

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 226.936 van 27 maart 2014
in de zaak A. 210.504/XIV-35.292**

In zake : de BVBA APOTHEEK BAETENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc De Boel
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
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 :

de BVBA APOTHEEK VANDERSTRAETEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Ascrawat
kantoor houdend te 8630 Veurne
Kaaiplaats 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

De vordering, ingesteld op 24 oktober 2013, strekt tot de
schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de minister van Sociale
Zaken en Volksgezondheid van 23 augustus 2013 waarbij een vergunning wordt
verleend aan de BVBA APOTHEEK VANDERSTRAETEN voor de
overbrenging van een voor het publiek opengestelde apotheek buiten de

onmiddellijke nabijheid van 9040 Sint-Amandsberg, Dendermondsesteenweg 243 naar 9940 Evergem, Kwadeweg 18A.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Anja Somers heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2014.

Kamervoorzitter André Beirlaen heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Marc De Boel en Inneke Bockstaele, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Manoël De Keukelaere, die loco advocaten Pierre Legros en Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Rik Ascrawat, die verschijnt voor de tussenkommende partij, zijn gehoord.

Auditeur Anja Somers 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

3. Aan de BVBA APOTHEEK VANDERSTRAETEN betekent de griffie van de Raad van State op 28 oktober 2013 een afschrift van het enig verzoekschrift. Met een op 8 november 2013 ter post aangetekend verzonden verzoekschrift verzoekt de BVBA APOTHEEK VANDERSTRAETEN om in de procedure te mogen tussenkomen.

Niets verzet zich tegen de inwilliging van dat verzoek.

IV. Feiten

4. Op 15 februari 2013 dient de tussenkomende partij een aanvraag in tot het bekomen van een vergunning tot overbrenging buiten de onmiddellijke nabijheid van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen Dendermondsesteenweg 243, 9040 Sint-Amandsberg naar de Kwadeweg 18A, 9940 Evergem.

Het secretariaat van de Vestigingscommissie bevestigt op 14 maart 2013 dat de aanvraag werd ingediend overeenkomstig de bepalingen van artikel 4, §2ter, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken (hierna het koninklijk besluit van 25 september 1974).

De adviesverlenende instanties verlenen de volgende adviezen:

- De Farmaceutische inspectie adviseert op 14 mei 2013 gunstig aangezien naar de mening van de inspecteur voldaan is aan het criterium 'verbeterde geografische spreiding' cfr. artikel 1, §5bis, 3,° van het koninklijk besluit van 25 september 1974.
- OPHACO adviseert ongunstig rekening houdend met de demografische en/of geografische gegevens van de bedoelde plaats en met de van kracht zijnde bepalingen.
- De gouverneur, de Algemene Pharmaceutische Bond en de Provinciale Geneeskundige Commissie van Oost-Vlaanderen adviseren allen gunstig.

Op 3 juni 2013 vragen de omliggende apothekers inzage in het dossier hetgeen hun wordt geweigerd.

De omliggende apothekers maken op 21 juni 2013 hun bezwaren over aan het secretariaat van de Vestigingscommissie.

De afgevaardigde van de Administrateur-generaal adviseert gunstig in zijn rapport en conclusies.

Op 22 juli 2013 verleent de Vestigingscommissie een gunstig advies. De motivering luidt als volgt:

“Alle uitgebrachte adviezen zijn gunstig, behalve het niet met redenen omklede ongunstige advies van OPHACO.

Het advies van de gouverneur is verkeerdelijk gebaseerd op artikel 1, §5 van het vestigingsbesluit en niet op artikel 1, §5 bis (wat geldig is voor aanvragen ingediend na de inwerkingtreding van het KB van 8 december 1999).

Uit de brief van 27 juni 2013 (postdatum) van de omliggende vergunningshouders en apothekers blijkt hun grote bezorgdheid, doch wordt niet weerlegd dat voldaan is aan artikel 1, §5bis, 3°.

Uit de demografische en geografische gegevens blijkt dat de overbrenging alleszins leidt tot een betere geografische spreiding. Op de oorspronkelijke vestigingsplaats is er een overconcentratie aan apotheken met zes apotheken binnen de 500 meter en nog negen andere apotheken op minder dan 1 km (de dichtste op 175 meter). Op de geplande vestigingsplaats ligt één apotheek op minder dan één km (865 meter) en zes apotheken op minder dan 3 km.

Wat de betere demografische spreiding betreft blijkt uit het rapport van 15 januari 2013 van landmeter Vandewoude dat ook hier aan voldaan is.

Gelet op de hoge concentratie aan apotheken in Gent zal door de overbrenging aldaar de spreiding verbeteren, echter per definitie zal de spreiding verslechteren op de plaats van de overbrenging i.c. in de gemeente Evergem.

Na de geplande overbrenging blijven er meer dan 180 apotheken over in Gent, daar waar er zelfs zonder rekening te houden met eventuele adjunct-apothekers er slechts (249591 inwoners/3000=) 83 apotheken in de stad Gent gevestigd dienen te zijn. In Evergem zijn er heden 13 apotheken gevestigd voor een bevolking van 34034 inwoners.

Artikel 1, §5bis, 3°, behelst een relatief criterium in het algemeen belang waarbij de huidige toestand wordt afgezet tegen de toekomstige. In een toekomstige situatie is het onvermijdelijk dat de spreiding van sommige apotheken minder gunstig zal zijn. De algemene spreiding zal door onderhavige overbrenging evenwel zowel geografisch als demografisch verbeteren. Door de overbrenging zal de overconcentratie aan apotheken in Gent verminderen.

Gezien de overbrenging plaats vindt in een aangrenzende gemeente en een betere geografische en demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging is voldaan aan artikel 1, §5 bis, 3°.”

Op 23 augustus 2013 beslist de minister zich aan te sluiten bij het advies van de Vestigingscommissie, en wordt de gevraagde vergunning verleend. Dit is de bestreden beslissing.

V. Onderzoek van de vordering

5. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat

de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 1, §5bis, 3°, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet juncto artikel 159 van de Grondwet.

Volgens de verzoekende partij wordt er een onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën van apotheken omdat bij een overbrenging op basis van artikel 1, §5bis, 3°, van het besluit van 25 september 1974 niet moet worden voldaan aan de algemene criteria voor een overbrenging zoals deze werden opgenomen in artikel 1, §§ 2, 3, en 3bis van het voornoemde besluit.

De verzoekende partij meent dat de toetsing van het gelijkheidsbeginsel dient te gebeuren vanuit het oogpunt van de ratio legis van het vestigingsbesluit inclusief het moratorium, namelijk “de bescherming van de volksgezondheid door het bewerkstelligen van een optimale spreiding van het aantal apotheken samen met het verminderen van de concentratie aan apotheken”.

In weerwil van het moratorium is een overbrenging van een apotheek mogelijk in een bepaald aantal onderscheiden gevallen. Enkel de overbrenging buiten de onmiddellijke omgeving wordt in de bespreking betrokken. Volgens de verzoekende partij schendt het onderscheid gemaakt tussen een overbrenging in dezelfde gemeente of een aangrenzende gemeente en een overbrenging naar een andere gemeente waarbij de spreidingscriteria ten volle dienen te worden gerespecteerd, het gelijkheidsbeginsel. Het onderscheid tussen een overplaatsing naar een aangrenzende gemeente en een andere overplaatsing heeft geen relevantie naar de algemene spreiding toe. Het feit of een apotheek wordt verplaatst naar een aangrenzende gemeente of een andere gemeente maakt geen verschil voor de spreiding in de gemeente waar de apotheek verdwijnt. Omgekeerd maakt het voor de gemeente waar de apotheek wordt gepland geen

verschil of de apotheek uit een aangrenzende gemeente dan wel een verder gelegen gemeente komt. Ook ten aanzien van de algemene spreiding maakt dit geen verschil. De verzoekende partij meent dat het gemaakte onderscheid niet kan worden gerechtvaardigd en niet geschikt is ten op zichte van het beoogde doel. Bovendien dient er te worden geconcludeerd dat er geen evenredige verhouding is tussen het gemaakte onderscheid en het beoogde doel.

De verzoekende partij besluit dat artikel 1, §5bis, 3,° van het koninklijk besluit van 25 september 1974 buiten toepassing dient te worden gelaten.

Beoordeling

6.1.2. Het gelijkheidsbeginsel impliceert dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of een gelijke behandeling van niet-vergelijkbare gevallen verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

Een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën kan worden ingesteld, voor zover dit verschil op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is.

Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

De verzoekende partij dient met feitelijke en concrete gegevens aan te tonen dat er in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk worden behandeld zonder dat er een objectieve verantwoording bestaat voor deze ongelijke behandeling.

Artikel 1, §5bis, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 somt de voorwaarden op waarin een apotheek kan worden overgebracht. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen een overbrenging zonder begrenzing, een overbrenging in de onmiddellijke nabijheid (100 meter) en een overbrenging in dezelfde gemeente of een aangrenzende gemeente. De voorwaarden die worden opgelegd hebben tot doel een behoorlijke spreiding van

de voor het publiek opengestelde apotheken te organiseren. Dit doel komt wettig en geoorloofd over.

Volgens de verzoekende partij schendt het onderscheid tussen een overbrenging in dezelfde gemeente of een aangrenzende gemeente en een overbrenging naar een andere gemeente waarbij de spreidingscriteria ten volle dienen te worden gerespecteerd het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de beide categorieën vergelijkbaar zijn. Zo lijkt het aannemelijk dat bij een overbrenging naar een aangrenzende gemeente of binnen eenzelfde gemeente een deel van het cliënteel mee volgt naar de nieuwe vestiging hetgeen niet, of veel minder, het geval zal zijn bij een overbrenging naar een andere gemeente. Bij een overbrenging naar een andere gemeente dan een aangrenzende gemeente is het aannemelijk dat de band met de oorspronkelijke vestiging quasi geheel wordt verbroken.

Het eerste middel is niet ernstig.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.m. het zorgvuldigheidsbeginsel, en daarmee samengaan de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij meent hoofdzakelijk dat in de bestreden beslissing slechts summier wordt ingegaan op het ingestelde bezwaarschrift en dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de argumentatie die in het bezwaar werd bijgebracht daadwerkelijk bij de besluitvorming is betrokken. Zij stelt meer bepaald dat er geen antwoord werd geboden op de kritiek aangaande de ratio legis van de toe te passen regelgeving, enerzijds, en aangaande de gevolgen voor hun leefbaarheid, anderzijds. De motivering van de bestreden beslissing is dan ook niet afdoende.

Beoordeling

6.2.2. In essentie meent de verzoekende partij dat de beslissing zowel materieel als formeel onvoldoende werd gemotiveerd en dat de zorgvuldigheidsplicht werd geschonden omdat onvoldoende werd geantwoord op de bezwaren die in het bezwaarschrift werden uiteengezet. De bezwaren in verband met het voldaan zijn van de ratio legis van de regelgeving, zijnde het realiseren van een optimale spreiding ter bescherming van de volksgezondheid, werden niet beantwoord.

De formele motiveringswet bepaalt dat de motivering van een bestuursbeslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat deze motivering afdoende moet zijn. De aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. Een motivering is afdoende wanneer deze de bestuurde redelijkerwijze in staat stelt te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens de beslissing is genomen en hij aldus met kennis van zaken desgevallend tegen deze beslissing in rechte kan optreden en wanneer zij de Raad van State in staat stelt de hem opgedragen wettigheidscontrole uit te oefenen.

De bezwaren van de omwonende apothekers hebben voornamelijk betrekking op het feit dat niet voldaan is aan artikel 1, §2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 of aan de voorwaarden ingeval van een overbrenging naar een niet aangrenzende gemeente, op de vraag hoe ruim ‘aanpalende gemeente’ kan worden geïnterpreteerd, op de vaststelling dat de overbrenging naar een randgemeente uit een stad steeds voldoet aan het criterium betere geografische spreiding, op enkele specifieke klachten ten aanzien van de tussenkomende partij en op de vrees dat er te veel apotheken zullen gevestigd zijn in Evergem waardoor de eisen van goede officinale praktijken moeilijk zullen gehaald worden.

De brief waarmee de omliggende apothekers hun bezwaren kenbaar hebben gemaakt wordt in het advies van de vestigingscommissie, dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, uitdrukkelijk vermeld. Het advies vermeldt ook dat uit deze brief de grote bezorgdheid blijkt van de omliggende vergunninghouders en apothekers maar dat deze niet weerleggen dat

voldaan is aan artikel 1, §5bis, 3,° van het koninklijk besluit van 25 september 1974. Verder omvat het advies ook de redenen waarom de overbrenging een betere geografische en demografische spreiding in het algemeen van de apotheken tot gevolg heeft. Aldus is op het eerste gezicht tegemoet gekomen aan de belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringsplicht. Het advies van de Vestigingscommissie, dat is bijgetreden door de minister, heeft de verzoekende partij in staat gesteld voldoende inzicht te krijgen op welke wijze er voldaan is aan de criteria van artikel 1, §5bis, 3,° van het koninklijk besluit van 25 september 1974. Uit het advies van de Vestigingscommissie kan minstens impliciet worden afgeleid waarom de argumenten van de verzoekende partij niet werden aanvaard. Op de Vestigingscommissie 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.

In zoverre de schending van de materiële motiveringsplicht wordt ingeroepen, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat men niet is uitgegaan van correcte geografische en demografische gegevens, of dat deze niet correct of niet zorgvuldig werden beoordeeld en dat op grond daarvan niet in redelijkheid tot het besluit kon worden gekomen. De bestreden beslissing zet uiteen dat het in de toekomstige situatie onvermijdelijk is dat de spreiding van sommige apotheken minder gunstig zal zijn, maar dat de algemene spreiding zowel geografisch als demografisch zal verbeteren. De verzoekende partij weerlegt dit op het eerste gezicht niet.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de formele en materiële motiveringsplicht zou zijn geschonden of dat de verwerende partij niet zorgvuldig zou hebben gehandeld.

Het tweede middel is niet ernstig.

7. Uit het bovenstaande volgt dat er niet is voldaan aan één van de voorwaarden van artikel 17, §2, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973. Dit volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zevenentwintig maart tweeduizend veertien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Nick Hollevoet,	toegevoegd griffier.

De griffier

De voorzitter

Nick Hollevoet

André Beirlaen