

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.302 van 9 juli 2013
in de zaak A. 203.617/VII-38.432.**

In zake : Arlette CAILLIAU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Ascrawat
kantoor houdend te 8630 Veurne
Kaaiplaats 10
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 :
Caroline VANDEBERGH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristien Vaes
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Herkenrodesingel 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 februari 2012, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid van 6 oktober 2011 waarbij aan Caroline Vandebergh vergunning wordt verleend tot opening van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen aan de Bovenstraat 40 te Heusden-Zolder.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 april 2012. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De tussenkomende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2013.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rik Ascrawat, die verschijnt voor de verzoekster, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Nele Van Bogaert, die loco advocaat Kristien Vaes 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 12 oktober 1994 dient de tussenkomende partij een aanvraag in voor de opening van een apotheek, gelegen Bovenstraat 40 te Heusden-Zolder.

3.2. Op 30 september 2010 zendt de tussenkomende partij aan het secretariaat van de vestigingscommissie een stratenplan toe waarop de omliggende apotheken zijn aangeduid en de invloedssfeer is afgebakend, met bijhorend toelichtend verslag, opgemaakt door landmeter Dirickx. De landmeter komt tot het besluit dat het aantal inwoners dat tot het invloedsgebied van de nieuwe vestiging behoort, op basis van de halveringsafstanden, 2.632 bedraagt.

3.3. De gouverneur van de provincie Limburg adviseert de aanvraag gunstig. Hij is van oordeel dat een invloedssfeer van 2.632 inwoners "beduidend meer" is dan wat door artikel 1, § 3, 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) is vereist. De Vereniging der Coöperatieve Apotheken van België (OPHACO) en de Provinciale Geneeskundige Commissie brengen, zonder verdere toelichting, een ongunstig advies uit. De Algemene Pharmaceutische Bond (APB) adviseert ongunstig.

Op grond van deze adviezen beoordeelt de afgevaardigde van de administrateur-generaal de aanvraag ongunstig.

3.4. De vestigingscommissie brengt op 8 augustus 2011 een gunstig advies uit. De aanvraag wordt, met toepassing van artikel 1, 3, a) van het koninklijk besluit van 25 september 1974, als volgt beoordeeld :

"De adviezen van de geraadpleegde overheden zijn ongunstig behalve het advies van de gouverneur die de door aanvrager neergelegde gegevens bevestigt. OPHACO en de Provinciaal Geneeskundige Commissie adviseren ongunstig zonder verdere motivatie. APB verwijst naar de inwoners van 1994 en houdt geen rekening met de actuele cijfers. Op grond van de algemene regel

van artikel 1, § 2, van het Vestigingsbesluit, is er geen bijkomende vestiging mogelijk in de gemeente Heusden-Zolder.

Aan de afstandsvoorwaarde is voldaan (1,9 km).

Wat de inwoners betreft aangewezen op de aangevraagde vestiging, kan de Commissie zich akkoord verklaren met de invloedsszone vastgelegd op basis van de halveringsafstanden door landmeter Dirickx in zijn verslag van 27 september 2010. De straten die door de Inspecteur beschouwd worden als niet behorend tot deze invloedssfeer (wegens aantrekkingskracht centrumgemeenten) behoren volgens de Commissie wel tot de invloedsszone, meer zelfs indien het Albertkanaal als natuurlijke grens beschouwd wordt van Eversel zijn er nog meer inwoners op de geplande apotheek aangewezen dan door de betrokken gemeente geattesteerde inwoners (2632)".

3.5. De minister sluit zich in haar beslissing van 6 oktober 2011 aan bij het advies van de vestigingscommissie, en verleent de gevraagde vergunning.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunten van de partijen

4. De verzoekster roept als eerste middel de schending in van artikel 1, §§ 1 en 3a, van het voormelde koninklijk besluit van 25 september 1974, en van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, "onverminderd schending van het redelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, terwijl de beslissing eveneens getuigt van machtsoverschrijding".

In een eerste onderdeel argumenteert zij dat de afbakening van de invloedsszone die werd gemaakt door een landmeter flagrante materiële fouten bevat, zodat de vestigingscommissie, gevolgd door de minister, heeft gesteund op onjuiste gegevens. De verzoekster heeft zelf beroep gedaan op beëdigd landmeter

Arnouts, wiens rapport "gewoon vernietigend" is voor het verslag van landmeter Dirickx. De verzoekster stelt vast dat het verslag van landmeter Dirickx bovendien onredelijk is. Doordat bewust of onbewust systematisch de halverwegepunten onjuist en veel te ruim worden bepaald, eigent de tussenkomende partij zich volgens de verzoekster inwoners toe welke helemaal niet behoren tot haar invloedssfeer. Steunend op het bijgebrachte verslag Arnauts voert de verzoekster aan dat de inwoners van de Kiezelveortweg, de Hagelsteenstraat, de Hasseltsesteenweg en de Heusdenseweg verkeerdelijk tot de invloedssfeer van de vergunde apotheek werden gerekend. Volgens de verzoekster is dit niet in overeenstemming met de afbakeningswijze overeenkomstig de techniek van de halverwege-afstanden, vermits de inwoners van die straten zich dicht bij andere apotheken zouden bevinden. De verzoekster voert eveneens aan dat de straat Meulkens, alsook "de aanpalende straten" niet kunnen worden gerekend tot de invloedssfeer van de vergunde apotheek, aangezien de kortste verbinding enkel mogelijk zou zijn via een veldweg. Een gelijkaardige argumentatie wordt ontwikkeld met betrekking tot de weg die de verbinding vormt tussen de Morgenstraat en het Heike. Voorts stelt zij dat de inwoners van de Obbeekstraat tweemaal in rekening worden gebracht. Voor de straten die zowel in het verslag Dirickx als in het verslag Arnauts tot de invloedssfeer worden gerekend, stelt de verzoekster tot slot vast dat het verslag Dirickx 128 inwoners meer vermeldt.

In een tweede onderdeel stelt de verzoekster dat de vestigingscommissie en de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid niet motiveren waarom zij niet akkoord gaan met het advies van de farmaceutische inspectie. Zij stelt dat, voor de straten die door de apotheker-inspecteur werden uitgesloten, een grotere aantrekkingskracht uitgaat van de apotheken in Beringen dan van de vergunde apotheek. Zij bekritiseert eveneens de "bijkomende motivatie" van de vestigingscommissie dat "zelfs als het Albertkanaal als natuurlijke grens beschouwd wordt van Eversel (...) er nog meer inwoners op de geplande apotheek (zijn) aangewezen dan de door de betrokken gemeenten geattesteerde inwoners (...)". Het Albertkanaal is, steeds volgens de verzoekster,

absoluut geen enkele natuurlijke hindernis, aangezien een brug over het kanaal de verbinding vormt met de zeer brede en vlot bereikbare kanaalweg.

5. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekster toe dat het aan de verwerende partij is om te motiveren waarom zij het advies van de farmaceutische inspectie niet volgt. Zij wijst er tevens op dat het onredelijk is om bepaalde straten op te nemen in de invloedssfeer van de betrokken apotheek, dat er 128 personen werden meegerekend die niet bestaan, en dat er, louter op grond van de halverwege-afstanden, slechts 2.169 inwoners behoren tot de invloedssfeer. Dit cijfer is volgens haar nog overdreven als men rekening houdt met de aantrekkingskracht van apotheken in Beringen.

6. In de laatste memorie gaat de verzoekster op gedetailleerde wijze in op de berekening van de halverwege-afstanden en de bepaling van de invloedssfeer, en de verschillen tussen de rapporten van de genoemde landmeters.

Beoordeling

7. Met de feitelijke gegevens die voor het eerst worden aangebracht in de laatste memorie en met de stukken die daarbij zijn gehecht kan geen rekening worden gehouden. De verzoekster had deze gegevens reeds in een eerder stadium van de procedure kunnen naar voren brengen, zodat de andere partijen daarop hadden kunnen antwoorden. Door dit nu pas te doen heeft zij het recht van verdediging van de andere partijen geschonden. De stukken worden uit de debatten geweerd.

8. De bestreden vergunning steunt uitdrukkelijk op het advies van de vestigingscommissie. Daarin wordt, na onderzoek van de feitelijke gegevens, gesteld dat de geplande apotheek de behoeften dekt van meer dan 2.500 inwoners.

Wanneer deze motieven worden bekritiseerd kan de Raad van State, die als annulatierechter belast is met wettigheidstoezicht, deze motieven

marginaal toetsen. Hij kan zich echter niet in de plaats stellen van adviserende of beslissende bestuursinstanties. Hij moet enkel nagaan of de vestigingscommissie, en in laatste instantie de minister, bij haar beoordeling de haar toegekende appreciatiebevoegdheid naar behoren heeft uitgeoefend, met name of zij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Het is echter niet de taak van de Raad van State om de feitelijke gegevens van de aanvraag opnieuw te onderzoeken en te beoordelen.

De verzoekster moet concrete gegevens aanvoeren om haar grieven aannemelijk te maken. Uit het advies van de vestigingscommissie blijkt dat deze zich, na afweging van de beschikbare gegevens, een oordeel heeft gevormd met betrekking tot de afbakening ten aanzien van de genoemde straten. De verzoekster slaagt er niet in om aan te tonen dat de genomen beslissing, die steunt op dat advies, op dat punt kennelijk onredelijk of kennelijk onjuist is. Het komt de Raad van State, als bestuursrechter, niet toe om zelf een feitelijk oordeel te vellen over de vraag welke straten, omwille van hun ligging en gesteldheid, al dan niet tot de invloedsszone van de beide apotheken behoren, zeker niet wanneer de beweringen van de verzoekster niet concreet worden aannemelijk gemaakt. De bewering dat de inwoners van een bepaalde straat tweemaal in rekening werden gebracht in het door de aanvrager neergelegde verslag van de landmeter heeft geen invloed op de strekking van de bestreden beslissing, vermits het in deze beslissing aangehouden inwonersaantal (2632), zelfs als het wordt verminderd met het aantal inwoners van die straat (55), nog steeds hoger is dan het reglementair vereiste minimumaantal van 2500 inwoners.

Voorts stellen de verwerende en de tussenkomenende partij terecht dat het verslag van de landmeter dat door de verzoekster wordt neergelegd dateert van na de bestreden beslissing en dat men de vestigingscommissie dus niet kan verwijten met die gegevens geen rekening te hebben gehouden.

9. De vestigingscommissie motiveert waarom het ongunstig advies van de apotheker-inspecteur niet wordt gevolgd. Zij is van oordeel dat geen bijzondere aantrekkingskracht uitgaat van de centrumgemeenten die een uitsluiting uit de door landmeter Dirickx afgebakende invloedzone kan verantwoorden. De argumentatie met betrekking tot het Albertkanaal als natuurlijke grens heeft slechts betrekking op een niet doorslaggevend motief, dat overigens ook door de verzoekster als een "bijkomende motivatie" wordt bestempeld. Nu de bestreden beslissing steunt op een ander, niet onwettig bevonden motief, kan de kritiek op die begrenzing geen aanleiding geven tot nietigverklaring.

Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunten van de partijen

10. Als tweede middel roept de verzoekster de schending in van artikel 1, § 3a) en b), van het koninklijk besluit van 25 september 1974, "onverminderd de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Zij betoogt dat de toepassing van artikel 1, § 3, van het voormeld koninklijk besluit "een uitzonderingscriterium (is) op de algemene criteria zoals bepaald in artikel 1, § 2," van hetzelfde besluit. Dit artikel voorziet in de mogelijkheid van een bijkomende apotheek wanneer wordt voldaan zowel aan een afstandsvoorwaarde als aan de behoeften van minstens 2.500 inwoners. De verzoekster stelt dat het evident is dat men niet dezelfde inwoners tweemaal kan toekennen aan een nieuwe toegelaten vestiging, die eveneens werd toegestaan op grond van voormeld artikel 1, § 3a, en verwijst in dat verband naar het arrest van de Raad van State nr. 173.403 van 12 juli 2007.

De verzoekster argumenteert dat bij het verlenen van haar vergunning, op 3 januari 1977, toepassing werd gemaakt van artikel 1, § 3, b), van het koninklijk besluit van 25 september 1974, en dat de aanvraag beantwoordde aan de dubbele criteria "afstandsvoorwaarde van minstens 3 km" en "de behoeften dekken van minstens 2000 inwoners". Er werd daarbij duidelijk verwezen naar de gehuchten Eversel en Ubbersel. Aangezien het gehucht Genenbos waar de apotheek van de verzoekster gevestigd is, slechts 1218 inwoners telt, heeft zij "derhalve minstens 800 inwoners nodig" om haar apotheek te rechtvaardigen, zodat er "van de invloedssfeer zoals deze ten onrechte door de vestigingscommissie, gevolgd door de minister werd weerhouden 800 inwoners (dienen) te worden afgetrokken omdat deze reeds behoren tot de noodzakelijke invloedssfeer van de apotheek van verzoekster. Derhalve kon de minister zonder het artikel 1, § 3, a), te schenden nooit een vergunning toestaan, vermits er niet voldaan wordt aan het criterium van minstens 2.500 inwoners".

11. In de laatste memorie voegt de verzoekster nog toe dat zij "kan aanvaarden dat het louter verwijzen naar inwoners om aan te tonen dat een vestiging verantwoord is, niet eeuwen ten dage kan worden weerhouden", doch dat dit niet meer het geval is wanneer inwoners noodzakelijk zijn om de criteria van artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 te kunnen toepassen.

Beoordeling

12. Voor de toepassing van artikel 1, § 3, a), dient de vergunningverlenende overheid enkel na te gaan of de bijkomende apotheek de behoeften zal dekken van 2.500 inwoners in het licht van de wettelijke doelstelling, namelijk "een spreiding van de apotheken te organiseren ten einde ter bescherming van de volksgezondheid in alle streken van het land een adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening te verzekeren".

De verleende vergunning, en de dus toegestane vestiging van een bijkomende apotheek, zal feitelijk inderdaad tot gevolg hebben dat inwoners die tevoren tot de invloedssfeer van de apotheek van de verzoekster konden worden gerekend, nu tot de invloedssfeer van de apotheek van de tussenkomende partij behoren. De toepasselijke regelgeving sluit niet uit dat ten gevolge van de vestiging van een bijkomende apotheek de invloedssfeer van de bestaande apotheken worden verkleind. Het rekening houden met in het verleden aan vroeger vergunde apotheken toegewezen gebieden op grond van artikel 1, § 3, kan niet te eeuwig en dage aan die apotheken voorbehouden blijven. Zij kunnen dus niet blijvend van die toestand genieten in het nadeel van andere aanvragers waarvan vaststaat dat zij op grond van de reglementaire criteria ook in aanmerking komen voor een vergunning.

Het tweede middel is niet gegrond.

Derde middel

Standpunten van de partijen

13. In het derde middel roept de verzoekster de schending in van "artikel 97 van de grondwet", van artikel 4, § 3, 2° en 3°, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1976 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel, en van de motiveringsplicht.

De verzoekster betoogt in essentie dat de minister in het verleden omtrent een andere aanvraag in Eversel met dezelfde feitelijke omstandigheden een beslissing heeft genomen waarin duidelijk werd gesteld "dat (de) invloedssfeer niet werd bereikt" en dat er rekening diende te worden gehouden met het dossier van Mevrouw Cailliau, die precies de ontbrekende inwoners nodig had om haar vergunning te kunnen bekomen. Hoewel "de bevolking niet drastisch (is)

gewijzigd", heeft de commissie volgens de verzoekster niet aangegeven waarom zij nu plotseling wel van oordeel is dat er wordt voldaan aan het criterium van de 2.500 inwoners. De verzoekster verwijst daarbij naar de arresten van de Raad van State nr. 23.603 van 20 oktober 1983 en nr. 47.571 van 24 mei 1994.

14. In de memorie van wederantwoord verwijst de verzoekster nog naar een advies van 5 mei 1992 van de toenmalige Commissie van beroep in een andere zaak, waarin onder meer wordt gesteld dat overeenkomstig artikel 1, § 1, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, een beoordeling van de ruimtelijke structuur bij een vroegere apotheekvestiging uiteraard later, ten voordele van een nieuwe vestigingsaanvraag, niet mag worden aangetast.

15. In de laatste memorie voegt de verzoekster nog toe dat het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) in de zaak waarnaar zij in de memorie van wederantwoord heeft verwezen, uitdrukkelijk heeft bevestigd dat de aanvraag werd geweigerd bij beslissing van 3 augustus 1992.

Beoordeling

16. Waarschijnlijk acht de verzoekster artikel 149 van de Grondwet geschonden. Deze bepaling is echter alleen toepasselijk op jurisdictionele beslissingen en uiteraard niet op adviezen van de vestigingscommissie. Op deze commissie rust geen motiveringsplicht zoals opgelegd door artikel 149 van de Grondwet en zij is er dan ook niet toe gehouden om punt per punt de geopperde bezwaren te beantwoorden.

De redenen waarom er sprake zou zijn van een schending van artikel 4, § 3, 2° en 3° van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1976 wordt in het middel niet nader toegelicht. De aangevoerde schending van die bepalingen dient dan ook als onontvankelijk te worden afgewezen.

Zoals is gebleken bij de beoordeling van het tweede middel, diende het inwonersaantal dat eerder in aanmerking werd genomen voor de afbakening van de invloedssfeer van verzoeksters apotheek, niet in aanmerking te worden genomen voor de beoordeling van de aanvraag die tot de bestreden beslissing heeft geleid. De grieven die werden ontwikkeld in het eerste middel hebben evenmin een schending aangetoond van de motiveringsplicht. Bij gebrek aan concrete argumenten in het onderhavige middel die anders doen besluiten, kan de in de bestreden beslissing weergegeven motivering, volgens dewelke er wordt voldaan aan het vereiste inwonersaantal, bepaald op basis van de invloedssfeer zoals afgebakend volgens het verslag Dirickx op grond van de halveringsafstanden, volstaan. De motivering dient niet zo ver te gaan dat dient te worden aangegeven waarom, in voorkomend geval, anders wordt geoordeeld dan ten aanzien van eerder beoordeelde aanvragen.

Aan de hand van de gegevens die de verzoekster aanbrengt kan niet worden nagegaan of de feitelijke gegevens van de zaak, waarnaar ter ondersteuning van de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel wordt verwezen in de memorie van wederantwoord, identiek zijn aan deze van de huidige zaak. Van een schending van het aangevoerde gelijkheidsbeginsel kan slechts sprake zijn wanneer, aan de hand van concrete gegevens, wordt aangetoond dat in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, zonder dat er een objectieve verantwoording bestaat voor de ongelijke behandeling.

De verzoekster maakt met haar uiteenzetting niet aannemelijk om welke reden er sprake zou zijn van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen juli tweeduizend dertien, 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