

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.371 van 29 september 2015
in de zaak A. 207.921/XIV-35.241**

In zake : 1. de BVBA DIERICKX
 2. de BVBA BOONE-BURM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Elsbeth De Vylder
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Casinoplein 19
 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

Tussenkomende partij :

Elisabeth VAN OOSTVELDT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Ascrawat
kantoor houdend te 8630 Veurne
Kaaiplaats 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 februari 2013, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van de minister van Volksgezondheid van
13 november 2012 waarbij aan apotheker Elisabeth Van Oostveldt een vergunning
wordt afgeleverd voor de overbrenging van een voor het publiek opengestelde
apotheek buiten de onmiddellijke nabijheid van 9000 Gent, Koning Albertlaan 83

naar 9080 Lochristi, Dorp-Oost (vermoedelijk huisnummer 40, kadaster sectie C nr. 411 A2).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Elisabeth Van Oostveldt heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 11 maart 2013. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Anja Somers heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 mei 2015.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elsbeth De Vylder, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die *loco* advocaten Pierre Legros en Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Ruth Vermeersch, die *loco* advocaat Rik Ascrawat verschijnt voor de tussenkomende 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. Feiten

3.1. Op 28 oktober 2011 dient de tussenkomenende partij een aanvraag in tot het bekomen van een vergunning tot overbrenging buiten de onmiddellijke nabijheid van een voor het publiek opengestelde apotheek, gelegen te 9000 Gent, Koning Albertlaan 83 naar 9080 Lochristi, Dorp-Oost.

3.2. Het secretariaat van de Vestigingscommissie bevestigt op 28 november 2011 dat de aanvraag werd ingediend overeenkomstig de bepalingen van artikel 4, § 2^{ter} van het koninklijk besluit van 25 september 1974 ‘betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ (hierna: het vestigingsbesluit).

3.3. De Vereniging der Coöperatieve Apotheken van België (hierna: OPHACO), de Farmaceutische inspectie, de Algemene Pharmaceutische Bond (hierna: APB) en de Provinciale Geneeskundige Commissie van Oost-Vlaanderen brengen een ongunstig advies uit. Enkel de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen adviseert gunstig.

De afgevaardigde van de administrateur-generaal van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten adviseert gunstig in zijn rapport en conclusies.

3.4. De Vestigingscommissie verleent op 15 oktober 2012 een gunstig advies. De argumentatie is als volgt:

“Alle uitgebrachte adviezen zijn negatief, behalve het gunstige advies van de gouverneur dat verkeerdelijk gebaseerd is 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 demografische gegevens blijkt dat de overbrenging alleszins leidt tot een betere geografische spreiding wat ook niet tegengesproken wordt in de hoger genoemde negatieve adviezen.

Op de oorspronkelijke vestigingsplaats is er een overconcentratie aan apotheken met een vijftiental apotheken in een straal van 1 km (de dichtste op 136,5 meter). Op de geplande vestigingsplaats liggen 3 apotheken (als reeds rekening gehouden wordt met de nog niet geopende maar wel vergunde vestiging in de Pauwstraat 8) in een straal van 1 km (dichtste op 395,55 meter) en de volgende liggen op 4, 5 km en meer. Wat de betere demografische spreiding betreft blijkt uit het rapport van landmeter Pape dat ook hier aan voldaan is. Ook dit wordt niet betwist, hoewel de PGC, APB en de Inspecteur menen dat de invloedssfeer in Lochristi kleiner is dan opgegeven door de landmeter, is de invloedssfeer in Lochristi alleszins groter dan die in Gent.

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 Lochristi. Na de geplande overbrenging blijven er meer dan 180 apotheken over in Gent, daar waar er zelfs zonder rekening te houden met eventuele adjunct-apotheken er slechts (249370 inwoners / 3000 =) 83 apotheken in de stad Gent gevestigd dienen te zijn. In Lochristi zijn er heden 6 apotheken gevestigd en is er een vergunning verleend voor de opening van een zevende apotheek. Zonder rekening te houden met eventuele adjunct-apothekers zouden er conform art. 1§2 minimum (21771 inwoners / 2500=) 8,7 apotheken toegelaten zijn.

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

3.5. Op 13 november 2012 beslist de minister om zich aan te sluiten bij het advies van de Vestigingscommissie en om aan de tussenkomende partij de gevraagde vergunning te verlenen. Dit is de bestreden beslissing.

3.6. De raadsman van de tussenkomende partij bezorgde met een schrijven van 13 december 2012 de bestreden beslissing en het advies van de Vestigingscommissie aan de verzoekende partijen.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partijen voeren in hun verzoekschrift als enig middel de schending aan van de artikelen 4, § 3, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitvoering van de geneeskunst, de

verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies', van artikel 1, § 5bis, 3°, van het vestigingsbesluit, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' evenals een schending van "het beginsel van behoorlijk bestuur inzake motivering, het zorgvuldigheids-, redelijkheids- en gelijkheidsbeginsel".

Volgens de verzoekende partijen leidt de overplaatsing tot een onevenredige verslechtering van de demografische spreiding in Lochristi. Bij de afbakening van de invloedzone ten aanzien van de omliggende apotheken moet vermeden worden dat dezelfde inwoners 2 of meerdere malen worden meegerekend als behorend tot de invloedssfeer van verschillende apotheken. De verzoekende partijen stellen dat de invloedzone van de geplande apotheek van de tussenkomende partij grotendeels gelijk is aan de invloedzone dewelke betrekking heeft op de aanvraag tot opening van een vestiging in Lochristi, Pauwstraat 8, dewelke vergund werd op 21 november 2011. De verzoekende partijen preciseren dat dezelfde inwoners worden toebedeeld aan verschillende apotheken. Zij verwijzen daartoe naar de Vestigingscommissie die de invloedssfeer van de wijk Lobos voor de nieuw geplande vestiging in de Pauwstraat in haar advies (overgenomen in de bestreden beslissing) beperkt tot de helft, precies omdat ze ervan uitging dat deze wijk al minstens voor de helft toebehoort aan de twee bestaande apotheken (zijnde de apotheken van de verzoekende partijen). De wijk Lobos zou nu aan een vierde apotheek worden toebedeeld, met name aan de vestiging waarvoor de tussenkomende partij een vergunning heeft bekomen. Ook wat de Pauwstraat betreft, stellen de verzoekende partijen een dubbeltelling vast. Zo wordt een overconcentratie in Lochristi in de hand gewerkt. Bovendien dienen de inwoners van het OCMW-woonzorgcentrum Sint-Pieter uit de berekening te worden gehaald nu zij bediend worden door een apotheek van buiten Lochristi. Dit toont aan dat de overplaatsing de demografische spreiding in Lochristi op onevenredige wijze verslechtert.

De Vestigingscommissie gaat volgens de verzoekende partijen ook uit van verkeerde gegevens om de overconcentratie op de plaats van de oorspronkelijke vestiging te berekenen. Het zou slechts om 13 apotheken gaan in een straal van 1 kilometer in plaats van 15. Rekening houdend met de verkeerssituatie kan dit aantal zelfs redelijkerwijze verminderd worden tot 7. Volgens de verzoekende partijen werd er onterecht geen rekening mee gehouden dat de overbrenging weliswaar naar een aangrenzende gemeente gebeurt doch een afstand van 13 kilometer behelst en tevens gebeurt van de stad naar het platteland. Dit schendt het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen verwijzen ook naar apotheker [B] die dan wel op het grondgebied van Lokeren ligt maar wel “op de grens met Lochristi”.

Zij menen, tot slot, dat er geen rekening werd gehouden met de bezwaren opgeworpen in de negatieve adviezen of dat die bezwaren door de Vestigingscommissie of de minister op afdoende wijze zijn weerlegd.

Beoordeling

5. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het enig middel in de mate daarin een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd.

Als de verzoekende partijen daarover in het auditorsverslag kunnen lezen dat deze exceptie gegrond is omdat met de kritiek van de verwerende partij moet worden ingestemd dat de verzoekende partijen niet uiteenzetten hoe de bestreden beslissing het gelijkheidsbeginsel schendt en zij daarin geen reden ziet om vervolgens in haar laatste memorie daarop inhoudelijk te antwoorden, begrijpt de Raad van State uit die proceshouding dat de verzoekende partijen zich niet langer tegen de ingeroepen exceptie verzetten.

6. De exceptie is in de aangegeven mate gegrond.

7. Het auditoraat besluit tot de ongegrondheid van het enig middel in zoverre het ontvankelijk werd bevonden, op grond van de volgende overwegingen:

“17. Artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 bepaalt in welke gevallen een vergunning tot opening of overbrenging van een apotheek kan worden verleend.

Artikel 1, §5bis, 3° van datzelfde koninklijke besluit, waarvan de schending wordt ingeroepen, luidt als volgt:

‘In afwijking van de §§4 en 5 kan, voor de aanvragen die worden ingediend na de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 8 december 1999, bedoeld in §3bis, de overbrenging van een apotheek worden toegestaan:

[...]

3° indien de overbrenging, enerzijds, plaatsvindt in dezelfde gemeente of in een aangrenzende gemeente, in het laatste geval voorzover het aantal apotheken per inwoner, in de gemeente waarin de apotheek wordt gesloten, na de overbrenging niet lager ligt dan het aantal dat met toepassing van de criteria bepaald in §2 of §3bis geopend kan worden, en ze, anderzijds, een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft, in vergelijking met de toestand voor de overbrenging.’

Het komt op grond van deze bepaling aan de verwerende partij en de Vestigingscommissie toe om te oordelen of de overbrenging van de apotheek een betere geografische of demografische spreiding met zich meebrengt. De Raad van State beschikt slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid bij de beoordeling of de overbrenging een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken met zich meebrengt.

In onderhavig geval zijn de Vestigingscommissie en de minister van oordeel dat de overbrenging een betere geografische spreiding tot gevolg heeft. Zoals de Raad van State al eerder heeft vastgesteld, volstaat een betere geografische spreiding op zich reeds om een overbrenging te vergunnen, op voorwaarde dat de bereikte geografische spreiding leidt tot een verbetering van de geneesmiddelenvoorziening.

In het advies van de Vestigingscommissie wordt concreet aangegeven dat ten opzichte van de apotheken gelegen in een straal van 1 km voor en na de geplande overbrenging de geografische spreiding verbetert. Op de oorspronkelijke vestigingsplaats is er een overconcentratie aan apotheken met een vijftiental apotheken in een straal van 1 km (de dichtste op 136,5 meter). Op de geplande vestigingsplaats liggen 3 apotheken (als reeds rekening gehouden wordt met de nog niet geopende maar wel vergunde vestiging in de Pauwstraat 8) in een straal van 1 km (dichtste op 395,55 meter) en de volgende liggen op 4,5km en meer. Het advies vermeldt verder dat de betere geografische spreiding niet wordt tegengesproken in de negatieve adviezen. Daarnaast heeft de Vestigingscommissie aandacht gehad voor een mogelijke onevenredige verslechtering van de demografische spreiding, waarbij de vermindering van de overconcentratie in Gent mede in rekening [is] gebracht.

De verzoekende partijen betwisten niet dat door de overbrenging van de apotheek de geografische spreiding wordt verbeterd. Zij stellen dat de overbrenging zou leiden tot een onevenredige verslechtering van de demografische spreiding in Lochristi. Zij menen dat bepaalde inwoners dubbel worden geteld en dat de

invloedszone van de geplande apotheek grotendeels gelijk is aan de invloedszone dewelke betrekking heeft op de aanvraag tot opening van een vestiging in Lochristi, Pauwstraat 8 dewelke vergund werd op 21 november 2011. De Vestigingscommissie zou uitgaan van verkeerde gegevens om de overconcentratie op de plaats van de oorspronkelijke vestiging te berekenen. Zij uiten ook kritiek op het feit dat de overbrenging een afstand van 13 km behelst. Deze laatste elementen zouden een schending uitmaken van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel. Verder wordt nog verwezen naar apotheker [B]. Tot slot zou geen rekening gehouden zijn met de bezwaren opgeworpen in de ongunstige adviezen.

18. Hoewel de vaststelling dat de overbrenging leidt tot een betere geografische spreiding op zich reeds volstaat om de vergunning te verlenen, wordt in het advies van de Vestigingscommissie ook aangegeven dat de overbrenging leidt tot een betere demografische spreiding. De Vestigingscommissie baseert zich hiervoor op het rapport van landmeter Pape. Dit wordt in de negatieve adviezen niet betwist, hoewel de PGC, APB en de Inspecteur menen dat de invloedssfeer in Lochristi kleiner is dan opgegeven door de landmeter is de invloedssfeer in Lochristi alleszins groter dan die in Gent.

Om na te gaan of er sprake is van een betere demografische spreiding onderzoekt de Vestigingscommissie de invloedszone van de apotheek van de tussenkomende partij na de overbrenging. *In casu* wordt met betrekking tot de invloedssfeer verwezen naar het rapport van landmeter Pape. Het is niet kennelijk onredelijk van de Vestigingscommissie om de betere demografische spreiding te beoordelen aan de hand van de invloedszone na overbrenging en niet te kijken naar de bewoners die tot de invloedszone van de andere apotheken behoren.

Bij de afbakening van de invloedszone moet immers geen rekening worden gehouden met de leefbaarheid van de bestaande of nog te vestigen apotheken omdat de regeling van het koninklijk besluit van 25 september 1974, zoals voorgeschreven in artikel 4, §3 van het koninklijk besluit nummer 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen, is uitgewerkt met het oog op een adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening en niet met het oog op de economische leefbaarheid van bestaande of nog te vestigen apotheken. De voorliggende regelgeving sluit niet uit dat ten gevolge van de vestiging van een bijkomende apotheek de invloedssfeer van de bestaande apotheken wordt verkleind.

Bij de afbakening van de invloedszone van de geplande apotheek ten aanzien van de omliggende apotheken, moet wel worden vermeden dat dezelfde inwoners twee of meer malen worden meegerekend als behorende tot de invloedssfeer van verschillende apotheken. Dit is in tegenstelling tot wat verzoekende partijen beweren niet het geval. Uit het rapport van landmeter Pape blijkt dat bij de afbakening van de invloedssfeer er rekening is gehouden met de vergunde vestiging in de Pauwstraat en dat in tegenstelling tot wat verzoekers beweren, alle inwoners slechts één keer in aanmerking zijn genomen om de invloedssfeer te berekenen. De verwijzing naar het advies dat de Vestigingscommissie heeft uitgebracht naar aanleiding van de opening van een nieuwe vestiging in de Pauwstraat toont niet aan dat de huidige beoordeling door de Vestigingscommissie onjuist of onredelijk zou zijn. In dit advies ging de Vestigingscommissie uit van de toenmalige situatie voor de overbrenging. Doordat de apotheek van tussenkomende partij wordt overgebracht, dient de invloedszone van de onderscheiden apotheken opnieuw te worden afgebakend. Het getuigt van een onderzoek in concreto om opnieuw de invloedssfeer na te gaan.

19. De kritiek van verzoekende partijen dat de overbrenging tot een overconcentratie zou leiden in Lochristi is een loutere bewering. Verzoekende partijen tonen niet aan dat de beoordeling door de Vestigingscommissie dat getoet is.

de hoge concentratie van apotheken in Gent door de overbrenging de spreiding aldaar zal verbeteren en dat in Lochristi op basis van artikel 1, §2 minimum 8,7 apotheken toegelaten zijn (zonder rekening te houden met eventuele adjunct apothekers). Heden zijn er 6 apotheken gevestigd en een zevende vergund. De kritiek van verzoekende partijen omtrent het aantal apothekers in de omgeving in Gent (13 of 15) wijzigt hier niets aan. Ook de bewering omtrent de verkeerssituatie doet hieraan geen afbreuk. De kritiek dat de overbrenging een afstand van 13 kilometer beslaat kan niet worden aangenomen aangezien artikel 1, §5bis, 3° van het besluit van 25 september 1974 geen voorwaarde omtrent de afstand oplegt voor aangrenzende gemeenten.

20. In tegendeel tot wat verzoekende partijen beweren werd er wel degelijk rekening gehouden met de bezwaren opgeworpen in de ongunstige adviezen. De Vestigingscommissie stelt hieromtrent vast dat hoewel de adviezen ongunstig zijn, zij de betere geografische en demografische spreiding niet tegenspreken. Uit het gegeven dat een advies niet wordt bijgetreden, kan niet zonder meer worden afgeleid dat met de inhoud van dat advies bij de besluitvorming geen rekening werd gehouden. De minister is er immers niet toe gehouden alle argumenten uit een advies stuk voor stuk te weerleggen. Uit het advies van de Vestigingscommissie blijken de redenen waarom de vergunning toch werd verleend.”

8. De verzoekende partijen stellen in hun laatste memorie met verzoek tot voortzetting van de rechtspleging dat zij het met deze conclusie niet eens zijn maar beperken zich ertoe te herhalen dat de invloedssfeer van de vestiging in de Pauwstraat - Lochristi en die van de over te brengen apotheek van de tussenkomende partij “quasi identiek” zijn, wat zij onzorgvuldig en onredelijk achten. Zij kunnen zich niet verzoenen met het gegeven dat dit om “een loutere hertekening van de invloedssfeer *in concreto* zou gaan” en concluderen dat “[d]e voorliggende regelgeving [...] dan wel niet uit[sluit] dat ten gevolge van de vestiging van een bijkomende apotheek de invloedssfeer wordt verkleind, doch *in casu* gaat het niet om een verkleining van de invloedssfeer alleen doch eerder om een *de facto* overname” zodat zij zich afvragen “wat nog de waarde is van de berekening van de invloedzone voor de nieuw vergunde vestiging in de procedure gekend onder G/A 203.635/VII-38.434”.

9. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld, zoals de verzoekende partijen zelf aangeven, dat de op het ogenblik van de bestreden beslissing toepasselijke regelgeving een hertekening van invloedssferen “niet uitsluit” (hetgeen onvermijdelijk een verkleining ervan meebrengt) doch er zelfs, uit de aard der dingen, in besloten ligt zolang de overbrenging van een voor het

publiek opengestelde officina door een betere demografische of geografische spreiding strekt tot een adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening. Bovendien dient te worden vastgesteld dat zoals in het auditoraatsverslag is uiteengezet de Vestigingscommissie rekening mocht houden met de eerder vergunde vestiging bij de afbakening van de invloedssfeer van de aangevraagde officina van de tussenkomende partij. Tot slot, nog los van de vraag of het bij overbrenging van een officina in het licht van de geldende regelgeving, gebeurlijk overnemen van de invloedssfeer onredelijk zou zijn, tonen de verzoekende partijen geenszins *in concreto* aan dat het ten deze “eerder” gaat om een *de facto* overname. Zij verzuimen immers de totaliteit van elk van beide invloedssferen, straat per straat of delen van straten en wat de inwoners betreft, nauwkeurig tegen elkaar af te zetten. Het komt de Raad van State niet toe dat in hun plaats te doen.

10. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het enig middel, in zoverre ontvankelijk, ongegrond.

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.

3. 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 negenentwintig september tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques