RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.480 van 20 februari 2014
in de zaak A. 203.112/VII-38.355.

In zake : 1. de autonome verzorgingsinstelling ALGEMEEN STEDELIJK ZIEKENHUIS
2. de VZW ZORGNET VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Sint-Geertruiabdij 8, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :
de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Emmanuel Jacubowitz
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 december 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de administrateur-generaal van het Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid van 3 november 2011, houdende het niet verlenen van een planningsvergunning voor de opstelling van een tweede

magnetische resonantie tomograaf met ingebouwd elektronisch telsysteem in een niet-universitair ziekenhuis, het Algemeen Stedelijk Ziekenhuis, uitgebaat door de eerste verzoekende partij.

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 20 juni 2012. De tussenkomende 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 verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2014.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Emmanuel Jacubowitz, 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 en juridisch kader

Juridisch kader

3. Artikel 58, tweede lid, van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008 (hierna : ziekenhuiswet), strekt er toe dat de Koning erkenningsnormen voor medische diensten en medisch-technische diensten kan bepalen, en artikel 60 van dezelfde wet biedt de Koning de mogelijkheid om nadere regelen te bepalen inzake het maximumaantal van zulke diensten.

Artikel 43 van de wet van 27 april 2005 betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid (hierna : wet van 27 april 2005) luidt als volgt :

> "§ 1. Het aantal erkende diensten waarin een magnetische resonantie tomograaf met ingebouwd electronisch telsysteem, zoals bedoeld in deze afdeling is opgesteld, wordt beperkt als volgt:
>
> '1° in 1999: 42 diensten, waarvan 24 gelegen op het grondgebied van het Vlaams Gewest, 14 gelegen op het grondgebied van het Waals Gewest, en 4 gelegen op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor de ziekenhuizen behorend tot de bevoegdheid van de instellingen bedoeld in artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen;
>
> 2° vanaf het jaar 2000: 53 diensten, waarvan 30 gelegen op het grondgebied van het Vlaams Gewest, 17 op het grondgebied van het Waals Gewest, en 6 op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor de ziekenhuizen behorend tot de bevoegdheid van de instellingen bedoeld in artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen.
>
> § 2. Per universitaire faculteit geneeskunde met volledig leerplan wordt één in § 1, bedoelde dienst niet meegerekend in het in § 1, bedoelde aantal'".

Thans geldt het koninklijk besluit van 25 oktober 2006 houdende vaststelling van het maximum aantal diensten waarin een magnetische resonantie tomograaf wordt opgesteld, dat uitgebaat mag worden (hierna : programmatiebesluit). Artikel 1, § 1, van dat koninklijk besluit bepaalt dat het aantal erkende diensten "wordt beperkt tot 84 diensten, waarvan 48 gelegen op het grondgebied van het Vlaams Gewest, 27 op het grondgebied van het Waals gewest, en 9 op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor de ziekenhuizen behorend tot de bevoegdheid van de instellingen bedoeld in artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen".

Met toepassing van artikel 2 van het programmatiebesluit treedt artikel 43 van de wet van 27 april 2005 buiten werking op 21 december 2006, datum van inwerkingtreding van dit besluit zelf.

De thans toepasselijke erkenningscriteria zijn vervat in het koninklijk besluit van 25 oktober 2006 houdende vaststelling van de normen waaraan een dienst waarin een magnetische resonantie tomograaf (hierna : NMR) wordt opgesteld, moet voldoen om te worden erkend (hierna : erkenningsbesluit). Dat koninklijk besluit vindt rechtsgrond in artikel 58 van de ziekenhuiswet. Een NMR mag, in beginsel, slechts worden opgesteld in een dienst voor medische beeldvorming die zich in een ziekenhuis bevindt en die een erkenning heeft verkregen. Artikel 7 van het erkenningsbesluit voorziet in erkenningscriteria op grond waarvan de erkende diensten over de ziekenhuizen verspreid worden, zonder dat het in artikel 1, § 1, van het programmatiebesluit vastgestelde aantal diensten mag worden overschreden. Binnen een erkende dienst voor medische beeldvorming mogen, naargelang het een dienst is van een niet-universitair ziekenhuis dan wel een dienst van een universitair ziekenhuis, in beginsel één of meerdere NMR's worden opgesteld.

De ziekenhuizen die een dienst willen laten erkennen waarin een dergelijk toestel staat opgesteld, dienen een planningsvergunning overeenkomstig

een besluit van de Vlaamse regering van 18 februari 1997 te verkrijgen. Een planningsvergunning wordt in artikel 2, 1°, van dat besluit omschreven als "de beslissing waaruit blijkt dat de aangevraagde capaciteit, wijziging in capaciteit en/of in bestemming van een voorziening past in de programmatie of de behoefteraming voor dat specifieke soort van voorziening".

Feitelijke gegevens

4. De eerste verzoekende partij vraagt op 19 januari 2011 aan de administrateur-generaal van het Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid om een erkenning voor een bijkomend NMR toestel toe te kennen.

In een brief van 5 mei 2011 deelt de administrateur-generaal van het Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid aan de eerste verzoekende partij zijn voornemen mee om de gevraagde planningsvergunning te weigeren. De brief vermeldt dat het theoretisch aantal toe te wijzen NMR-toestellen op het grondgebied van het Vlaamse Gewest is bereikt en er dus geen bijkomende diensten kunnen worden opgericht, zodat geen gunstig gevolg kan worden gegeven aan de aanvraag.

Tegen dit voornemen dient de eerste verzoekende partij een gemotiveerd bezwaarschrift in. In de conclusie van dat bezwaarschrift worden de grieven tegen het voornemen tot weigering als volgt samengevat :

> "Uit de aangehaalde motieven blijkt dat het bepalen van een maximum toegelaten aantal NMR-toestellen niet langer houdbaar is nu dit niet alleen ingaat tegen de goede medische praktijkvorming, inclusief de noodzaak om de blootstelling aan ioniserende straling te minderen, maar ook tegen het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het gelijkheidsbeginsel, zoals vastgesteld in de Grondwet en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de Europese regels inzake het vrij verkeer. De Vlaamse overheid is niet gehouden aan federale regelgeving wanneer vaststaat dat deze niet conform de vermelde grondwettelijke en Europeesrechtelijke regels is; meer nog, is zij verplicht deze federale regelgeving naast zich neer te leggen".

De Vlaamse adviesraad voor de erkenning van voorzieningen bevestigt in een advies van 22 september 2011 het voornemen tot weigering van een planningsvergunning.

Op 3 november 2011 weigert de administrateur-generaal van het Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid de planningsvergunning.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Standpunt van de tussenkomende partij

5. De tussenkomende partij werpt als exceptie op dat, aangezien het door het programmatiebesluit bepaalde maximumaantal ziekenhuisdiensten waarin een NMR-toestel kan worden opgesteld, bereikt werd, er geen erkenning meer kon worden verleend. De verwerende partij beschikte bijgevolg volgens haar over geen enkele discretionaire bevoegdheid, zodat de Raad van State te dezen onbevoegd is.

Beoordeling

6. In de middelen wordt de wettigheid van de bestreden beslissing in vraag gesteld, onder meer doordat zij zou steunen op reglementaire bepalingen die niet in overeenstemming zijn met het Europees recht en met de Grondwet. Het onderzoek van de exceptie hangt bijgevolg samen met de grond van de zaak.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Ambtshalve exceptie met betrekking tot het belang van de tweede verzoekende partij

7. De tweede verzoekende partij heeft overeenkomstig artikel 4, § 1, van haar statuten tot doel "met uitsluiting van enig winstoogmerk, vanuit een christelijke levensvisie, de bevordering en de vrijwaring in de gezondheids- en ouderenzorg, van het beginsel van het privé-initiatief zonder winstoogmerk met het oog op een kwalitatieve gezondheids- en ouderenzorg voor allen, zowel op regionaal, nationaal als internationaal vlak". Volgens artikel 4, § 2, kan zij "elke activiteit ondernemen die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdraagt tot de verwezenlijking van dit doel", zoals "de verdediging van de rechten en belangen van de leden en van de vertegenwoordigde voorzieningen met het oog op het algemeen belang".

De bestreden beslissing betreft een individuele administratieve rechtshandeling, die gericht is tot één welbepaald ziekenhuis, naar aanleiding van een door dat ziekenhuis ingediende aanvraag. De vaststelling dat de federale regelgeving waarop de programmatie steunt van toepassing is op de leden van de tweede verzoekende partij, heeft niet tot gevolg dat die verzoekende partij daardoor een belang verwerft om een dergelijke individuele beslissing met een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State aan te vechten.

De tweede verzoekende partij bezit niet het vereiste belang bij het ingestelde beroep. Het beroep is niet ontvankelijk in haren hoofde.

Exceptie met betrekking tot het belang

8. De tussenkomende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang van de eerste verzoekende partij (hierna : de verzoekende partij) op. Zij stelt dat alle middelen gehaald worden uit de onwettigheid van het

programmatiebesluit, en dat het buiten toepassing laten van dit besluit ook inhoudt dat artikel 43 van de voormelde wet van 27 april 2005 niet buiten werking treedt, zodat het aantal ziekenhuisdiensten waarin een NMR mag worden opgesteld toch beperkt blijft, en de vernietiging van de bestreden beslissing niet tot gevolg heeft dat de verzoekende partij aanspraak kan maken op de toekenning van een vergunning.

Beoordeling

9. De middelen waarin de onwettigheid wordt aangevoerd van het programmatiebesluit, waarop de bestreden beslissing steunt, betreffen niet artikel 2 van dat besluit. Krachtens deze bepaling treedt artikel 43 van de wet van 27 april 2005 buiten werking op de dag van de inwerkingtreding van onderhavig besluit. De redenering van de tussenkomende partij gaat bijgevolg niet op. Er kan niet zomaar worden teruggevallen op het door de tussenkomende partij ingeroepen artikel 43.

De exceptie wordt verworpen.

Exceptie met betrekking tot het gebrek aan een middel

10. De tussenkomende partij werpt als bijkomende exceptie op dat er geen enkel middel wordt aangevoerd tegen de bestreden beslissing als zodanig.

Beoordeling

11. Het eerste middel is gericht tegen de motivering van de bestreden beslissing.

Deze vaststelling volstaat om de exceptie te verwerpen.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partij

12. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij stelt dat de motivering beperkt is tot een verwijzing naar de programmatie en acht dit niet afdoende. Het zorgvuldigheidsbeginsel is volgens de verzoekende partij geschonden doordat niet alle relevante factoren en omstandigheden werden afgewogen. In het bijzonder met betrekking tot "de huidige programmatie inzake NMR" zet de verzoekende partij uiteen waarom die "niet (langer) verantwoord (is) in het kader van de goede medische praktijkvorming" en "zelfs volledig achterhaald". Door niet met die elementen rekening te houden, en de motivering dus enkel te steunen op het aspect programmatie, zou de verwerende partij onvoldoende zorgvuldig tewerk zijn gegaan, en zou er ook sprake zijn van een gebrekkige motivering.

13. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij onder meer toe dat de verwerende partij enerzijds de opgeworpen kritiek ten opzichte van de federale programmatiecriteria ondersteunt, maar anderzijds toch diezelfde programmatie verdedigt. De huidige programmatie van de NMR-toestellen en het blindelings volgen daarvan door de Vlaamse overheid stimuleert volgens de verzoekende partij wel degelijk onnodige toepassingen van CT-scan (computer tomografie) door het beroep op een NMR-toestel onredelijk te beperken. Het onderscheid in financiering tussen NMR en CT-scan rechtvaardigt volgens haar geenszins het verschil in programmatie, "nu beide onderzoeken per akte meer kosten aan de gemeenschap, waarbij het niet uitmaakt of dit wordt

gefinancierd via de sociale zekerheid of vanuit het budget van financiële middelen".

Beoordeling

14. De bestreden beslissing vermeldt de redenen waarom niet wordt ingegaan op de aanvraag. Zij is bijgevolg formeel gemotiveerd.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder ook het zorgvuldigheidsbeginsel, kunnen niet met goed gevolg worden ingeroepen contra legem. Overigens oefent de verzoekende partij hier opportuniteitskritiek uit, die niet behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de bestuursrechter. De argumentatie die wordt gebruikt om aan te tonen dat er sprake is van een gebrekkige of niet afdoende motivering kan niet worden gevolgd.

Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de verzoekende partij

15. In het tweede middel wordt de schending aangevoerd van "de Europeesrechtelijke regels inzake de beginselen van het vrije verkeer, zoals geformuleerd in het verdrag betreffende de werking van de EU (...), meer bepaald in de artikelen 28 en 29 VWEU (vrij verkeer van goederen), artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) en artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten)".

Het middel houdt in essentie in dat "de bestreden beslissing, met verwijzing naar de programmatie-criteria, een belemmering uitmaakt van de beginselen van het vrije verkeer, vermits hierdoor de circulatie van de NMR-toestellen enerzijds, maar voornamelijk ook de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden door onderdanen van een lidstaat met betrekking tot medische

beeldvorming anderzijds, worden beperkt op een niet-gerechtvaardigde manier". De verzoekende partij wijst er op dat de genoemde Europeesrechtelijke regels aan de lidstaten verbieden om beperkingen op te leggen aan landsgrensoverschrijdend verkeer via belemmeringen, en aan lidstaten opleggen om de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in andere lidstaten en het vrije verkeer van diensten en goederen tussen de lidstaten onderling, te vergemakkelijken.

De verzoekende partij wijst er voorts, kort samengevat op dat, door de beperking van het aantal NMR-toestellen, het voor haar onmogelijk is om mobiele NMR-toestellen te exploiteren in samenwerking met instellingen van andere lidstaten, en dat het tevens bijzonder moeilijk is om radiologen aan te trekken, bijvoorbeeld uit andere lidstaten. Eenzelfde beperking geldt volgens haar "voor het bestellen van deze toestellen in België door verzoeksters uit andere lidstaten van de Europese Unie".

Volgens de verzoekende partij bestaat er geen enkele rechtvaardiging voor de inbreuk door de NMR-programmatie op de beginselen van het vrije verkeer. Wegens de kennelijke strijdigheid met de Europese beginselen van het vrije verkeer had de verwerende partij, steeds volgens de verzoekende partij, de NMR-programmatiecriteria moeten negeren. Minstens had zij "de nationale NMR-vestigingsregels moeten interpreteren overeenkomstig het Europees Gemeenschapsrecht, en indien dit niet mogelijk was, zelfs buiten toepassing moeten laten".

De verzoekende partij suggereert een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie indien de Raad van State "van oordeel zou zijn dat zich hier een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie opdringt".

16. In de memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij toe dat de toegang van buitenlandse patiënten tot de Belgische ziekenhuismarkt ernstig wordt gehinderd ten gevolge van het gebrek aan NMR-toestellen in België.

17. In de laatste memorie voegt zij toe dat de belemmering op patiëntenvlak impliciet maar zeker voortvloeit uit haar verwijzing, in het verzoekschrift, naar richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg. De belemmering vloeit volgens haar onder meer ook duidelijk voort uit de verwijzing naar het verdrag betreffende de werking van de EU en haar interne markt en eerlijke mededinging in Europa. Zij stelt voorts dat de programmatie evident geen fiscale maatregel inhoudt, maar even evident als een heffing van gelijke werking moet worden beschouwd. Ten slotte verwijst zij naar de arresten C-570/07 en C-571/07 van het Hof van Justitie van 10 juni 2010, waarin dit Hof met betrekking tot de planning van apotheken in Spanje van oordeel was "dat het stellen van beperkingen toegelaten is, maar dat dit de overheid niet vrijpleit om de concrete programmatiecriteria zorgvuldig in te vullen".

Beoordeling

18. In de artikelen 28 en 29 VWEU is sprake van een verbod van in- en uitvoerrechten, van een verbod van heffingen van gelijke werking, en van een gemeenschappelijk douanetarief voor betrekkingen met derde landen. De in deze bepalingen genoemde maatregelen hebben zodoende betrekking op nationale maatregelen van fiscale aard. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de programmatie waarop de bestreden beslissing steunt, een maatregel van fiscale aard inhoudt. Deze verdragsbepalingen kunnen dan ook niet dienstig worden ingeroepen.

19. Artikel 49 VWEU verduidelijkt in het tweede lid dat de vrijheid van vestiging betrekking heeft op werkzaamheden in een andere lidstaat die niet in loondienst worden verricht, alsook op de oprichting en het beheer van ondernemingen. Het begrip vestiging houdt in dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat.

De verzoekende partij verduidelijkt niet dat de aangevochten beslissing en de regeling die er aan ten grondslag ligt een belemmering uitmaakt van haar recht om zich in een andere lidstaat te vestigen. De aangehaalde verdragsbepaling kan bijgevolg evenmin dienstig worden ingeroepen.

20. Uit artikel 56 VWEU blijkt dat er slechts een schending is van het vrij verkeer van diensten wanneer er sprake is van een dienstverrichter en een dienstontvanger die elk in een andere lidstaat zijn gevestigd. De verzoekende partij maakt echter niet met concrete elementen aannemelijk dat er te dezen, te haren nadele, sprake zou kunnen zijn van een dergelijke schending. Theoretische beschouwingen over het aantrekken van radiologen uit andere lidstaten kunnen, met betrekking tot de concrete situatie van de verzoekende partij, niet in aanmerking worden genomen.

21. Aangezien uit wat voorafgaat blijkt dat de aangevoerde schendingen niet dienstig zijn is er geen noodzaak om nader in te gaan op de inhoudelijke argumentatie met betrekking tot de verenigbaarheid van de programmatieregeling met het Unierechtelijk gewaarborgd vrij verkeer. Er is om dezelfde reden evenmin noodzaak de gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.

Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

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 februari tweeduizend veertien, 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**