

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.510 van 14 februari 2013
in de zaak A. 201.553/VII-38.221.**

In zake : Raf FRANCOIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Vranken
kantoor houdend te 3940 Hechtel-Eksel
Hasseltsebaan 41, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Sociale Zaken en 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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 augustus 2011, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 28 juni 2011 waarbij de aanvraag van Raf Francois voor het verkrijgen van de vergunning tot opening van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Peerderbaan 65 te Hechtel-Eksel, wordt geweigerd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 216.623 van 1 december 2011 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoeker heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord en de verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2013.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc Vranken, die verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende 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. De verzoeker heeft een apotheek aan de Don Boscostraat 2 te Hechtel-Eksel. Op 22 januari 1988 dient hij een vergunningsaanvraag in voor de opening van een voor het publiek opengestelde officina aan de Peerderbaan 65 te

Hechtel-Eksel.

Alfons Boeckmans dient een soortgelijke vergunningsaanvraag in. Zijn aanvraag heeft betrekking op een geplande vestiging aan de Tussenstraat 7 te Hechtel-Eksel.

Ook Marjan Boits, dient een soortgelijke aanvraag in. Haar aanvraag betreft een geplande vestiging aan de Hasseltsebaan 16 te Hechtel-Eksel.

4. In een tussenadvies van 7 juni 2010 vermeldt de vestigingscommissie dat de samenvoeging van de drie aanvragen in toepassing van artikel 6, § 2, 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) niet verplicht is, maar dat "(g)ezien de aanvragen betrekking hebben op dezelfde regio" de vestigingscommissie het noodzakelijk acht "de dossiers samen te behandelen in het belang van een goede rechtsbedeling, om alle verdere betwistingen te vermijden". Voorts oordeelt de vestigingscommissie dat "de gegevens in de dossiers niet meer actueel zijn", waarna de respectieve aanvragers opnieuw verzocht worden om "een recente plattegrond op schaal met stratenplan omvattend al de apotheken, alle afstanden en alle halverwege afstanden gelegen binnen de omtrek van 5 km gemeten vanaf de geplande vestiging, opgemeten door een beëdigd landmeter" neer te leggen, en om de straatnamen aan te duiden en de toe te kennen invloedszone aan te geven "met bepaling van actuele bevolkingsaantallen in de respectievelijke straten aan de hand van officiële documenten".

5. Op 8 december 2010 brengt de apotheker-inspecteur een ongunstig advies uit over de aanvraag op grond van de volgende vaststellingen :

"Apotheker R. FRANCOIS verzoekt een apotheek te openen te 3940 Hechtel-Eksel, Peerderbaan 65.

Hechtel-Eksel telt 11.852 inwoners en 3 apotheken, waarvan 1 met adjunct-apotheker op moment van aanvraag.

Als we dit aantal adjunct-apothekers in rekening brengen kan er volgens

art. 1 § 2 van het kb van 25.09.1974 geen nieuwe apotheek meer gevestigd worden.

Volgens art. 1 § 3 kan een bijkomende apotheek gevestigd worden als de dichtstbijgelegen apotheek zich op ongeveer 1 km bevindt van de geplande apotheek en indien deze laatste de behoeften dekt van 2.500 inwoners.

De dichtstbijgelegen apotheek (Apotheek Francois, Don Boscostraat 2 te Hechtel) bevindt zich op 834 meter van de aangevraagde vestigingsplaats en volgens aanvrager dekt de nieuwe vestiging de behoeften van 2440 inwoners.

Voor het bepalen van de invloedssfeer worden, in de richting van de dichtstbijzijnde apotheek, de Lommelsebaan en Hasseltsebaan als grens genomen, waardoor de invloedssfeer zeer dicht in de buurt van de bestaande apotheek komt. Naar onze mening moet de invloedssfeer langs deze zijde ingekort worden, en kunnen deze straten niet als een scheiding worden aanzien.

Indien we echter toch van deze invloedssfeer zouden uitgaan, en we berekenen het aantal inwoners op basis van de toegevoegde statistieken, komen wij tot een totaal van 2106 inwoners".

6. In een "bijkomende conclusie" bespreekt de administrateur-generaal van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten de aanvragen als volgt :

"Bespreking algemeen :

Hechtel-Eksel telt 11907 inwoners (op 1/12/2010) en 3 apotheken waarvan 1 met adjunct-apotheker op moment van aanvraag. Aangezien volgens artikel 1, §2, van het KB van 25 september 1974 minimum $3,7 [(11907-5000)/2500 = 2,7 + 1 = 3,7]$ apotheken kunnen toegelaten worden, dient voldaan te worden aan artikel 1, §3, van het hogergenoemd KB. Volgens dit artikel kan een bijkomende apotheek gevestigd worden als de dichtstbijgelegen apotheek zich op ongeveer 1 km bevindt van de geplande apotheek en indien deze laatste de behoeften dekt van 2500 inwoners.

Bespreking ten gronde in chronologische volgorde :

1) Dossier nr. 2356/G/88 : deze aanvraag voldoet niet aan de afstandsvoorwaarde (834 meter) en de invloedssfeer beperkt zich volgens inspecteur tot 2106 inwoners (zelfs het aantal door aanvrager opgegeven (2440 inwoners) volstaat niet).

2) Dossier nr. 2737/G/90 : gezien de dichtstbijgelegen apotheek gelegen is op ongeveer 300 meter (0,33 km volgens aanvrager) is alleszins niet voldaan aan de afstandsvoorwaarde.

3) Dossier nr. 2788/G/90 : deze aanvraag voldoet aan de afstandsvoorwaarde (1008 meter) en de geplande apotheek zou de behoefte dekken van meer dan 2500 inwoners (2558 volgens inspecteur, 3095 volgens aanvrager)".

Hij besluit dat de aanvraag van de verzoeker niet aan de voorwaarden voldoet. De aanvraag van apotheker Alfons Boeckmans wordt gunstig geadviseerd.

7. De vestigingscommissie treedt met haar advies van 28 maart 2011 de beoordeling van de administrateur-generaal bij.

8. In haar beslissing van 28 juni 2011 sluit de minister zich uitdrukkelijk aan bij het advies van de vestigingscommissie, en wordt de door de verzoeker gevraagde vergunning geweigerd.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid

Standpunt van de verwerende partij

9. De verwerende partij werpt als exceptie op dat "men zich (...) de vraag (kan) stellen" of een eventuele vernietiging aan de verzoeker wel een voordeel kan brengen, aangezien de verzoeker heeft nagelaten een beroep in te dienen tegen de beslissing waarbij aan Alfons Boeckmans een vergunning wordt verleend, en de eventuele vernietiging van de thans bestreden beslissing onmogelijk kan leiden tot de nietigverklaring van die vergunning. Bovendien zou verzoekers aanvraag niet kunnen leiden tot een gunstige beslissing, aangezien hij niet beantwoordt aan de cumulatieve voorwaarden van de artikelen 1.2 en 1, § 3, a), van het koninklijk besluit van 25 september 1974.

Beoordeling

10. De verzoeker put zijn belang niet enkel uit het feit dat aan Alfons Boeckmans een vergunning wordt toegekend, maar ook uit het feit dat zijn eigen aanvraag niet werd toegekend.

Na een gebeurlijke nietigverklaring vereist het noodzakelijke rechtsherstel dat de administratieve procedure wordt hernomen met het oog op een nieuwe beslissing, en zal de aanvraag opnieuw moeten worden beoordeeld, volgens de dan geldende reglementering. Deze beslissingsbevoegdheid komt toe aan een bestuursorgaan, en niet aan de Raad van State. Deze laatste oefent een wettigheidstoezicht uit en kan niet vooruitlopen op de beslissing die de vergunningverlenende overheid na een nietigverklaring zou nemen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de verzoeker

11. Als eerste middel voert de verzoeker de schending aan van "artikel 13, § 1", van het koninklijk besluit van 25 september 1974. Hij argumenteert dat het advies van de vestigingscommissie van 28 maart 2011 hem pas als bijlage bij de bestreden beslissing werd ter kennis gebracht, zodat hij er geen administratief beroep tegen heeft kunnen instellen.

12. In de memorie van wederantwoord voegt hij toe dat het in "art. 13 van het K.B. van 25.09.1974 zoals gewijzigd bij K.B. van 15.04.2002" om een substantiële vormvereiste gaat.

Beoordeling

13. Op het ogenblik waarop de vestigingscommissie haar advies verleende stond daartegen geen administratieve beroepsmogelijkheid open. Bijgevolg was het niet noodzakelijk om het advies van de vestigingscommissie onmiddellijk aan de verzoeker ter kennis te brengen.

De verzoeker toont niet aan waarom de voorafgaande kennisgeving van het advies een substantiële vormvereiste zou zijn.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de verzoeker

14. Als tweede middel voert de verzoeker de schending aan van artikel 6, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, en van "de beginselen van behoorlijk bestuur".

Hij betoogt dat deze bepalingen zijn geschonden doordat van de aanvragen van Alfons Boeckmans en Marjan Boits slechts kennis zou zijn gegeven meer dan zes maanden na de kennisgeving van zijn eigen aanvraag. Daardoor had verzoekers aanvraag nooit samen met de aanvragen van Alfons Boeckmans en Marjan Boits mogen worden behandeld. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn volgens de verzoeker geschonden doordat de vestigingscommissie nooit inhoudelijk geantwoord heeft op de besluiten die hij haar herhaaldelijk heeft overgemaakt.

Beoordeling

15. De artikelen 6, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 luiden als volgt :

"§ 2. De aanvragen tot opening of overbrenging van een apotheek, die:

1° worden ingediend binnen een termijn die valt tussen de dag van indiening van de eerste aanvraag en de laatste dag van de tweede maand na de kennisgeving van die eerste aanvraag, en

2° betrekking hebben op een apotheek gelegen binnen een straal van minder dan 1,5 km van de vestigingsplaats waarop deze eerste aanvraag

betrekking heeft, worden door de vestigingscommissie samen met de eerste aanvraag onderzocht.

§ 3. Indien het gaat om aanvragen, hetzij tot opening, hetzij tot overbrenging van apotheken, ingediend na de termijn bepaald in § 2 van dit artikel en gelegen binnen een straal van minder dan 1,5 km mag geen enkele dossier onderworpen worden aan het advies van de Vestigingscommissie, zolang de Minister geen beslissing heeft getroffen voor de vroegere dossiers die op deze omgeving betrekking hebben; ieder dossier dat op behandeling wacht zal slechts behandeld worden overeenkomstig de bepaling van artikel 7, nadat de ministeriële beslissing, waarvan hierboven sprake, zal genomen zijn.

Deze bepaling verhindert nochtans niet dat een vergunning kan worden verleend voor een overbrenging in de onmiddellijke nabijheid".

Voor de beoordeling van de wettigheid van de samenvoeging is niet het tijdstip van de kennisgeving van de aanvragen van Marjan Boits en Alfons Boeckmans relevant, maar wel het tijdstip waarop de aanvragen van de laatstgenoemden werden ingediend.

De argumentatie van de verzoeker kan niet op grond van de geschonden geachte reglementaire bepalingen tot de nietigverklaring leiden.

De verzoeker verduidelijkt niet welk beginsel van behoorlijk bestuur hij precies geschonden acht.

Aangezien het niet aan de Raad van State toekomt om een eigen constructie van het middel van de verzoeker in de plaats te stellen van diens uiteenzetting, wordt dit middelonderdeel als onontvankelijk verworpen.

Voor het overige is het middel niet gegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de verzoeker

16. De verzoeker voert als derde middel machtsafwending aan.

Hij stelt dat de inspecteur bij de totstandkoming van het gunstig advies met betrekking tot de aanvraag van Alfons Boeckmans geen rekening heeft gehouden met de bestaande apotheek te Hechtel-Eksel, Don Boscostraat 2, en voorafgaandelijk contacten heeft gehad met apotheker Boeckmans zodat zijn onpartijdigheid in vraag kan worden gesteld. Het advies van de inspecteur werd volgens de verzoeker "samengesteld met de enige intentie ervoor te zorgen dat Alfons Boeckmans als enige een gunstig advies zou kunnen bekomen voor zijn aanvraag". Daarbij haalt hij aan dat Alfons Boeckmans enkele maanden voor de behandeling van de zaak voor de vestigingscommissie een gezinswoning heeft gekocht, dat de inspecteur niet persoonlijk aanwezig was op de zitting van 21 februari 2011 van de de vestigingscommissie, maar vertegenwoordigd werd door een andere inspecteur die "totaal geen kennis had van het dossier". De verzoeker bekritiseert eveneens het feit dat hij geen beroep heeft kunnen instellen tegen het advies van de vestigingscommissie. De vestigingscommissie heeft evenmin gemotiveerd waarom tot de samenvoeging van de drie aanvragen werd overgegaan. De verzoeker stelt eveneens dat bij de berekening van de inwoners behorende tot de invloedssfeer van de geplande apotheek Boeckmans, straten dewelke op nauwelijks 200 meter van de apotheek van de verzoeker zijn gelegen voor de helft worden bijgerekend bij de invloedssfeer van de geplande apotheek Boeckmans, evenals de straat waar de verzoeker zelf is in gevestigd voor een gedeelte aan de invloedssfeer van de geplande apotheek Boeckmans wordt toegekend en bovendien er totaal geen rekening werd gehouden met de verkeersas Hasselt-Eindhoven (N715) en Leopoldsburg-Bree (N73) dewelke de gemeente doormidden snijdt en invloed heeft op de invloedssfeer van de apotheken. Hij betoogt voorts dat conform de bepaling van het koninklijk besluit van 25 september 1974 voor de gemeente Hechtel-Eksel "louter op basis van het inwonersaantal 3,7 apotheken zouden kunnen worden toegekend, doch geen 4 apotheken, doch met toepassing van de uitzonderingsmaatregel zoals omschreven in artikel 1, § 3 a) hetgeen bijgevolg een uitzonderingsmaatregel betreft en bijgevolg met de grootste omzichtigheid dient behandeld te worden".

17. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoeker toe dat hij niet op de hoogte werd gebracht van het verlenen van een vergunning aan Alfons Boeckmans door de minister van Sociale Zaken.

Beoordeling

18. Een partij die machtsafwending aanvoert, dient daartoe voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens aan te dragen waaruit kan worden afgeleid dat andere dan rechtmatige doeleinden door het bestuur werden nagestreefd. Opdat er sprake zou zijn van machtsafwending moet het ongeoorloofde oogmerk bovendien het enige doel van de bestreden beslissing zijn geweest.

De vaststelling dat de apotheker-inspecteur bij de afbakening van de invloedssfeer geen rekening zou hebben gehouden met bepaalde feitelijke gegevens, houdt op zich niet in dat deze inspecteur zijn bevoegdheid heeft aangewend voor een ander doel, verschillend van een rechtmatig doel. De bewering dat de inspecteur contacten zou hebben gehad met Alfons Boeckmans, wordt niet bewezen.

De door de verzoeker aangehaalde elementen maken niet aannemelijk dat het advies van de apotheker-inspecteur er enkel op gericht was om aan Alfons Boeckmans als enige een gunstig advies te bezorgen.

De grief dat de verzoeker geen beroep heeft kunnen instellen tegen het advies van de vestigingscommissie werd reeds beoordeeld bij het eerste middel, dat niet gegrond werd bevonden.

Het gegrond bevinden van het middelonderdeel aangaande het inwonersaantal binnen de afgebakende invloedssfeer levert de verzoeker geen voordeel op. Hij toont immers niet aan dat het doorslaggevend weigeringsmotief, met name dat de aanvraag niet voldoet aan de afstandsvoorwaarde, noch aan het

vereiste inwonersaantal, geen afdoende motief vormt voor de bestreden beslissing. In het advies van de vestigingscommissie wordt trouwens uitdrukkelijk aangegeven dat het door de verzoeker opgegeven inwonersaantal niet volstaat om een vergunning af te leveren.

In het tussenadvies van de vestigingscommissie van 7 juni 2010, waarbij de drie zaken worden samengevoegd, wordt vermeld dat de aanvragen "gelijktijdig (werden) genotificeerd op 11 april 1991 overeenkomstig artikel 6 van het Vestigingsbesluit". Die vermelding, samen met de vermelding in hetzelfde tussenadvies dat de aanvragen betrekking hebben op dezelfde regio, en dat het noodzakelijk is ze samen te behandelen in het belang van een goede rechtsbedeling, vormt een afdoende motivering voor de samenvoeging.

De bewering dat de vestigingscommissie geen motieven aanbrengt om verzoekers aanvraag samen te voegen met de aanvragen van Alfons Boeckmans en van Marjan Boits mist bijgevolg feitelijke grondslag.

De verzoeker maakt niet duidelijk welke de relevantie is van het feit dat hij niet op de hoogte zou zijn geweest van de aanvraag waarover sprake in de laatste memorie.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoeker wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien februari tweeduizend dertien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin