

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.757 van 7 maart 2013
in de zaak A. 207.189/VII-38.698.**

In zake :
1. Ludo BELLEN
2. de BVBA APOTHEEK BELLEN L.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
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

Tussenkomen partij :
Bénédicte THEVISSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te 9000 Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 november 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 19 september 2011 waarbij aan Bénédicte Thevissen een vergunning wordt verleend voor het openen van een voor het

publiek opengestelde apotheek aan de Kantonsweg tussen woningen 89 en 91 te Dilsen-Stokkem.

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 28 februari 2013.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Kloeck, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bart Vanlee, die loco advocaat Henry Van Burm 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. Tussenkomen

3. Met een op 18 december 2012 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt Bénédicte Thevissen om in het geding te mogen tussenkomen.

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

IV. Feiten

4. Op 23 juni 1994 dient de tussenkomende partij een aanvraag in tot het verkrijgen van een vergunning voor de opening van een voor het publiek opengestelde officina. Deze apotheek wordt gepland aan de Kantonsweg 110 te Rotem-Dilsen. Op het aanvraagformulier wordt, bij de aanduiding van de bestaande apotheken uit de omgeving, melding gemaakt van een aan de Rijksweg 740 te Rotem-Dilsen gevestigde apotheek. Dit is de apotheek waarvan de eerste verzoeker apotheker-titularis is en waarvan de tweede verzoekende partij vergunninghouder is.

5. De Vereniging der coöperatieve apotheken van België (OPHACO) en de Algemene Pharmaceutische Bond (APB) adviseren ongunstig. De farmaceutische inspectie, de provinciegouverneur van de provincie Limburg, alsook de Provinciale Geneeskundige Commissie van Limburg brengen een gunstig advies uit. De afgevaardigde van de administrateur-generaal verleent eveneens een gunstig advies.

Op 27 juni 2011 brengt de Vestigingscommissie het volgende advies uit :

"TOEPASSELIJKE WETTELIJKE BEPALINGEN

Artikel 1, §§ 2 en 3 a) van voornoemd besluit bepalen dat :

(§ 2.) Naargelang het bevolkingscijfer van de gemeente :

- meer dan 30 000 inwoners
- 7 500 tot 30 000 inwoners
- minder dan 7 500 inwoners

bedraagt, mag het aantal voor het publiek opengestelde apotheken niet hoger zijn dan het quotiënt van de deling van het totaal aantal inwoners door respectievelijk :

- 3 000
- 2 500
- 2 000

Per bestaande apotheek waarin twee of meer apothekers gelijktijdig en effectief in voltijdse betrekking hun beroepswerkzaamheden uitoefenen, wordt het bevolkingscijfer met 5 000 verminderd op voorwaarde dat :

a) deze toestand bestond vóór het indienen van de aanvraag
(...)

(§ 3.) In afwijking van het bepaalde in § 2 mag de vestiging van een bijkomende apotheek worden toegestaan :

a) indien de dichtstbijgelegen apotheek zich op ongeveer 1 km bevindt van de geplande apotheek en indien deze laatste de behoeften dekt van 2 500 inwoners;

BESPREKING

De adviezen van de Gouverneur, de Geneeskundige Commissie van het ambtsgebied en de inspecteur der apotheken zijn gunstig.

OPHACO adviseert ongunstig zonder motivatie, de A.P.B. adviseert ongunstig stellend dat er in de gemeente Dilsen-Stokkem plaats is voor een bijkomende apotheek maar niet op de plaats die de aanvrager opgeeft omdat de apotheek in een andere deelgemeente (Rotem) geen inwonersaantal op overschot heeft om een vestiging op die korte afstand te verantwoorden.

Op basis van het algemeen demografisch criterium van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 kan een nieuwe apotheek worden vergund gezien het maximaal aantal apotheken voor de gemeente Dilsen-Stokkem niet wordt bereikt ($19913 - 5000(1 \text{ apotheek met } 2 \text{ voltijdse apotheken op ogenblik van aanvraag}) / 2500 + 1 = 6,97$).

Bovendien wordt ook voldaan aan artikel 1, § 3, a), zoals blijkt uit de bevolkingscijfers neergelegd door de aanvrager en door de farmaceutisch inspecteur aangepast bedraagt de hypothetische invloedssfeer van de geplande apotheek minstens 2.570 inwoners volgens de bevolkingscijfers van 2010. De dichtbijgelegen apotheek ligt op meer dan 2 km van de geplande vestiging.

Op basis van de gegevens van het dossier moet derhalve geconcludeerd worden dat deze aanvraag mag worden toegekend".

6. Op 19 september 2011 verleent de minister de gevraagde vergunning aan de tussenkomende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

V. Voorwaarden van de vordering tot schorsing

7. Naar luid van artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging alleen worden bevolen indien ernstige middelen worden aangevoerd die tot de vernietiging van de aangevochten akte kunnen leiden, en op voorwaarde dat de onmiddellijke

tenuitvoerlegging van die akte de verzoeker een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VI. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de verzoekende partijen

8. De verzoekende partijen zetten daarover het volgende uiteen :

"Verzoekers exploiteren voornoemde apotheek Bellen gevestigd aan de Rijksweg 740, te 3650 Dilsen-Stokkem. Zoals uit de ruimtelijke situering in het feitenrelaas reeds is gebleken, is deze apotheek gelegen in de deelgemeente Rotem. Het cliënteel van de apotheek Bellen bestaat dan ook uit de inwoners van deze deelgemeente. Hun inwoneraantal bedroeg in 2010 volgens gemeentelijke fiches demografie 3.612 (...).

Volgens A.P.B. heeft de deelgemeente Rotem geen inwoneraantal op overschot om een nieuwe bijkomende apotheek tegen de grens van deze deelgemeente, die zich ook nog eens expliciet richt op de inwoners van deze deelgemeente, te kunnen verantwoorden (...).

Dit blijkt ook uit het feit dat in het advies van de vestigingscommissie, dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, de afbakening van de invloedssfeer van de geplande apotheek gebeurd is op basis van de methode van de halve afstanden, waarbij dus een aanzienlijk deel van de inwoners die op dit ogenblik nog tot het cliënteel van verzoekers behoren, tot het cliënteel van de geplande apotheek worden gerekend.

Uit het advies van de vestigingscommissie blijkt nog dat de farmaceutische inspecteur op deze berekening nog een correctie maakt, door een aantal straten die aan de andere kant van het kanaal liggen van wie de inwoners enkel via de Europalaan in het centrum van Dilsen kunnen geraken, niet tot de invloedssfeer van de geplande apotheek mogen worden gerekend, waardoor het aantal tot haar invloedssfeer behorende inwoners gecorrigeerd wordt van 3140 inwoners naar 2570 inwoners (...).

Hieruit blijkt onmiskenbaar dat de geplande apotheek zich volledig richt op de inwoners van de deelgemeente Rotem, waar de apotheek van verzoekers gevestigd is, aangezien de geplande apotheek volgens de farmaceutische inspecteur, zoals overgenomen in het advies van de vestigingscommissie, geen aanspraak kan maken op potentieel cliënteel dat aan de andere (westelijke) kant van het kanaal woont, waardoor de geplande apotheek volledig afhankelijk is van de inwoners die ten oosten van het kanaal wonen, in het bijzonder deze uit de deelgemeente Rotem.

Verweerster kan dan ook niet ontkennen dat de geplande apotheek rechtstreeks zal concurreren met de apotheek van verzoekers, waardoor de

economische leefbaarheid van deze apotheek in het gedrang komt, hetgeen letterlijk door A.P.B. in diens advies wordt aangehaald (...).

De ratio legis van de beperking van het aantal apotheken is krachtens artikel 1, §1, 1 KB van 25 september 1974 nochtans om ervoor te zorgen dat de apotheken voldoende inkomsten kunnen generen om te investeren in de kwaliteit van de zorgverstrekking en hiervoor voldoende grondstoffen en personeel kunnen inschakelen. Omwille van deze reden is er reeds sinds 1994 een moratorium ingesteld dat recent opnieuw verlengd is tot 2014 waardoor geen nieuwe vergunningsaanvragen of hernieuwingen meer kunnen ingediend worden tot 8 december 2014 (X., 'Apotheken', NJW 2009, 889.). Dit moratorium blijkt niet te gelden voor hangende aanvragen zoals te dezen (aanvraag dateert van 23 juni 1994).

Desondanks heeft verweester in diens bestreden beslissing de opening van een nieuwe apotheek op ongeveer 2,8 km van deze van verzoekers vergund, terwijl zij er nochtans door haar eigen adviesinstanties op gewezen werd dat de vergunning van een nieuwe apotheek zo dicht bij deze van verzoekers de economische leefbaarheid van deze laatste in het gedrang zou brengen.

De aan de Rijksweg 740 te 3650 Dilsen-Stokkem gevestigde apotheek vormt nochtans de enige inkomstenbron van verzoekers.

Uw Raad heeft reeds eerder aanvaard in het arrest nr. 160.234 dd. 16 juni 2006 dat een toekomstig geplande apotheek op ongeveer 1,85 km een aanzienlijk deel van het cliënteel van een reeds gevestigde apotheek zou afwerven, hetgeen van die aard is dat dit het economisch overleven van de reeds gevestigde apotheek, die de enige inkomstenbron vormde voor verzoekende partij, in het gedrang brengt een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt.

Er dient dan ook geconcludeerd te worden dat de vergunning van een geplande apotheek op ongeveer 2,8 km van de apotheek van verzoekers die hun enige inkomstenbron vormt en die als cliënteel slechts over de inwoners van de deelgemeente Rotem kan beschikken, die geen inwoneroverschot heeft dat een bijkomende apotheek zou kunnen rechtvaardigen, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt aangezien deze geplande apotheek onmiskenbaar een deel van het cliënteel van de apotheek van verzoekers zal afwerven, hetgeen de economische leefbaarheid van hun apotheek in het gedrang brengt".

Beoordeling

9. De vrees voor verlies aan inkomsten ten gevolge van de concurrentie van de tussenkomende partij vormt in essentie een financieel nadeel. Een dergelijk nadeel is in beginsel niet moeilijk te herstellen, tenzij wanneer aannemelijk wordt gemaakt dat het voortbestaan of het financieel evenwicht van de apotheek ten aanzien waarvan het nadeel wordt ingeroepen, in het gedrang wordt gebracht.

De verzoekende partijen beperken zich tot een vage uiteenzetting van het nadeel. De verwijzingen naar "een deel van het cliënteel" dat wordt afgeworven, zonder daarbij tot een kwantificering over te gaan, maakt het niet mogelijk de werkelijke impact daarvan in te schatten. Ook de verwijzing, in algemene termen, naar "de economische leefbaarheid" die in het gedrang zou worden gebracht, volstaat niet om een ernstig en concreet nadeel aannemelijk te maken.

Het moeilijk te herstellen en ernstig nadeel wordt niet aangetoond.

10. Er is bijgevolg niet voldaan aan een van de voorwaarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen zonder dat het nodig is de opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie te onderzoeken.

BESLISSING

1. Het verzoek van Bénédicte Thevissen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Eric Brewaeys,
bijgestaan door

Bart Tettelin,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys