

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 139.010 van 10 januari 2005
in de zaak A. 93.905/IX-2476.**

In zake : Marie-Louise BREPOELS,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. VAN BENEDEN,
kantoor houdende te GENTBRUGGE,
P.J. Triesthof 14

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Volks-
gezondheid,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. GILLET,
kantoor houdende te BRUSSEL
Brand Whitlocklaan 30.

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

Gezien het verzoekschrift dat Marie-Louise BREPOELS op 24 juli 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit genomen op 5 mei 2000 door de minister van Volksgezondheid waarbij haar de vergunning geweigerd wordt voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek te Oosterzele-Moortsele, hoek van de Moortselestraat en de Tramstraat;

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 13 december 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 van verzoekster en de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 14 september 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 oktober 2004;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. VAN BENEDEN, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat P. SLEGERS, die loco advocaat E. GILLET 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 samengevat kunnen worden als volgt :

1.1. Op 3 juni 1989 dient Marie-Louise BREPOELS een aanvraag in tot het verkrijgen van een vergunning voor het openen van een voor het publiek opengestelde apotheek te Oosterzele (Moortsele), Tramstraat nr. 18. Met een brief van 20 oktober 1989 wijzigt zij het vestigingsadres naar een perceel bouwgrond, sectie A, nr. 665 D, gelegen te Oosterzele (Moortsele) op de hoek van de Moortselestraat en de Tramstraat.

1.2. De overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken ingewonnen adviezen zijn alle ongunstig, met uitzondering van het niet-gemotiveerd advies van de Geneeskundige Commissie van Oost-Vlaanderen, dat gunstig is.

Ook de conclusies in het verslag van de hoofdinspecteur-directeur, gedateerd 25 mei 1993, zijn ongunstig.

1.3. Op 17 juni 1993 voegt de vestigingscommissie verzoeksters aanvraag samen met de aanvraag van M. DE SMET om in dezelfde gemeente een voor het publiek opengestelde apotheek te vestigen, waarna de vestigingscommissie op 24 februari 1994 een ongunstig advies uitbrengt over beide aanvragen.

Met betrekking tot verzoeksters aanvraag concludeert het advies, zoals de hoofdinspecteur-directeur, dat de geplande apotheek niet kan rekenen op een invloedssfeer van 2.000 inwoners, zoals terzake vereist overeenkomstig artikel 1, § 3, b), van bovenvermeld koninklijk besluit van 25 september 1974.

1.4. Op hoger beroep van verzoekster tegen het advies van de vestigingscommissie en na een nieuw, ongunstig advies van de farmaceutisch inspecteur van Oost-Vlaanderen dato 19 oktober 1999, brengt ook de commissie van beroep op 26 januari 2000 een ongunstig advies uit. Wat de grond van de zaak betreft, luidt het terzake relevante gedeelte als volgt :

“(…)

3. De afstanden tot de omliggende apotheken bedragen respectievelijk :
- ongeveer 2,7 km tot de apotheek VAN DE VELDE M.J., Koning Albert I-plein 19, te 9820 Bottelare;
 - ongeveer 2,7 km tot de apotheek DE WAEL S., Voordries 13, te 9860 Oosterzele;
 - ongeveer 2,9 km tot de apotheek DE SMET M., Stationsstraat 27, te 9860 Scheldewindeke;
 - ongeveer 3,5 km tot de apotheek VAN HERZELE L., Dorp 13, te 9860 Oosterzele.

De apotheken VAN DE VELDE M.J. en DE WAEL S. zijn het dichtstbijgelegen bij de geplande apotheek, te weten op een afstand van ongeveer 2,7 km. Derhalve moet de geplande apotheek kunnen voorzien in de behoeften van 2.000 inwoners.

4. Volgens de aanvraagster BREPOELS Marie-Louise bedraagt de invloedssfeer van de geplande apotheek 2.060 inwoners (...), namelijk :

- Moortsele en Landskouter : 1.895 inwoners
 - Ukkepekuk : 30 inwoners
 - De Kiem : 14 inwoners
 - Harlekijntje : 18 inwoners
 - Christophorus : 8 inwoners
 - Invloedssfeer Munte : 70 (26 huizen Asselkouter)
 - Invloedssfeer Scheldewindeke : 24 (9 huizen dreef)
- 2.059 inwoners.

Voor de periode van 1 januari 1992 tot 31 december 1998 is het aantal inwoners voor de deelgemeente Landskouter gestegen van 575 naar 671 inwoners en de deelgemeente Moortsele van 1.193 naar 1.224 inwoners ($671 + 1.224 = 1.895$). De uitbreiding van de therapeutische leefgemeenschap De Kiem (ex-psychiatrie en verslavingsproblematiek) is ook een niet onbelangrijk bedieningspool.

Aanvraagster wijst ook nog op de grote kans van een explosieve bevolkingstoename en de blijvende stadsvlucht gekoppeld aan een toevlucht naar het nabijgelegen hinterland. De 895 vrije kavels over de gehele oppervlakte van de gemeente Oosterzele staan ook borg voor een toekomstige bevolkingsaan groei van minstens ($895 \times 3 =$) 2.700 -moet in feite 2.685 zijn- inwoners over de zes deelgemeenten waaronder vooral de kleinere deelgemeenten Gijzenzele en Landskouter (40) maar uiteraard ook de grotere deelgemeente Moortsele (68).

5. De situatie dient beoordeeld te worden op grond van de actuele toestand. Toekomstperspectieven dienen buiten beschouwing te worden gelaten. Volgens het geactualiseerd advies van de pharmaceutische inspecteur, mevrouw C. BAETENS, dd. 22 september 1999, dient er rekening te worden gehouden met de ligging van de omliggende apotheken in Bottelare, Gontrode, Oosterzele en Scheldewindeke. Er is daarbij ook nog het feit dat voor het toekennen van de vergunning voor de apotheker DE WAEL S. in Oosterzele rekening werd gehouden met de inwoners van Moortsele, Landskouter en Gijzenzele.

Op het huidig ogenblik gaat er ook veel minder aantrekkingskracht uit van het centrum van Moortsele als van de centra van (...) Bottelare, Scheldewindeke en Oosterzele. Er kan verder ook geen rekening worden gehouden met een eventuele verbetering in de toekomst.

Aanvraagster rekent hier ten onrechte alle inwoners binnen Moortsele (1.224) en Landskouter (671) tot de invloedssfeer van de geplande apotheek.

In het hierboven aangehaald geactualiseerd advies heeft de pharmaceutische inspecteur, mevrouw C. BAETENS, terecht gesteld dat om de aangehaalde redenen slechts een deel van deze inwoners binnen de geplande invloedssfeer valt. Haar schatting om 1.200 inwoners (ongeveer $2/3$) aan te nemen op een totaal van $1.224 + 671 = 1.895$ is in de gegeven omstandigheden als billijk te rechtvaardigen. Ze wordt dan ook door de Commissie van beroep aangenomen.

De invloedssfeer van de geplande apotheek valt hier dus zonder enige twijfel onder de 2.000 inwoners. Het is dus duidelijk dat de geplande apotheek de behoeften niet kan dekken van het wettelijk voorzien getal van 2.000 inwoners. De gevraagde vestiging van apotheek voldoet dus niet aan de wettelijke voorwaarden om toegestaan te worden”.

1.5. Op 5 mei 2000 weigert de minister van Volksgezondheid, verwijzend naar en zich aansluitend bij het advies van de commissie van beroep, de gevraagde vergunning.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat het beroep niet ontvankelijk is, enerzijds omdat verzoeksters aanvraag niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, § 3, van voornoemd koninklijk besluit van 25 september 1974, zodat de overheid enkel nog beschikt over een gebonden bevoegdheid en derhalve niet anders zou kunnen dan de gevraagde vergunning te weigeren, anderzijds omdat verzoekster geen middel zou hebben aangevoerd dat betrekking heeft op de onredelijke uitoefening door de overheid van haar discretionaire bevoegdheid om de vergunning te weigeren, zelfs wanneer is voldaan aan de voorwaarden gesteld in het hierboven vermelde artikel 1, § 3;

2.2. Overwegende dat verzoekster antwoordt dat zij doorheen het tweede en het derde middel wel degelijk de onredelijke uitoefening van de discretionaire bevoegdheid aantoont en dat de aangevoerde verkeerde inschatting van de invloedssfeer en van de bereikbaarheid van de dichtstbijzijnde apotheek impliciet neerkomt op het aanklagen van het onredelijke van de beoordeling terzake;

2.3. Overwegende dat, daargelaten de vraag of degene wiens vraag om een vergunning te verkrijgen verworpen werd geen belang heeft om die weigering te bestrijden wanneer de vergunningverlenende overheid daarbij niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt, de verwerende partij terzake wel over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikt; dat zij immers een aantal gegevens moet beoordelen welke voor appreciatie vatbaar zijn, hier inzonderheid het aantal inwoners wier behoeften de geplande apotheek zal dekken; dat de gevraagde

vergunning geweigerd werd omdat de verwerende partij op grond van een aantal gegevens en appreciaties tot het besluit is gekomen dat de aangevraagde vestiging niet zou voorzien in de farmaceutische behoeften van het vereiste aantal inwoners, namelijk 2.000; dat in zoverre de verwerende partij aan verzoekster verwijt dat zij geen middel zou hebben aangevoerd dat betrekking heeft op de onredelijke uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om de vergunning te weigeren -waarmee zij overigens in tegenspraak verkeert met het eerste onderdeel van haar exceptie- kan worden vastgesteld dat verzoekster met haar tweede middel de feitelijke grondslag en impliciet doch onbetwistbaar ook het redelijke van de beoordeling terzake betwist; dat de opgeworpen exceptie hoe dan ook niet kan worden aangenomen;

3.1.1. Overwegende dat verzoekster in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden -hierna: EVRM; dat zij betoogt dat een termijn van meer dan tien jaar, vanaf de vergunningsaanvraag op 3 juni 1989 tot de bestreden weigeringsbeslissing van 5 mei 2000, strijdig is met het beginsel van de redelijke termijn, zoals voorgeschreven door het genoemde artikel 6 en dat ter-zake geen enkel gegeven die uitzonderlijk lange duur van de vergunningsprocedure rechtvaardigde;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij stelt dat de ingeroepen verdragsbepaling niet van toepassing is in administratieve zaken maar slechts geldt voor gerechtelijke procedures en dat, voor zover het middel begrepen zou moeten worden als een schending van een beginsel van behoorlijk bestuur, verzoekster geen belang heeft om het aan te voeren aangezien zij haar aanvraag mede steunde op een toekomstige toename van de bevolking;

3.1.3.1. Overwegende dat artikel 6, lid 1, van het EVRM luidt als volgt :

“Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen

een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. (...)”;

3.1.3.2. Overwegende dat, ook in de hypothese dat artikel 6, lid 1, van het EVRM van toepassing zou zijn op administratieve procedures waarbij uitspraak wordt gedaan over een administratief beroep ingesteld tegen een beslissing tot het verlenen van een vergunning, de omstandigheid dat er een onredelijk lange tijd verloopt bij de afhandeling van het vergunningsdossier geen recht doet ontstaan en dat, zelfs indien die vertraging geacht kan worden een fout op te leveren, het de rechter over de machtsoverschrijding niet toekomt om het bestaan van die fout als zodanig vast te stellen, noch om te beslissen op welke wijze de door die fout veroorzaakte schade zou moeten worden voorkomen of hersteld; dat het eerste middel niet kan leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit;

3.2.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending aanvoert van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; dat zij in dat verband uiteenzet dat in dezen de formele motivering niet "afdoende" is zoals voormelde wet voorschrijft, nu diverse elementen de vereiste toetsing niet kunnen doorstaan, onder meer dat het verslag van farmaceutisch inspecteur BAETENS faalt wat betreft de volgende punten, wat zij als volgt uiteenzet :

“ 1° Onderdeel: verkeerde inschatting van invloedzone.

- Gegeven het feit dat de deelgemeente Moortsele (Oosterzele) wel degelijk een afzonderlijke sociologische entiteit is en dat in casu art. 1 § 2 van het KB van 25.9.1974 het quorum van 2.500 inwoners per apotheek mag worden verminderd met 500 (en niet met 5.000 zoals ten onrechte vermeld in vermelde beslissing) was de Vestigingscommissie in haar beslissing dd. 24.2.94 van oordeel dat de beroepsuitoefening van een adjunct-apotheker (bij apotheek De Wael te Oosterzele) geen zesde apotheek kon verantwoorden.
- Tevergeefs kennelijk heeft requesetrante aangetoond dat op grond van de realistisch ingeschatte vooruitzichten kon worden vooropgesteld dat de deelgemeente - waarvan de dorpskern op het ogenblik van de behandeling van de zaak in volle stedenbouwkundige heraanleg verkeerde - wel degelijk waarborgen bood tot fikse bevolkingsaanwas op grond van een geattesteerd stijgingspercentage van 2,60 % gedurende de vorige 7 jaar (cfr. bijlagen 1 en 2 gevoegd bij besluiten vóór Vestigingscommissie).

- Verzoekster mocht verwachten dat hetzij het aanvullend onderzoek, waartoe de Commissie van Beroep op 22.9.1999 had bevolen hetzij de eindbeslissing op gemotiveerde wijze de aangebrachte argumenten terzake zou bespreken en in voorkomend geval verwerpen, quod non.

De aangevochten beslissing gestoeld op het niet bindend advies dd. 26.1.2000 stelt immers dat 'toekomstperspectieven dienen buiten beschouwing gelaten' (cfr. blz. 5 van gezegd advies).

Zelfs het objectief gegeven afgeleverd door de drugsvrije therapeutische gemeenschap VZW De Kiem, waaruit blijkt dat voor deze instelling een bijkomende apotheek nuttig zou zijn lijkt niet de moeite om een gemotiveerde reactie uit te lokken (cfr. aanvullend stuk 2 brief dd. 21.9.1999).

- Ook de niet in aanmerking genomen bevolking van de zeer nabijgelegen woonkern Bottelare - slechts gescheiden door één straat namelijk in casu de Poelstraat die slechts enkele honderden meter lang is - terwijl ongeveer dezelfde afstand geldt voor wat betreft Landskouer - waar 2/3 der bevolking in rekening wordt gebracht - getuigt van een zeer discretionaire opvatting in hoofde van de farmaceutische inspecteur, die het verschillend regiem onvoldoende motiveert.

2° Onderdeel : bereikbaarheid van dichtstbijzijnde officina.

De gewraakte beslissing is deels ook gestoeld op een verkeerde inschatting van de bereikbaarheid van de deelgemeente, in casu apotheek De Wael Sofie gevestigd in de pilootgemeente Oosterzele, waar tevens een adjunct-apotheek werkzaam is.

Daarbij gaat de farmaceutische inspecteur ten onrechte uit van de kortste weg, te weten een zeer smalle veldweg, die zo smal is dat geen bezoekers van een apotheek deze ooit nemen uit vrees te stoten op tegenliggend verkeer meer bepaald brede landbouwvoertuigen en onder meer tractoren die elk normaal gebruik quasi onmogelijk maken.

Door een dergelijk weinig geloofwaardige inschatting gaf mevrouw Baetens ondanks haar bijkomende opdracht aan de Commissie van Beroep, een vertekend beeld van de volgens haar nabijgelegen vestiging van de dichtstbijzijnde officina De Wael, zonder evenwel acht te slaan op de argumentatie onder meer voorgebracht in de besluiten neergelegd dd. 24.11.1999 vóór de Commissie van Beroep.

Er mag derhalve gesteld worden dat door aldus te oordelen op basis van niet voldoende gestaafde en gemotiveerde elementen, het advies van de Commissie van Beroep dat op 26 januari 2000 werd uitgebracht, is aangetast door strijdigheid met de motiveringswet dd. 29.7.1991 en aldus een onvoldragen rechtsgrond vormt voor de aangevochten ministeriële beslissing dd. 5.5.2000.”;

3.2.2. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord de argumentatie van haar verzoekschrift verder ontwikkelt; dat zij inzonderheid erop wijst dat haar argumentatie nopens de toekomstige demografische evolutie zonder motivering van de hand werd gewezen, dat hetzelfde geldt met

betrekking tot de noden van de Instelling “De Kiem”, dat het aanvullend advies van de Farmaceutische Inspectie niet motiveert waarom de stelling van tweederde invloedsszone wordt gehandhaafd, zijnde 1.200 inwoners van de 1.895, noch waarom dat standpunt "in de gegeven omstandigheden als billijk" dient bestempeld; dat verzoekster in haar laatste memorie ten slotte nog betoogt :

“1. Ondeskundigheid van het aanvullend onderzoek.

Requestrante wees er reeds genoegzaam op in haar memorie van wederantwoord dat het aanvullend onderzoek in situ uitgevoerd door de farmaceutische inspecteur geenszins beantwoordde aan de minimale normen van objectiviteit en derhalve niet als ‘redelijke’ rechtsgrond van een advies voor de Commissie van beroep mocht worden aanvaard.

Het spreekt voor zich dat dit advies niet alleen doorslaggevend was bij de beoordeling, maar ook dat de gezegde beroepscommissie - in haar adviserende taak naar de bevoegde minister - het resultaat van dit ‘expertiseonderzoek’ tot het hare maakte, zodat elke aantasting van het resultaat ook een wezenlijk gebrek van de aangevochten ministeriële beslissing tot gevolg heeft.

Het auditoraatsverslag besteedt hieraan onvoldoende aandacht en gaat er ten onrechte van uit dat het evident is dat de ‘overheid haar beslissing in redelijkheid heeft kunnen rechtvaardigen’ conform de gangbare rechtspraak van de Raad die wordt geciteerd.

Dit zogenaamd ‘geo-onderzoek’ dat werd afgerond door een aanvullend advies opgesteld door de farmaceutische inspecteur dd.19.10.1999 beantwoordt echter geenszins aan de essentiële criteria van objectiviteit, die men van een overheidsorgaan zou mogen verwachten.

2. Gebreken aan het aanvullend verslag.

Dit document (geïntervieweerd als stuk 18 in het administratief bundel) blinkt immers uit door onvolledigheid en onkunde, nu de farmaceutische inspecteur zich er in wezen toe beperkt te stellen dat al rekening werd gehouden met de inwoners van Moortsele en Landskouter, wat een ‘statement’ is en niet valt binnen haar ‘deskundige’ opdracht.

2.1. Verzoekster moet vaststellen dat geen antwoord wordt verstrekt op volgende bewering die zij dan ook opnieuw citeert uit haar vorige besluiten (blz. 2 feitenoverzicht maar ook blz. 4, 2e onderdeel van 2e middel) :

‘Van een echt veldonderzoek is evenwel geen sprake, nu niet werd vastgesteld en vermeld in dit advies, dat op het ogenblik van het plaatsbezoek (september / oktober 1999) het centrum van de kern(gemeente) Moortsele reeds maanden ontoegankelijk was ingevolge ingrijpende wegenwerkzaamheden, die een normaal geo-onderzoek niet mogelijk maakten en wat meer is een vertekend beeld

moesten ophangen van elke dienstige conclusie bij wijze van aanvullend advies gevraagd.'

2.2. Berijdbaarheid en bereikbaarheid.

In de gegeven omstandigheden was het voor de farmaceutische inspecteur onmogelijk om na te gaan wat de actuele laat staan de toekomstige invloedszone was van deze kern, maar vooral - en dit wordt geheel en al miskend - is er geen enkele beschrijving van de zogenaamde kortste weg die zou leiden van het centrum van Moortsele naar de vestigingsplaats van apotheker De Wael.

Uit het weliswaar laat neergelegd fotomateriaal -dat een objectieve aanvulling moet zijn bij het niet objectief aanvullend verslag en daarom juist thans nog dient gevoegd- blijkt ten genoegen van rechte dat:

a. de gemeten weg een totaal onbruikbare weg is tussen beide dorpen Oosterzele (pilotgemeente waar De Wael is gevestigd) en Moortsele (beoogde nieuwe vestigingsplaats);

b. een totaal verlaten en kronkelende binnenweg is lopende langs Beekstraat - Schellaertweg - Hoek ter Hulst - Achterdries en Voordries;

c. een zeer smalle weg is van amper 2,5 meter breed, waardoor 2 personenwagens amper kunnen kruisen zonder risico, laat staan dat er een breder landbouwvoertuig aldaar wordt ontmoet;

d. deze zelfde weg weliswaar over een afstand van nagenoeg 600 meter, gerekend vanaf de vestiging De Wael, verbreedt tot 4 a 6 meter wat evenmin ruim te noemen is;

e. deze gevaarlijke en smalle weg, die slechts door landbouwvoertuigen wordt gebruikt, zelden of nooit door 'clienteel' wordt gebruikt, dat integendeel steevast gebruik maakt van de normale weg, die een afstand van 4,1 km bedraagt in plaats van 2,7 km.

2.3. Invloedszone apotheek De Wael.

In de geschetste omstandigheden lijkt het evident dat de invloedszone waarop apotheker De Wael de vergunning heeft gebaseerd -met name 1/3 van alle inwoners van Moortsele en Landskouter- in ernstige mate dient in vraag gesteld, nu het werd aangetoond dat via een normale berijdbare en bereikbare weg de afstand 4,1 km bedraagt terwijl de afstand van de vestiging De Wael tot het centrum van Landskouter zelfs 5,7 km bedraagt.

De heer auditeur komt ten onrechte tot een besluit van voldoende motivering, hoewel deze conclusie 'op losse schroeven' komt te staan, nu hij er ten onrechte van uitgaat dat het aanvullend verslag uitgaande van een ambtenaar ipso facto 'objectief' kan genoemd worden en daarop steunende adviserende beslissing noodgedwongen hetzelfde karakter draagt, quod non.

Een invloedszone van naar schatting 1200 inwoners uit 2 deelgemeenten zijnde uit Moortsele en Landskouter, werden zoals aangetoond geheel en al ten onrechte niet ingecalculeerd, zodat het bij KB dd. 25.9.1974 vereiste bevolkingscijfer (2000 binnen een straal van 1,5 km zijnde de helft van de straal tot de dichtstbijzijnde apotheek) niet wordt bereikt volgens dit advies.

Deze invloedsszone beschreven bij artikel 1 par. 3b van gezegd K.B. wordt nochtans wel degelijk bereikt indien men - zoals het behoort - het volledig bevolkingscijfer van beide deelgemeenten (1.895) samentelt met het aantal potentiële klanten (70) uit één der instellingen naar dewelke het verzoekschrift verwijst (Ukkepuk, De Kiem, Harlekijntje en Christophorus) en tevens met een beperkte invloedsszone uit 2 kleinere wijken uit de meest nabijgelegen woonkernen der deelgemeenten Munte (70) en Scheldewindeke (24) zoals vermeld en niet betwist in het aanvullend advies noch in de bestreden beslissing van de Commissie van Beroep. Dit ongeacht de zeer nabijgelegen dorpskern Bottelare, die nog dichter ligt dan genoemde woonkernen.

2.4. Aanduiding aantal inwoners.

Het auditoraatsverslag verwijt requestante ten onrechte geen melding te maken van 'welke inwoners uit de invloedssfeer van de apotheek van mevrouw De Wael zij eerder dan deze laatste zou aantrekken' (sic op bladzijde 25 voorlaatste lid verslag).

Dit verwijt is ten onrechte nu:

a. uit de aangevochten beslissing waarbij het bestreden advies van de Commissie van Beroep dd. 26.1.2000 ten genoegen van rechte blijkt dat het hier gaat om 695 inwoners (saldo van 1895 min erkende 1.200 inwoners) hetzij circa 1/3 van het totaal aantal inwoners van de deelgemeenten Moortsele met 1.224 en Landskouter met 671 inwoners die ten onrechte niet in aanmerking worden genomen voor de aanvraagster (sic op bladzijde 5 van dit advies geciteerd);

b. in het inleidend verzoekschrift wordt (op bladzijde 3) expressis verbis verwezen naar het feit dat ten onrechte slechts 2/3 van het aantal inwoners van de deelgemeente Landskouter worden in rekening gebracht, wat uiteraard impliciet ook verwijst naar dezelfde regel voor deelgemeente Moortsele;

c. het aanvullend advies waarop het bestreden advies van de beroepscommissie en derhalve van de ministeriële beslissing is gestoeld, herhaaldelijk om zelfde reden werd gekritiseerd op diverse plaatsen in de memorie van wederantwoord.

Conclusie over beide onderdelen van het tweede middel.

Het oorspronkelijk advies dd. 22.9.1999 en het aanvullend advies dd. 19.10.1999 van de farmaceutische inspecteur zijn noch objectief noch relevant te noemen en dienen ingevolge voormelde redenen geweerd uit de debatten op grond van een totaal gebrek aan objectiviteit, deskundigheid en grondigheid.

De conclusie in dit aanvullend advies, te weten het naar schatting amper 1200 op de 1895 (dus ongeveer 2/3) inwoners van de 2 deelgemeenten Moortsele en Landskouter binnen de invloedssfeer vallen van de voorgenomen officina, is derhalve niet voldoende gestaafd door feiten.

Uitgaande van een realistische inschatting van bevoorrading der voormelde 4 nabijgelegen instellingen (die over geen eigen apotheek beschikken) alsook van een te verwachten stijgingspercentage van de bevolking der beide geciteerde deelgemeenten Moortsele en

Landskouter, behoeft er zelfs geen incalculatie van enige andere woonkern bijvoorbeeld Bottelare (zie verzoekschrift 4e streepje sub le onderdeel van 2e middel), ook al gebiedt de logica dit te veronderstellen.

Gesteund op een niet dienstig advies, dat ten onrechte kritiekloos wordt aanvaard zowel in de bestreden beslissing als in het auditoraatsverslag, mag gesteld worden dat het te bedienen bevolkingscijfer in deze wel degelijk de wettelijke voorziene norm van 2.000 bereikt en zelfs overschrijdt.”;

3.2.3.1. Overwegende dat de motiveringsplicht voorgeschreven door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen tot doel heeft de betrokken rechtsadessaat te laten weten waarom een voor hem ongunstige beslissing is genomen, derwijze dat hij ze in voorkomend geval nuttig kan bestrijden met de middelen welke de wet hem verstrekt, zonder dat hij die motieven moet trachten te achterhalen uit andere, door hem al dan niet gekende dossierstukken en feitelijke gegevens; dat met andere woorden alleen die motieven, en eventueel aanvullende motieven welke verwoord zijn in andere stukken waarnaar de beslissing uitdrukkelijk verwijst -zoals te dezen het advies van de commissie van beroep- voor zover die eveneens ter kennis gebracht worden van de belanghebbende en er niet strijdig mee zijn, in acht mogen worden genomen bij het onderzoek naar haar wettigheid; dat de formele motiveringsplicht echter niet zover strekt dat alle in de loop van de administratieve procedure geuite argumenten beantwoord moeten worden;

3.2.3.2. Overwegende dat de bestreden beslissing, zoals in dergelijke zaken gebruikelijk is, gemotiveerd wordt door verwijzing naar het ongunstig advies van 26 januari 2000 van de commissie van beroep, hetwelk integraal wordt bijgevalen; dat dit advies ter kennis van verzoekster is gebracht; dat het in de plaats is gekomen van het advies van de vestigingscommissie; dat derhalve de formele motivering van het bestreden besluit, zoals vereist door de wet van 29 juli 1991, gezocht moet worden in voormeld advies van de commissie van beroep en enkel daar; dat het die motivering is waarvan nagegaan moet worden of zij “afdoende” is in de zin van de wet; dat aangezien dat advies werd verleend na een aanvullend

verslag van de farmaceutisch inspecteur, dat “afdoende zijn” mede impliceert dat de motieven van de commissie van beroep ondersteund worden door de bevindingen van dat verslag, dat -wat evenwel veeleer het vereiste van materiële motivering betreft- die bevindingen zelf de toets van de wettigheid en de redelijkheid moeten kunnen doorstaan en dat, wanneer het advies ervan afwijkt, moet kunnen blijken welke de reden daarvoor is;

3.2.3.3. Overwegende dat uit het advies van de commissie van beroep blijkt dat verzoeksters aanvraag tot opening van een voor het publiek opengestelde apotheek de fusiegemeente Oosterzele betrof die op 31 december 1998 13.155 inwoners telde en alwaar reeds vijf voor het publiek opengestelde apotheken gevestigd waren, hetgeen verzoekster niet betwist, en dat overeenkomstig de bepalingen van artikel 1, § 2, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 geen zesde apotheek kon worden vergund, wat verzoekster evenmin betwist;

3.2.3.4. Overwegende dat krachtens artikel 1, § 3, b), van het voornoemde koninklijk besluit van 25 september 1974, in afwijking van artikel 1, § 2, een bijkomende apotheek kan worden toegestaan indien de dichtstbijgelegen apotheek zich op ongeveer 3 km van de geplande apotheek bevindt en indien deze laatste de behoeften van 2.000 inwoners dekt; dat die bepaling werd ingeroepen door verzoekster, doch niet toepasselijk werd geacht door de commissie van beroep omdat het cijfer van 2.000 inwoners in wier geneesmiddelenbehoeften de geplande apotheek zou voorzien niet bereikt werd;

3.2.3.5. Overwegende dat de commissie van beroep, door vooreerst te stellen dat de situatie beoordeeld dient te worden op grond van de actuele toestand, en toekomstperspectieven buiten beschouwing dienen te worden gelaten, adequaat antwoordt op de argumentatie van verzoekster volgens wie dat laatste wel mogelijk was; dat, immers, zoals de Raad van State reeds meermaals heeft vastgesteld, artikel 1, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit van 25 september 1974 de minister verplicht rekening te houden met het bestaande bevolkingscijfer op het ogenblik dat hij zijn beslissing neemt; dat geen rekening kan worden gehouden met

de toekomstige demografische evolutie bij de beoordeling van het vereiste inwoneraantal;

3.2.3.6. Overwegende dat verzoekster voor het overige aan de commissie van beroep en het geactualiseerd verslag van de farmaceutisch inspecteur verwijt dat ze niet antwoorde op sommige van haar argumenten; dat in zoverre dit de drugsvrije therapeutische gemeenschap VZW De Kiem betreft, zulks misschien juist is, doch de bewoners van dergelijke instellingen in de regel niet bij het inwoneraantal gerekend kunnen worden als zij niet in het bevolkings- of vreemdelingenregister zijn ingeschreven en zij, gelet op wat hierna volgt, door hun beperkt aantal geen determinerende invloed uitoefenen op het vereiste bevolkingscijfer; dat wat de verdere kritiek op het verslag van de farmaceutisch inspecteur betreft, kan worden opgemerkt dat de commissie van beroep weliswaar naar dat verslag verwijst en de conclusies ervan tot de hare maakt, daar waar ze melding maakt van het feit dat voor het toekennen van de vergunning van apotheker DE WAEL in Oosterzele rekening werd gehouden met de inwoners van Moortsele, Landskouter en Gijzenzele en dat er thans ook veel minder aantrekkingskracht uitgaat van het centrum van Moortsele als van de centra van Bottelare, Scheldewindeke en Oosterzele, doch uitdrukkelijk die conclusies als redelijk erkent; dat de schatting van het aantal inwoners dat voor zijn geneesmiddelenvoorziening op een nog niet bestaande apotheek aangewezen zal zijn steeds een zekere feitelijke appreciatie noodzaakt; dat stellen, in navolging van de farmaceutisch inspecteur, dat om de aangehaalde redenen slechts ongeveer twee derde van de inwoners van Moortsele en Landskouter binnen de geplande invloedssfeer valt inderdaad als redelijk kan worden beschouwd zonder dat dit nog nader gemotiveerd hoefde te worden;

3.2.3.7. Overwegende dat waar verzoekster de verwerende partij een “zeer discretionaire opvatting” aanwrijft omdat de bestreden beslissing onvoldoende motiveert waarom voor wat Landskouter betreft twee derde van de bevolking in rekening wordt gebracht terwijl de woonkern Bottelare, die op ongeveer dezelfde afstand zou zijn gelegen, niet in aanmerking wordt genomen, de verwerende partij

pertinent opmerkt dat verzoekster zèlf indertijd de inwoners van de woonkern Bottelare niet tot de invloedssfeer van de ontworpen apotheek gerekend had; dat in het advies van de commissie van beroep staat dat bij de inplanting van de nieuwe apotheek rekening gehouden dient te worden met de ligging van de omliggende apotheken waaronder deze gelegen te Bottelare, terwijl zij voorts, zoals reeds vermeld, stelt dat er op het huidig ogenblik veel minder aantrekkingskracht uitgaat van het centrum van Moortsele als van centra zoals Bottelare, om te besluiten dat in die omstandigheden aanvraagster “ten onrechte alle inwoners binnen Moortsele en Landskouter tot de invloedssfeer van de geplande apotheek (rekent)”; dat het verschil in motivering, waarbij de verwerende partij verder inging op het inwoneraantal van Landskouter, rechtstreeks voortvloeit uit het feit dat verzoekster de inwoners van de woonkernen Moortsele en Landskouter wèl en de inwoners van Bottelare niet als behorende tot de invloedssfeer van de door haar ontworpen apotheek beschouwd had, terwijl verzoekster thans bezwaarlijk de bestreden beslissing kan verwijten dit punt niet beantwoord te hebben; dat overigens er al een apotheek bestaat te Bottelare en deze uiteraard in de eerste plaats de inwoners van dat dorp tot haar invloedssfeer mag rekenen, nog daargelaten de vraag of die invloedssfeer zich ook niet uitstrekt tot een deel van de bevolking van Moortsele;

3.2.3.8. Overwegende dat waar verzoekster in wat zij het tweede onderdeel van haar middel noemt, stelt dat de bestreden beslissing uitgaat van een verkeerde inschatting van de bereikbaarheid van de apotheek DE WAEL, hetgeen tevens betekent dat “de besluiten d.d. 24.11.1999 neergelegd vóór de commissie van beroep (...) op niet gemotiveerde wijze (werden) miskend waar de bereikbaarheid van de dichtstbijzijnde officina van apotheker Sofie De Wael ter sprake kwam”, vastgesteld moet worden dat noch uit het advies van de commissie van beroep, noch uit het aanvullend verslag van de farmaceutisch inspecteur van 19 oktober 1999 af te leiden valt dat bij het bepalen van het aantal inwoners dat tot de ontworpen apotheek zou behoren werd uitgegaan van de weg waarnaar verzoekster verwijst; dat zij bovendien niet aantoont dat die weg de enige verbindingsweg is, maar in haar aanvullende besluiten zelf verwijst naar “de veel beter aangelegde rijweg”; dat verzoeksters betoog op dit punt, nu het niet gestaafd is, veeleer verschijnt als een

loutere bewering, terwijl met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat verzoekster naliet, zowel in de tijdens de procedure neergelegde besluiten als in haar verzoek-schrift, te preciseren welke inwoners uit de invloedssfeer van de apotheek DE WAEL zij veeleer dan die laatste zou aantrekken; dat in zoverre de bestreden beslissing eraan herinnert dat voor het toekennen van de vergunning aan de apotheek DE WAEL rekening werd gehouden met de inwoners van Moortsele, Landskouter en Gijzenzele als één van de elementen om tot het besluit te komen dat verzoekster in de gegeven omstandigheden ten onrechte alle inwoners binnen Moortsele en Landskouter tot de invloedssfeer van de geplande apotheek rekent, zij op dat punt dan ook voldoende gemotiveerd is;

3.2.3.9. Overwegende dat het tweede middel niet gegrond is;

3.3.1. Overwegende dat verzoekster in een derde middel de schending van artikel 23 van de Grondwet en van de artikelen 59 en 60 van het EG-Verdrag aanvoert; dat zij betoogt dat de beperking van de spreiding van de officina's, die kennelijk als leidraad geldt in het kader van de spreidingswetgeving, leidt tot een weinig objectieve inschatting van de invloedszones en dat die regeling, welke volgens haar uitgaat van de bescherming van de bestaande officina's, het recht op ontplooiing van het familiaal leven op grond van een behaald diploma in hoofd van verzoekster fnuikt; dat zij meent dat die benadering bovendien in strijd is met enerzijds de Europese regelgeving van de vrije vestiging van diensten, zoals neergelegd in de artikelen 59 en 60 van het Verdrag van Rome, alsook met de constitutioneel gewaarborgde beleving van economische, sociale en culturele rechten gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet;

3.3.2. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord nog stelt dat het niet opgaat te beweren dat elke lidstaat de totale vrijheid bezit om zijn eigen beschermende vestigingsmaatregelen ten voordele van een bepaald beroep te handhaven, voor zover deze maatregelen intern niet discriminatoir - dat is op willekeurige wijze - worden toegepast, dat het niet de bedoeling kan zijn om de huidige vestigingswetgeving, die niet bij wet en dus na

parlementair debat tot stand kwam, ten eeuwige dage in stand te houden op basis van twijfelachtige motieven van bescherming van de bestaande officina's, daar waar elke Europese burger het recht heeft zich te vestigen in een Europese lidstaat, maar dat niet het geval zou zijn wanneer hij het beroep van apotheker wenst uit te oefenen, een der drie Europese hoofdpeilers, wat des te meer klemmt nu dit basisbeginsel van vrije vestiging ook als fundamenteel recht werd overgenomen in artikel 23 van de Belgische Grondwet;

3.3.3.1. Overwegende dat de in de Grondwet en het Europees Unie-Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden niet absoluut zijn en dat de uitoefening ervan niet alleen beperkt wordt door de rechten van anderen maar ook door de eisen die het samenleven in een georganiseerde gemeenschap met zich brengt; dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de vrijheid van beroepsuitoefening derhalve aan beperkingen kan worden onderworpen, voor zover zulke beperkingen werkelijk beantwoorden aan door de Gemeenschap nagestreefde doeleinden van algemeen belang, en, gelet op het nagestreefde doel, niet te beschouwen zijn als een onevenredige en onaanvaardbare ingreep, waardoor het gewaarborgde recht in zijn kern wordt aangetast;

3.3.3.2. Overwegende dat in tegenstelling tot hetgeen verzoekster betoogt, het hoofddoel van de vestigingsregeling niet het beperken is van de spreiding van de officina's maar wel de vrijwaring van de gezondheid van de bevolking, waarvoor een voortdurende en doeltreffende aflevering van geneesmiddelen noodzakelijk is, die echter niet te verzoenen valt met een te grote concentratie van officina's;

3.3.3.3. Overwegende dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in verband met de artikelen 59 en 60 van het EG-Verdrag betreffende het verbod van beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap, nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in

dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel; dat de lidstaten bij de toepassing van hun nationale bepalingen tevens rekening moeten houden met de kennis en de kwalificatie die de betrokkene reeds in een andere lidstaat heeft verworven, zij derhalve de gelijkwaardigheid van de diploma's in aanmerking dienen te nemen en, in voorkomend geval, de kennis en de kwalificaties van de betrokkene dienen te vergelijken met die welke volgens hun nationale bepalingen vereist zijn; dat de voornoemde artikelen 59 en 60 terzake niet op een dienstige wijze worden ingeroepen, omdat zij het verbod opleggen onderdanen van andere lidstaten te discrimineren, wat hier niet ter sprake is; dat verzoekster ook nalaat aan te tonen of en waarom de beperkingen aan de vrije beroepsuitoefening of het verrichten van diensten zoals die naar voren komen in de toepasselijke reglementering en de thans bestreden beslissing, gelet op het nagestreefde doel, te weten een behoorlijke spreiding van de apotheken ter bescherming van de volksgezondheid, disproportioneel zijn of onaanvaardbaar in de zin dat zij het bestaan van deze rechten als dusdanig zou aantasten; dat ook het derde 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 173,53 euro, komen ten laste van verzoekster.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
tien januari 2000 en vijf, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. DE BRABANDERE.