

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 105.683 van 22 april 2002
in de zaak A. 63.984/IX-2735.**

In zake : de CV APOFARMA,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. OOSTVOGELS,
kantoor houdende te ZELLIK,
Noorderlaan 30

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Volksgezondheid,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. BIJTTEBIER,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Nachtegaalstraat 47.

DE RAAD VAN STATE, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de CV APOFARMA op 7 april 1995 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 17 februari 1995 van de minister van Maatschappelijke Integratie, Volksgezondheid en Leefmilieu waarbij haar de vergunning wordt geweigerd voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek te Uitbergen (BERLARE), Groenstraat nr. 5;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd G. JACOBS;

Gelet op de beschikking van 26 maart 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging en de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 15 februari 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 maart 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE.

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. OOSTVOGELS, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat A. DE RIDDER, die loco advocaat J. BIJTTEBIER verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd G. JACOBS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Op 2 april 1989 dient de CV APOFARMA een aanvraag in met het oog op het verkrijgen van een vergunning voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek te Berlare (deelgemeente Uitbergen), Groenstaat nr.5.

Voordien, op 19 februari 1989, had Marleen VAN HOVE reeds een aanvraag ingediend voor het verkrijgen van een vergunning voor de opening van een voor het publiek opengestelde apotheek in dezelfde deelgemeente, meer bepaald in de Colmanstraat nr.1.

1.2. Nadat de aanvraag overeenkomstig artikel 6 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken hen ter kennis is gebracht, dienen de apothekers Lut D'HOOGHE en Koen DE GROEVE een bezwaarschrift in.

De representatieve farmaceutische beroepsorganisaties -de Vereniging der Coöperatieve Apotheken van België en de Algemene Pharmaceutische Bond- brengen een ongunstig advies uit terwijl de provinciegouverneur en de provinciale geneeskundige commissie een gunstig advies uitbrengen.

De Algemene Farmaceutische Inspectie brengt op 5 oktober 1989 een ongunstig advies uit.

1.3. De inspecteur-generaal van de Algemene Farmaceutische Inspectie komt in zijn verslag van 25 februari 1991 op basis van de ingewonnen inlichtingen en adviezen tot de conclusie dat op basis van het algemeen criterium inzake het bevolkingscijfer de vestiging van een bijkomende apotheek niet mogelijk is en dat zulks evenzeer geldt ten aanzien van de uitzonderingsregeling van artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 25 september 1974, omdat wegens het bestaan van meerdere apotheken op redelijke afstanden, de geplande apotheek slechts op een cliënteel van circa 1.200 inwoners zou kunnen rekenen. Bovendien is de aanvraag van Marleen VAN HOVE prioritair.

1.4. De vestigingscommissie brengt op 16 december 1991 over de beide aanvragen een ongunstig advies uit luidend als volgt :

"Beide vestigingsplaatsen zijn gelegen op een afstand van 450 à 500 m zodat de aanvrager, overeenkomstig de bepalingen van Art. 6, § 2, van het organiek koninklijk besluit samengevoegd worden; de aanvraag van apotheker VAN HOVE werd genotificeerd op 19 mei 1989, binnen de zes maanden van de aanvraag ingediend op 2 april 1989, door apotheker VAN NEYGHEM. Dossier Nr. 2510/DW/89.

Met een bevolkingsbestand van 12.670 inwoners op 1 januari 1989 telt Berlare 4 apotheken en zijn er 3 adjunct-apothekers voltijds werkzaam;

Op basis van voornoemd bevolkingsaantal is de totstandkoming van een bijkomende apotheek, volgens de bepalingen van Art. 1, § 2, van het Koninklijk besluit in hoofde genoemd niet mogelijk;

De twee voorwaarden van toepassing van de uitzonderingsbepalingen voorgeschreven door Art. 1, § 3, a) of b) van hetzelfde Koninklijk besluit zijn niet vervuld gezien de afstand tot de dichtstbijgelegen apotheek circa 2,35 km bedraagt hetgeen niet voldoet aan het criterium 'ongeveer 3 km' en aanvrager niet bewijst dat de geplande officina de behoeften van 2.500 inwoners dekt;

De aanvraag voldoet niet aan de eisen van de wet qua bediende bevolking en de oprichting van een nieuwe officina zou een overconcentratie van officina's voor gevolg hebben in strijd met het Art. 1, § 1, 2° van het organiek koninklijk besluit;

Dossier Nr. 2535/DW/89.

De Heer VAN NEYGHEM Kris, vennoot, afgevaardigde bestuurder van APOFARMA CV, verscheen in persoon ter zitting van 21 oktober 1991;

Hij legde geen enkel stuk neer omtrent de bevolking waarop hij beroep zou kunnen doen;

Hij bewijst derhalve niet dat zijn aanvraag voldoet aan de eisen van de wet; Zijn aanvraag kan derhalve niet ingewilligd worden".

1.5. Na beroep tegen dit advies brengt de commissie van beroep op 14 december 1994 op haar beurt één ongunstig advies over beide beroepen, dat luidt als volgt:

"Overwegende dat de Commissie van Beroep ter zitting van 9 november 1994 vaststelt dat de aanvragers hun aanspraken op de vestiging van een officina op het grondgebied van de gemeente Berlare, deelgemeente Uitbergen handhaven, de eerste op het adres Colmanstraat nr. 1 de tweede op het adres : Groenstraat 5; dat er een afstand is van 450 tot 500 m tussen beide vestigingen in het centrum van Uitbergen gelegen;

Overwegende dat ten aanzien van de vestiging te Uitbergen (Berlare) Colmanstraat 1 de Vestigingscommissie vastgesteld heeft dat de twee voorwaarden bepaald in artikel 1, § 3, a) of b) van het koninklijk besluit van 25 september 1974 niet vervuld zijn aangezien de afstand tot de dichtstbijgelegen apotheek circa 2,35 km bedraagt hetgeen niet voldoet aan het criterium 'ongeveer 3 km' en aanvrager VANHOVE niet bewijst dat de geplande officina de behoeften van 2.500 inwoners dekt; dat de oprichting van deze officina een overconcentratie tot gevolg zou hebben in strijd met artikel 1, § 1, 2° van het organiek koninklijk besluit.

Overwegende dat wat de vestiging betreft van een officina te Uitbergen (Berlare) Groenstraat 5 door APOFARMA CV de Vestigingscommissie slechts vastgesteld heeft dat afgevaardigde bestuurder VAN NEYGHEM Kris niet bewezen heeft dat hij voldoet aan de eisen van die wet.

Overwegende dat beide beroepsakten geen grieven vermelden.

Overwegende dat apotheker VANHOVE Marleen in haar nota erop wijst dat in Groot-Berlare vier apothekers gevestigd zijn waarvan drie een adjunct-apotheker in dienst hebben; dat echter niet bewezen is dat per bestaande apotheek twee of meer apothekers 'gelijktijdig en effectief' in voltijdse betrekking hun beroep uitoefenen zodat het bevolkingsaantal niet verminderd mag worden in toepassing van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974;

Overwegende dat het verslag van farmaceutisch inspecteur W. DERAIVE duidelijk vermeldt dat de drie adjuncten in de apotheken : GABRIELS, DECEUNINCK en DE VRIENDT voltijds tewerkgesteld zijn; dat de voltijdse betrekking voldoende bewezen is aan de hand van de stukken door deze apothekers verstrekt; dat bij apotheker VEREECKE te Berlare-Overmere twee adjuncten tewerkgesteld zijn die samen 44 uren presteren zodat ook bij deze apotheek een voltijdse betrekking bewezen is;

Overwegende dat op demografisch vlak, krachtens artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 de opening van een bijkomende apotheek niet mogelijk is aangezien het aantal personen in Groot-Berlare maximum 13.088 bedraagt zoals blijkt uit de cijfers aangegeven door apotheker KERCKHOVE;

Overwegende dat VANHOVE Marleen zich beroept op de afwijking zoals voorzien bij artikel 1, § 3, b) van voormeld koninklijk besluit aangezien voldaan is aan de volgende twee voorwaarden : de afstand van de geplande apotheek te Uitbergen (Berlare) Colmanstraat 1 tot de dichtstbijgelegen apotheek bedraagt 'ongeveer 3 km' en deze zou de behoeften dekken van minstens 2.000 inwoners;

Overwegende dat zelfs indien aanvaard kan worden dat aan de eerste voorwaarde is voldaan de tweede voorwaarde niet vervuld is; dat aangevraagde vestigingen slechts zouden kunnen rekenen op de bevolking van Uitbergen die slechts 1.624 inwoners telt; dat zelfs indien aangenomen wordt dat een aantal inwoners van Wichelen in de invloedssfeer zouden vallen van de nieuwe vestiging in Uitbergen eveneens aanvaard moet worden dat een aantal

inwoners die dicht bij het Donkmeer wonen eerder aanleunen bij Overmere en Berlare waar in iedere gemeente twee apothekers gevestigd zijn met adjuncten;

Overwegende dat apotheker DE GRAEVE te Wichelen slechts op een afstand van 2,4 km van de geplande apotheek gevestigd is en gemakkelijk bereikbaar is voor de inwoners van Uitbergen, langs de Veerstraat, Brugstraat en Rijksweg; dat de gemeenten Berlare (4,5 km - 2 apotheken), Kalken (4,5 km - 2 apotheken) Serskamp (5,5 km - 1 apotheek), Overmere (3,5 km - 2 apotheken), - Schellebelle (4,5 km - 2 apotheken), - Wichelen (1,5 km - 2 apotheken), samen 11 apotheken tellen in de streek zodat de geneesmiddelenbevoorrading op een adequate en doeltreffende wijze is verzekerd; dat de vaststelling van de Vestigingscommissie volledig kan bijgetreden worden zowel voor de vestiging op het adres Colmanstraat 1 als op het adres Groenstraat 5;"

1.6. Op 17 februari 1995 wordt de thans bestreden beslissing genomen, waarbij de minister, zich aansluitend bij het advies van de commissie van beroep, de aanvraag verwerpt.

1.7. Toen de bestreden beslissing genomen werd luiden de ter zake relevante bepalingen van het voornoemde koninklijk besluit van 24 september 1974 als volgt :

"§ 1. De criteria die erop gericht zijn een behoorlijke spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken te organiseren zijn :

- 1° het beperken van het aantal apotheken tot een maximum per gemeente, zoals bepaald in de hiernavolgende paragrafen;
- 2° het voorkomen van een te grote concentratie van apotheken op een bepaalde plaats;
- 3° het voorzien in de noden van afgelegen woonkernen.

§ 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

(...)

§ 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;
- b) indien de dichtst bijgelegen apotheek zich op ongeveer 3 km bevindt van de geplande apotheek en indien deze laatste de behoeften dekt van 2.000 inwoners;
- c) (...);"

2.1.1. Overwegende dat verzoekende partij in wat zij een "enig middel" noemt aanvoert dat de bestreden beslissing niet gemotiveerd is, doordat zij verwijst naar het advies van de commissie van beroep dat zelf niet gemotiveerd is, aangezien het enkel vermeldt "dat afgevaardigde bestuurder van NEYGHEM Kris niet bewezen heeft dat hij voldoet aan de eisen van de wet"; dat verzoekende partij vaststelt dat ook het advies van de vestigingscommissie niet gemotiveerd is waar het enkel stelt : "Hij legde geen enkel stuk neer omtrent de bevolking waarop hij beroep zou kunnen doen"; dat volgens verzoekster zij geen dergelijk stuk diende neer te leggen, aangezien dat stuk zich reeds bevond in het dossier, zijnde het verslag van de farmaceutisch inspecteur; dat verzoekster voorts nog opmerkt dat waar de vestigingscommissie stelt dat verzoeksters zaakvoerder niet bewijst dat zijn aanvraag voldoet aan de eisen van de wet, zij niet verklaart om welke "eisen van de wet" het gaat, dat de commissie van beroep wel vaststelde dat namens verzoekster een plan en besluiten neergelegd werden maar dat de in die besluiten vervatte middelen niet eens besproken worden; dat zij concludeert dat niet wordt gemotiveerd waarom geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 28 februari 1974 noch van het koninklijk besluit van 3 maart 1986 betreffende de klasseverheffing van de gemeente Berlare; dat dit laatste in verband moet worden gebracht met twee rubrieken "afstand" en "bevolkingsdichtheid" in het verzoekschrift voorafgaande aan het "enig middel", waarin verzoeker kritiek levert op de redenen waarop de commissie van beroep heeft gesteund om te besluiten dat aan de criteria van afstand en bevolking niet was voldaan; dat het aangewezen is die kritiek te behandelen als een apart tweede middel;

2.1.2. Overwegende dat wat het eerste middel betreft de verwerende partij terecht antwoordt op de grief als zouden noch de bestreden beslissing noch de eraan vooraf gaande adviezen gemotiveerd zijn, dat zowel het advies van de vestigingscommissie als dat van de commissie van beroep betrekking hadden op twee aanvragen; dat in dezen blijkt dat de commissie van beroep aldus vastgesteld had dat krachtens artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 24 september 1975 de vestiging van een bijkomende apotheek niet mogelijk was op grond van het bevolkingscijfer en dat aanvraagster VANHOVE zich niet kon beroepen op de afwijkingsregeling van artikel 1, § 3, a) of b), hetwelk de vestiging van een bijkomende apotheek toelaat indien de afstand tot de dicht bijgelegen apotheek ongeveer 1, respectievelijk 3 km bedraagt en zij de behoeften dekt van 2.500, respectievelijk 2.000 inwoners; dat ten aanzien van die aanvraag de commissie van beroep meer bepaald oordeelde dat zelfs indien aan de afstandsvoorwaarde van

"ongeveer 3 km" voldaan zou zijn, het bevolkingscijfer van 2.000 niet bereikt werd omdat Uitbergen slechts 1.624 inwoners telde, dat indien men een aantal inwoners van Wichelen tot de invloedssfeer van die geplande apotheek rekende dan ook aanvaard moest worden dat een aantal inwoners van Uitbergen bij het Donkmeer aangewezen zijn op apotheken van Overmere en Berlare; dat de commissie van beroep ook vaststelt dat de door VANHOVE aangevraagde vestigingsplaats op slechts 2,4 km van de dichtsbijzijnde bestaande apotheek gelegen is en dat wegens het aanwezig zijn van 11 apotheken in de omgeving de geneesmiddelenvoorziening was verzekerd; dat zij dan stelt "dat de vaststelling van de vestigingscommissie volledig bijgetreden kan worden zowel voor de vestiging op het adres Colmanstraat 1 als op het adres Groenstraat 5"; dat dit laatste het adres is van de door verzoekster aangevraagde vestiging; dat in dat licht de door verzoekster gewraakte passages van de motivering aldus moeten worden begrepen dat de aanvraag van verzoekster om dezelfde redenen moest worden afgewezen als de aanvraag van VANHOVE, te meer daar haar zaakvoerder noch voor de vestigingscommissie noch voor de commissie van beroep aangetoond had dat hij aanspraak kan maken op de toepassing van een bepaling van voormeld koninklijk besluit om de gevraagde vergunning te krijgen; dat, inderdaad, in haar vergunningsaanvraag en voor de vestigingscommissie, verzoekster op geen enkel moment had aangegeven waarop zij zich beriep om de vergunning te verkrijgen en dat ook niet had gedaan in haar beroepsschrift; dat in haar advies de vestigingscommissie had vastgesteld dat verzoeksters zaakvoerder geen enkel stuk had neergelegd "omtrent de bevolking waarop hij beroep zou kunnen doen"; dat de commissie van beroep preciseert dat de beide beroepsschriften geen grieven bevatten; dat in zoverre verzoekster stelt dat zij geen gegevens omtrent de bevolking diende neer te leggen omdat deze al vervat waren in het verslag van de farmaceutisch inspecteur, moet worden besloten dat de vestigingscommissie en de commissie van beroep er dan ook mee konden volstaan te verwijzen naar dat verslag;

Overwegende, in zoverre verzoekster aanvoert dat de besluiten welke zij neergelegd had niet besproken werden in het advies van de commissie van beroep, dat de vestigingscommissie en de commissie van beroep niet verplicht zijn, zoals die verplichting wel bestaat voor rechtbanken en rechtscolleges, op de door de partijen aangevoerde middelen te antwoorden; dat de motiveringsplicht opgelegd aan het actief bestuur, waartoe de commissie van beroep ter zake behoort, enkel inhoudt dat in het advies zelf uitdrukkelijk de redenen moeten worden opgegeven waarop het steunt; dat in dezen de commissie van beroep -wier advies in de plaats is gekomen van dat van de vestigingscommissie- heeft aangegeven waarom beide

aanvragen geweigerd dienden te worden; dat voor verzoekster dit zonder twijfel is, dat het vereiste bevolkingscijfer van de invloedssfeer van de geplande apotheek niet bereikt werd; dat het eerste middel niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat in wat als een tweede middel kan worden beschouwd, verzoekster in haar verzoekschrift vooreerst aanvoert dat toepassing diende te worden gemaakt van artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 28 februari 1974 en van het koninklijk besluit van 3 maart 1986; dat zij met het eerste waarschijnlijk bedoelt, artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 28 februari 1974 en wat dat betreft zij onder "afstand" toelicht dat ter zake de dichtst bij gelegen apotheek zich bevond op 2,9 km, wat kan worden gelijkgesteld met "ongeveer" 3 km in de zin van de regelgeving; dat verzoeker voorts wat betreft de toepassing van het koninklijk besluit van 3 maart 1986 stelt onder "bevolkingsdichtheid" dat het criterium is het aantal inwoners wier behoeften gedekt moeten worden, dat in de gemeente Berlare daarvoor ook in aanmerking komen een aantal tijdelijke verblijfhouders, vooral rond het Donkmeer, dat om die reden trouwens de gemeente een klasseverheffing tot de categorie 15.001 - 20.000 inwoners kreeg, dat als men dat proportioneel toepast op de deelgemeente Uitbergen, men komt tot een bevolkingscijfer van 2.138 in plaats van 1.624, zodat op het stuk van de bevolking de aanvraag van verzoekster voldeed aan het voorschrift; dat zij hiermede de argumenten herhaalt die zij reeds in haar besluiten voor de commissie van beroep had aangevoerd;

2.2.2. Overwegende dat, opdat de aanvraag voor het vestigen van een bijkomende apotheek in de deelgemeente Uitbergen ingewilligd zou kunnen worden op grond van de uitzonderingsregeling van artikel 1, § 3, b), van het koninklijk besluit van 25 september 1974, bepaling waarop verzoekster zich ter zake beroept, vereist was dat de afstand van de geplande apotheek tot de dichtst bijgelegen apotheek ongeveer 3 km bedraagt en zij de behoeften dekt van 2.000 inwoners; dat verzoekster meent dat die voorwaarden vervuld waren; dat zij wellicht kan worden bijgevallen waar zij meent dat 2,9 km "ongeveer" 3 km is; dat zij dan echter dient aan te tonen dat de geplande officina zal instaan voor de behoeften van minstens 2.000 inwoners; dat volgens de berekening verricht door de farmaceutisch inspecteur, die wordt bijgevallen door de vestigingscommissie en de commissie van beroep, dat getal echter slechts 1.624 bedraagt; dat verzoekster daar geen eigen omschrijving van de invloedssfeer tegenover plaatst, maar met toepassing van de klasseverhoging van de gemeente Berlare het inwonersaantal

kunstmatig verhoogt, wat volgens haar overeen zou stemmen met de behoeften van een bijkomende bevolking bestaande uit tijdelijke verblijfhouders;

Overwegende, eensdeels, dat een klasseverheffing van de gemeente geschiedt met het oog op bepaalde aangelegenheden die met het bestuur van de gemeente verband houden -voornamelijk de weddeschalen van het personeel- doch geen invloed heeft op het werkelijke bevolkingscijfer, het enige dat in aanmerking mag worden genomen voor de toepassing van het koninklijk besluit van 25 september 1974; dat, anderdeels, die bevolking enkel de inwoners omvat die, in de normale betekenis van het woord, hun hoofdverblijf hebben in de gemeente of het betrokken gedeelte ervan; dat tijdelijke verblijfhouders zoals personen die er een tweede verblijf of een vakantieverblijf betrekken derhalve niet meegerekend mogen worden; dat de betrokkenen immers al in aanmerking genomen worden voor de bepaling van het aantal toegestane apotheken in de gemeente waar zij hun hoofdverblijf hebben; dat ook het tweede middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig april 2000 en twee, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	Th. VAN RAEMDONCK,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Th. VAN RAEMDONCK.

J. DE BRABANDERE.