscommissie onzorgvuldig werd voorbereid doordat aan de APB een "onvolledig" aanvraagdossier werd overgemaakt. Zij tonen evenmin aan dat de besluitvorming pas zorgvuldig kan worden genoemd wanneer ook de APB in de mogelijkheid werd gesteld zich uit te spreken over de ontvankelijkheid van de aanvraag, of dat het advies van de Vestigingscommissie anders zou zijn geweest indien deze een diepgaander onderzoek aan de aanvraag zou hebben gewijd.

In zoverre het middel inhoudt dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden doordat de bestreden beslissing onvoldoende is gemotiveerd, gaat het middel uit van een hypothese die, zoals blijkt uit de beoordeling van het derde middel, niet is aangetoond.

Artikel 13 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 houdt geen verband met de besluitvorming maar enkel met de kennisgeving van het besluit. De verwijzing naar die bepaling is dan ook niet dienstig om aan te tonen dat de bestreden beslissing op onzorgvuldige wijze werd genomen.

Het vierde middel kan niet worden aangenomen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State stelt de afstand van het geding vast ten aanzien van de 7^e en de 8^e verzoekende partij.

3. De 7^e en de 8^e verzoekende partij worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De overige verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 2800 euro, elk voor een achtste.

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 twee oktober 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