

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.995 van 13 maart 2018
in de zaak A. 211.911/XIV-35.534**

In zake : 1. de BVBA APOTHEEK DE CONINCK thans de BVBA
APOTHEEK VAN DEN BERGHE
2. de BVBA APOTHEEK DE WACHTER
3. de BVBA APOTHEEK VAN DE WALLE-BLANCQUAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Depla
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis (Brugge)
Karel van Manderstraat 123
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

Tussenkommende partij :

de BVBA APOTHEEK DU FAUX MERELBEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Deborah Smets
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 maart 2014, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van de minister van Volksgezondheid van
10 december 2013 “tot goedkeuring van de overbrenging van een apotheek buiten
de onmiddellijke nabijheid van Sleepstraat 139, 9000 Gent naar Fraterstraat 86A,

9820 Merelbeke dewelke werd verleend aan BVBA Apotheek Du Faux Merelbeke, met zetel te 9070 Destelbergen, Dendermondsesteenweg 441”.

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.

De bvba Apotheek Du Faux heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 7 mei 2014. 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 tussenkomende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2017.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Hoste, die *loco* advocaat Rik Depla verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Manoël De Keukelaere, die *loco* advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Isabelle Verhelle, die *loco* advocaten Steve Ronse en Deborah Smets 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. De tussenkomende partij dient op 23 december 2012 een aanvraag in tot tijdelijke sluiting van de voor het publiek opengestelde apotheek voor de periode 23 december 2012 tot 22 december 2015. Op 4 maart 2014 wordt haar het behoud van de vergunning verleend voor de gevraagde periode.

3.2. Op 9 april 2013 dient de tussenkomende partij een aanvraag in voor de overbrenging van een voor het publiek opengestelde apotheek buiten de onmiddellijke omgeving, namelijk van de Sleepstraat 139, te 9000 Gent naar de Fraterstraat 86A, te 9820 Merelbeke. De reden voor de aanvraag tot overbrenging luidt:

“Apotheek Vandersteylen werd verkocht zonder handelspand. Met andere woorden, de apotheek kon niet langer worden uitgebaat in Sleepstraat 139 te Gent. Ik verkoos dus om een nieuw pand te kopen, eerder dan te huren. Bovendien bevinden zich 10 apotheken binnen een straal van 1 km rijafstand van deze locatie. Hetgeen resulteert in een invloedssfeer van 1343 inwoners. Vandaar dat ik een pand heb gekocht in Fraterstraat 86A in Merelbeke, met slechts 3 apotheken binnen een straal van 1 km rijafstand en met een invloedssfeer van 3437 inwoners. Op die manier is er een betere demografische en geografische spreiding van de apotheken.”

3.3. Op 25 april 2013 verklaart het secretariaat van de Vestigingscommissie de aanvraag tot overbrenging ontvankelijk.

3.4. Met een schrijven van 8 mei 2013 worden de bestaande apotheken uit de omgeving, de Vereniging der coöperatieve apotheken van België (OPHACO) en de Algemene Pharmaceutische Bond (APB) op de hoogte gebracht van de aanvraag.

3.5. De omliggende apothekers maken met een schrijven van 10 juli 2013 hun bezwaren over aan het secretariaat van de Vestigingscommissie.

3.6. De tussenkomende partij verduidelijkt met een schrijven van 17 mei 2013 hoe de invloedsfeer werd bepaald en bezorgt hiertoe bijkomende stukken aan de verwerende partij.

3.7. OPHACO en de APB adviseren ongunstig, de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen adviseert gunstig.

De farmaceutisch-inspecteur meent dat het wenselijk is dat een beëdigd landmeter de invloedsfeer bepaalt en dat de bevolkingscijfers door een officiële dienst worden geattesteerd.

De Provinciale Geneeskundige Commissie van Oost-Vlaanderen wordt (laattijdig) ingediend.

De afgevaardigde van de administrateur-generaal van het federaal agentschap voor geneesmiddelen en gezondheidsproducten (FAGG) besluit in zijn rapport en conclusies tot het uitbrengen van een gunstig advies.

3.8. De tussenkomende partij wordt uitgenodigd voor de zitting van 9 september 2013. De raadsman van de tussenkomende partij legt besluiten en het verslag van landmeter K.V. neer. De Vestigingscommissie besluit op de zitting van 9 september 2013 om het dossier uit te stellen om een bijkomend advies van de farmaceutisch-inspecteur te bekomen.

3.9. Op 2 oktober 2013 verleent de farmaceutisch-inspecteur opnieuw advies waarbij deze opmerkt dat er drie apotheken nabij de geplande plaats van overbrenging liggen en dat door de overbrenging “een groot deel van hun cliënteel wordt afgenomen”.

3.10. Op 4 november 2013 adviseert de Vestigingscommissie gunstig:

“[...]”

BETREFT: Advies overeenkomstig het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken, zoals gewijzigd tot op heden (verder: ‘het Vestigingsbesluit’)

Gezien de aanvraag, ingediend op 10 april 2013 door Apotheek Dufaux Merelbeke BVBA, met maatschappelijke zetel gevestigd te 9070 Destelbergen, Dendermondse Steenweg 441, vertegenwoordigd door mevrouw [H. R], zaakvoerder, strekkende tot het bekomen van de ministeriële vergunning tot overbrenging BUITEN de onmiddellijke nabijheid, van de met behoud van vergunning tijdelijk gesloten apotheek te 9000 Gent, Sleepstraat 139 naar 9820 Merelbeke, Fraterstraat 86A over een afstand van 6,7 km over de weg (volgens aanvrager en inspecteur).

Het dossier werd aan de Vestigingscommissie overgelegd op de zitting van 9 september 2013.

Het dossier werd opnieuw aan de Vestigingscommissie (anders samengesteld) overgelegd op de zitting van 4 november 2013 waarop aanvrager en haar raadsman meester Ascrawat werden gehoord in hun uitleg en middelen.

Gelet op de nieuwe samenstelling van de Commissie wordt de zaak ab initio hernomen.

NOPENS DE PROCEDURE

De stukken van het dossier werden ingezien. In toepassing van artikel 5 van het hoger vermeld K.B. werd de aanvraag door het secretariaat ontvankelijk verklaard op 25 april 2013.

Van deze aanvraag werd kennis gegeven aan de in artikel 6, §1 van het besluit bedoelde personen en organisaties op 7 mei 2013.

Het advies van de instanties bedoeld in artikel 7 werd ingewonnen op 11 juni 2013.

Het onderzoek werd afgerond conform artikel 8 met het rapport en conclusies van 20 augustus 2013.

NOPENS DE GEGEVENS VAN DE AANVRAAG

De overbrenging gebeurt van Gent naar de aangrenzende gemeente Merelbeke.

Op de oorspronkelijke vestigingsplaats is er een overconcentratie aan apotheken met een tiental apotheken in een straal van 1 km (de dichtste op ongeveer 260 meter). Aantal inwoners gelegen in het invloedsgebied: 1628 inwoners.

Op de geplande vestigingsplaats liggen 3 apotheken in een straal van 1 km (dichtste op ongeveer 690 meter). Aantal inwoners gelegen in het invloedsgebied: 3119 inwoners.

TOEPASSELIJKE WETTELIJKE BEPALINGEN

Overeenkomstig artikel 1, § 5 bis, 3° van voornoemd besluit kan een overbrenging van een bestaande apotheek worden toegestaan indien de overbrenging, (...) plaatsvindt in dezelfde gemeente of in een aangrenzende gemeente (...) en ze (...) een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft, in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging.

BESPREKING

Het advies van de gouverneur is gunstig (zowel geografisch als demografisch

betere spreiding). De PGC heeft laattijdig geantwoord, hun advies wordt bijgevolg geacht gunstig te zijn overeenkomstig artikel 7 in fine van het bovenvernoemde besluit. Zij bevestigen dat aanvraag theoretisch voldoet aan wetgeving maar hebben heel wat bedenkingen.

OPHACO geeft een verder niet gemotiveerd ongunstig advies.

APB geeft ongunstig advies, zij vindt ook dat de manier waarop de invloedssfeer werd berekend onduidelijk is en wijst op de negatieve invloed op de bestaande apotheken.

De inspecteur bevestigt dat de aanvraag leidt tot een betere geografische spreiding maar stelt zich ook vragen over de ingediende invloedssfeer en wijst eveneens op de gevolgen voor de bestaande apotheken in Merelbeke.

Ook de omliggende apothekers melden hun grote bezorgdheid over de toekomst van hun apotheken, maar zij weerleggen ook niet dat voldaan is aan artikel 1, § 5 bis, 3).

Uit de demografische en geografische 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 tiental apotheken in een straal van 1 km (de dichtste op ongeveer 260 meter). Op de geplande vestigingsplaats liggen 3 apotheken in een straal van 1 km (dichtste op ongeveer 690 meter).

Wat de betere demografische spreiding betreft, dit blijkt uit het rapport van landmeter [V.], gevoegd bij het schrijven van Meester Ascrawat van 22 augustus 2013 en het bijkomend rapport van landmeter [V.] gevoegd bij het schrijven van Meester Ascrawat van 4 september 2013 en werd bevestigd door Inspecteur Baetens in haar bijkomend advies van 2 oktober 2013.

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 Merelbeke. 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 $(249733 \text{ inwoners} / 3000 =) 83$ apotheken in de stad Gent gevestigd dienen te zijn. In Merelbeke zijn er heden 10 apotheken gevestigd. Zonder rekening te houden met eventuele adjunct-apothekers zouden er conform art. 1 § 2 minimum $(23695 \text{ inwoners} / 2500 =) 9,5$ apotheken toegelaten zijn.

Gezien de overbrenging plaats vindt 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 voor de overbrenging is voldaan aan artikel 1, § 5 bis, 3°.

[...]"

3.11. De minister verleent op 10 december 2013 de gevraagde vergunning. Zij sluit zich in haar beslissing aan bij het advies van de Vestigingscommissie dat er integraal deel van uitmaakt.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een eerste middel de schending aan van artikel 1, §5*bis*, 3° van het koninklijk besluit van 25 september 1974 ‘betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ (hierna: vestigingsbesluit) en bijgevolg van artikel 4, §3, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen’(hierna: koninklijk besluit nr. 78), van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het wettigheidsbeginsel, het beginsel van de hiërarchie der rechtsnormen, de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel en vragen om toepassing van de exceptie van onwettigheid als bedoeld in artikel 159 van de Grondwet.

Na een omstandige uiteenzetting van “de regelgeving beginselen”, de *ratio legis* van de vestigingsreglementering en haar doelstellingen, zetten de verzoekende partijen in essentie uiteen dat door het invoeren (bij artikel 1, 2°, van het koninklijk besluit van 8 december 1999 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’) van een § 5*bis* in artikel 1 van het vestigingsbesluit er verschillende regels werden gecreëerd voor enerzijds de overbrenging van een apotheek naar een aangrenzende gemeente en anderzijds de overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente. De criteria voor de overbrenging naar een aangrenzende gemeente zijn veel soepeler vergeleken met de criteria voor overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente. Bij een overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente moet worden voldaan aan de regels in verband met de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal

patiënten dat de nieuwe apotheek moet bedienen. Bij de overbrenging naar een aangrenzende gemeente daarentegen, kan de overbrenging reeds worden toegestaan indien door de overbrenging (1.) 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 kan geopend worden en (2.) een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken wordt gerealiseerd in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging. Wat deze tweede voorwaarde betreft, volstaat het dat aan één van beide criteria is voldaan, namelijk hetzij een betere geografische, hetzij een betere demografische spreiding .

Uit de adviespraktijk van de Vestigingscommissie blijkt dat er reeds sprake is van een betere geografische spreiding als na de overbrenging de gemiddelde afstand tot de dichtstbijzijnde apotheken groter is dan de gemiddelde afstand tot de dichtstbijzijnde apotheken voor de overbrenging. De demografische spreiding wordt als beter beschouwd wanneer na de overbrenging het aantal inwoners in de vooropgestelde invloedssfeer van de geplande apotheek groter is dan het aantal inwoners in de invloedssfeer van apotheek op de huidige vestigingsplaats.

Volgens de verzoekende partijen heeft deze ongelijkheid gevolgen voor de apotheken die reeds gevestigd zijn in de gemeente waar de vestiging gepland is waar deze zich, zoals de verzoekende partijen, niet langer beschermd weten op grond van de bij het vestigingsbesluit bepaalde afstandsvoorwaarde en minimale invloedssfeer waar de aanvragen conform het (betwiste) artikel 1, § 5bis, 3°, van het vestigingsbesluit niet aan hoeven te voldoen. Deze ongelijkheid druist in tegen het bij de Grondwet bepaalde gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel, alsmede tegen de eerder genoemde beginselen en gaat manifest in tegen iedere doelstelling van de vestigingsreglementering van de apotheken. De eerste voorwaarde (betreffende het minimum aantal apotheken per inwoner) zal bij een overbrenging van de stad naar een aangrenzende gemeente steeds vervuld zijn. De tweede voorwaarde,

zijnde de betere geografische of demografische spreiding, zal bij een overplaatsing van een stad naar een aangrenzende gemeente ook steeds vervuld zijn. Volgens de verzoekende partijen maakt dit opeenvolgende overbrengingen mogelijk waarbij artikel 1, § 3, van het vestigingsbesluit wordt omzeild. Het ontbreken van een minimale afstand en minimale invloedssfeer in artikel 1, § 5bis, 3° van het vestigingsbesluit is strijdig met de *ratio legis* ervan, namelijk een behoorlijke spreiding vanuit een bezorgdheid om de kwaliteit van de aflevering van geneesmiddelen te garanderen.

Volgens de verzoekende partijen is er geen objectieve en redelijke verantwoording voor dit gemaakte onderscheid. De overbrenging binnen dezelfde dan wel een aangrenzende gemeente is niet fundamenteel verschillend van een overbrenging buiten een aangrenzende gemeente in het licht van de doelstellingen van de vestigingsreglementering waar precies iedere overbrenging en iedere vestiging dient te voldoen aan deze doelstellingen. Bovendien is er wat het voorliggende dossier betreft, geen zekerheid nopens het exact aantal inwoners dat tot de invloedssfeer van de nieuwe apotheek behoort. De schending door artikel 1, § 5bis, 3°, van het vestigingsbesluit van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de hierboven vermelde beginselen is dan ook manifest. Dienvolgens is de bestreden beslissing manifest onwettig nu het op grond van het genoemde artikel 1, § 5bis, 3°, van het vestigingsbesluit is gesteund. Bij gebrek aan rechtsgrond dient de bestreden beslissing te worden vernietigd.

In hun memorie van wederantwoord voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij geen uitleg verschaft over de reden of doelstellingen voor het gemaakte onderscheid maar dat er enkel wordt uiteengezet dat beide categorieën onder een verschillend juridisch kader vallen. Verzoekende partijen viseren net dit verschillend juridisch kader. Zij menen dat er wel degelijk sprake is van een manifeste ongelijke behandeling van in wezen gelijke situaties. Zij vergelijken de huidige overbrenging met een overbrenging van Boom naar Aartselaar wat even ver is in afstand maar onder een andere

regeling valt omdat dit geen aangrenzende gemeenten zijn. De verzoekende partijen geven nog enkele voorbeelden in die zin en besluiten dat een overbrenging binnen dezelfde of aangrenzende gemeente niet per definitie op relatief korte afstand geschiedt. Bovendien gaat het volgens de verzoekende partijen in de meeste gevallen om overplaatsingen van een reeds tijdelijk gesloten apotheek uit het stadscentrum naar een aangrenzende gemeente zodat er in de praktijk geen sprake kan zijn van bestaand cliënteel. Volgens de verzoekende partijen diende er in wezen geen afzonderlijke derde vorm van overplaatsing te worden voorzien. Artikel 1, § 5bis, van het vestigingsbesluit zorgt voor een manifeste ongelijkheid tussen de gevestigde apotheken gelegen in een nabijgelegen gemeente van een stadscentrum en de gevestigde apotheken die niet zijn gelegen in een nabijgelegen gemeente van een stadscentrum. De apotheken die gevestigd zijn in een nabijgelegen gemeente van een stadscentrum worden geconfronteerd met aanvragen waarbij men enkel en alleen dient aan te tonen dat er sprake is van een “betere demografische of geografische spreiding”. Er valt niet in te zien waarom bij een overbrenging naar een aangrenzende gemeente de minimale afstandsvoorwaarde niet moet worden gerespecteerd terwijl dat wel is vereist bij overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente. Verder zetten zij uiteen dat er ook met de economische leefbaarheid moet rekening worden gehouden. Zij benadrukken dat de spreiding in Merelbeke aanzienlijk verslechtert. De rechten van de gevestigde apothekers aldaar worden op een manifest onevenredige wijze beperkt en aangetast.

In hun laatste memorie herhalen de verzoekende partijen dat zij nog altijd geen objectieve en redelijke verantwoording zien voor het gemaakte onderscheid, noch van het beoogde doel ervan. Het volstaat niet te stellen dat bij een overplaatsing binnen dezelfde gemeente dan wel naar een aangrenzende gemeente het aantal apotheken op het grondgebied van deze gemeenten gelijk blijven omdat dat bij een “grote overplaatsing” evenzeer het geval is. Een verwijzing naar artikel 1, § 2, van het vestigingsbesluit (maximum aantal apotheken per gemeente) is niet dienstig aangezien het betwiste artikel 1, § 5bis, van het vestigingsbesluit een uitzondering vormt op het genoemde artikel 1, § 2,

van datzelfde besluit. Evenmin kan voor het onderscheid een verantwoording worden gevonden in het gegeven dat de door artikel 1, § 5bis, van het vestigingsbesluit opgelegde voorwaarden een behoorlijke spreiding van de apotheken tot doel hebben. Ook al is dit een wettig en geoorloofd doel, dan geldt het zowel voor een overplaatsing naar een aangrenzende gemeente, dan wel naar een niet-aangrenzende gemeente zodat het geen verklaring kan zijn voor een onderscheiden behandeling. Tot slot, herhalen de verzoekende partijen hun eerdere voorbeeld (overbrenging van Boom naar Aartselaar dat niet aan Boom grenst) en brengen nog een aantal gelijkaardige voorbeelden aan om te illustreren dat een overbrenging van een gemeente naar een niet-aangrenzende gemeente in bepaalde situaties eenzelfde afstand kan betreffen of, zelfs, kleiner in afstand kan zijn dan een overbrenging naar een aangrenzende gemeente. Zij begrijpen evenmin waarom bij een grote overplaatsing naar een niet-aangrenzende gemeente de over te brengen apotheek op een minimale afstand dient te blijven terwijl dit niet moet bij een overplaatsing naar een aangrenzende gemeente.

Beoordeling

5. Het vestigingsbesluit werd vastgesteld in uitvoering van artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit nr. 78. De doelstelling van deze reglementering bestaat uit het organiseren van een adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening. De beperkingen die het vestigingsbesluit heeft ingesteld voor de vestiging van apotheken zijn derhalve niet rechtstreeks gericht op de bescherming van de economische leefbaarheid van bestaande of nog te vestigen apotheken. Om in overeenstemming te zijn met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen inzake volksgezondheid, moeten de in het vestigingsbesluit gestelde voorwaarden in verband met de spreiding van de apotheken worden opgevat als zijnde gericht, ter bescherming van de volksgezondheid, op de adequate, doeltreffende en regelmatige aflevering van geneesmiddelen aan de bevolking.

Artikel 1 van het vestigingsbesluit bepaalt de gevallen waarin een vergunning voor de overbrenging van een apotheek kan worden verleend. Artikel 1, § 5*bis*, ervan concretiseert de toepassingen van de in artikel 1 vernoemde criteria voor de overbrenging van een apotheek. Het luidt ten tijde van de bestreden beslissing:

“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 § 3*bis*, de overbrenging van een bestaande apotheek worden toegestaan:

1° indien is voldaan aan de bepalingen van § 2 of § 3*bis*, of

2° indien het gaat om een overbrenging in de onmiddellijke nabijheid, met dien verstande dat een overbrenging binnen een straal van 100 meter altijd wordt beschouwd als een overbrenging in de onmiddellijke nabijheid, of

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 § 3*bis* geopend kan worden, en ze, anderzijds, een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft, in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging.

Een voor het publiek opengestelde apotheek komt slechts in aanmerking voor overbrenging indien ze ten minste vijf jaar vergund is voor de plaats waar ze gevestigd is, behoudens wegens duidelijk gebleken dwingende redenen.”

Het hiervoor aangehaalde artikel 1, § 5*bis*, 3°, van het vestigingsbesluit vereist niet dat de overbrenging van een bestaande apotheek tegelijk leidt tot een betere geografische én demografische spreiding. Aangezien de na te streven “betere spreiding” gericht is op de doeltreffende aflevering van de geneesmiddelen aan de bevolking, kan zij in voorkomend geval enkel verband houdt met het geografische criterium. Het vestigingsbesluit verbiedt aldus ook niet dat een betere geografische spreiding ten koste gaat van de bestaande demografische spreiding in de gemeente waarnaar de apotheek wordt overgebracht. Dienend is aldus de beoordeling of de overbrenging, geografisch dan wel demografisch, strekt tot een verbetering van de geneesmiddelenvoorziening. Krachtens het aangehaalde artikel 1, § 5*bis*, 3°, volstaat het dat de overbrenging leidt tot hetzij een betere geografische, hetzij een betere demografische spreiding van de apotheken. Wanneer aan één van beide is voldaan, kan de overbrenging worden toegestaan.

6. Te dezen wordt niet betwist dat de betwiste overbrenging leidt tot een betere geografische spreiding, zodat de vaststelling in de bestreden beslissing dat de overbrenging van de betrokken apotheek naar de aangrenzende gemeente doch buiten de onmiddellijke nabijheid (van de over te brengen vestigingsplaats) leidt tot een betere geografische spreiding, volstaat om de bestreden beslissing met toepassing van artikel 1, § 5bis, 3°, van het vestigingsbesluit naar recht te verantwoorden.

De kritiek van de verzoekende partijen dat er geen zekerheid is over het exact aantal inwoners dat tot de nieuwe invloedssfeer van de nieuwe apotheek behoort, betreft kritiek op een overtollig motief (namelijk een betere demografische spreiding) zodat het geen beoordeling behoeft.

7. In zoverre de verzoekende partijen menen dat de verschillende regels bepaald in het hiervoor aangehaalde artikel 1, § 5bis, van het vestigingsbesluit voor de overplaatsing van een apotheek naar een aangrenzende gemeente dan wel naar een niet-aangrenzende gemeente het gelijkheidsbeginsel schenden, kunnen zij niet worden bijgetreden. Zij menen dat het niet kan worden verantwoord dat ingeval van overbrenging binnen dezelfde of een aangrenzende gemeente niet moet worden voldaan aan de regels in verband met de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal patiënten dat de nieuwe apotheek moet bedienen terwijl dat wel het geval is bij overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, houden in 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. Deze regels sluiten niet uit dat er een verschil in behandeling bestaat tussen verschillende categorieën van personen, voor zover het criterium van onderscheid op objectieve en redelijke wijze kan worden verantwoord, te beoordelen naar het doel en de gevolgen van

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

Het aangehaalde artikel 1, § 5*bis*, van het vestigingsbesluit zoals destijds van toepassing, onderscheidt drie situaties waarbij de criteria voor de overbrenging verschillen naargelang de overbrenging plaats vindt, eensdeels, binnen eenzelfde of een aangrenzende (d.i. een naburige) gemeente (al dan niet binnen een straal van 100 meter) (*cfr.* artikel 1, § 5*bis*, 2° en 3°) en, anderdeels, naar een niet-aangrenzende gemeente (*cfr.* artikel 1, § 5*bis*, 1°).

Een overbrenging wordt toegestaan:

(A.) wanneer het gaat om een overbrenging “in de onmiddellijke nabijheid” waarbij een overbrenging binnen een straal van 100 meter altijd wordt beschouwd als een zodanige overbrenging (artikel 1, § 5*bis*, 2°);

(B.) wanneer het gaat om een overbrenging binnen dezelfde gemeente of een aangrenzende gemeente (doch buiten de onmiddellijke nabijheid zoals bedoeld in artikel 1, § 5*bis*, 2°) waarbij moet worden aangetoond dat die overbrenging een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft, in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging. Bovendien, wanneer de overbrenging *niet* plaatsgrijpt binnen dezelfde gemeente maar naar een aangrenzende gemeente, is (bovenop) vereist dat 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 § 3*bis* geopend kan worden (artikel 1, § 5*bis*, 3°);

(C.) wanneer het gaat om een overbrenging naar een andere (niet-aangrenzende) gemeente in welk geval moet zijn voldaan aan de regels in verband met de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal patiënten dat de nieuwe apotheek moet bedienen (artikel 1, § 5*bis*, 1°).

Het is in het licht van de nagestreefde doelstelling, namelijk een behoorlijke spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken met

het oog op een doeltreffende aflevering van de geneesmiddelen aan de bevolking - doel dat wettig en geoorloofd is -, niet onredelijk te voorzien in onderscheiden categorieën van gevallen (en criteria) al naargelang het een overbrenging zonder begrenzing, een overbrenging in de onmiddellijke nabijheid, dan wel een overbrenging binnen eenzelfde gemeente of een aangrenzende gemeente (doch niet in de onmiddellijke nabijheid) betreft.

Het is daarbij evenmin onredelijk dat de regelgever met het oog op een doeltreffende geneesmiddelenaflevering, voor wat de overbrenging van een bestaande apotheek betreft, rekening heeft gehouden met de (al dan niet) lokale inbedding van de over te brengen apotheek. Die lokale inbedding wordt te dezen gevormd hetzij door de gemeente waarbinnen de overbrenging plaats vindt, hetzij door de gemeente van waaruit de apotheek vertrekt en de aan die gemeente aangrenzende gemeenten. Het betreft met andere woorden een lokale, door aangrenzende gemeenten gevormde gebiedsafbakening waarmee de patiënt, inwoner van de gemeente waar de bestaande apotheek is gevestigd, meest vertrouwd en bekend is, enerzijds en de - daarvan te onderscheiden - situatie waarbij de overbrenging van een bestaande apotheek plaats vindt buiten die beperkte lokale gebiedsomschrijving, anderzijds. Het is in de context van een voor het publiek adequate - dus toegankelijke en nabije - geneesmiddelenbedeling redelijk om de situatie van overbrenging binnen een lokaal begrensde (en vertrouwde) inbedding te onderscheiden van de situatie waarin de overbrenging daarbuiten geschiedt in welk geval wel moet zijn voldaan aan de regels in verband met de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal patiënten dat de nieuwe apotheek moet bedienen. Een overbrenging buiten die lokale inbedding, dit is buiten de gemeente of naar een niet-aangrenzende gemeente is immers, anders dan de verzoekende partijen het zien, veeleer vergelijkbaar – gezien vanuit de plaats waarnaar de bestaande apotheek wordt overgebracht - met de vestiging van een bijkomende apotheek; reden waarom artikel 1, § 5bis, 1°, van het vestigingsbesluit (overbrenging zonder beperking) vereist dat in dat geval wel is voldaan aan de (strengere) bepalingen van §§ 2 of 3bis, van de vestigingswet.

Bovendien heeft de regelgever erop toegezien dat zodra de overbrenging plaats vindt naar een andere - zelfs aangrenzende - gemeente, niettemin moet gegarandeerd blijven dat de (bevolking van de) gemeente waarin de over te brengen apotheek wordt gesloten, niet wordt benadeeld of ontrieft (op het vlak van de adequate geneesmiddelenvoorziening), namelijk in die zin dat het aantal apotheken per inwoner in die gemeente niet lager mag komen te liggen dan het aantal dat met toepassing van de criteria bepaald in de §§ 2 en 3bis van artikel 1 van het vestigingsbesluit kan worden geopend. Dit toont weerom aan dat de doelstelling van de regelgever erin is gelegen te waken over een adequate geneesmiddelenbedeling, te dezen door niet uit het oog te verliezen dat - zelfs bij een overbrenging binnen een dergelijk besloten en beperkt lokaal gebied (gevormd door één gemeente of door een gemeente met de daaraan grenzende gemeenten), de overbrenging nog altijd moet resulteren in een betere spreiding van apotheken, hetzij geografisch, hetzij demografisch, dan vóór de overbrenging het geval was.

Tot slot, mist ook de kritiek van de verzoekende partijen dat het “in de meeste gevallen [gaat] om overplaatsingen van een reeds tijdelijk gesloten apotheek uit het stadscentrum naar een aangrenzende gemeente zodat er in de praktijk geen sprake kan zijn van bestaand cliënteel” zijn doel. Vooreerst is het immers zo dat de beslissing waarbij het behoud van de vergunning (bij tijdelijke sluiting van meer dan zestig dagen) wordt toegestaan nadat daartoe een gemotiveerde aanvraag werd ingediend, vervalt (uiterlijk) na drie jaar zodat de (mogelijkheid tot) overbrenging van een dergelijke vergunde doch tijdelijk gesloten apotheek niet zonder tijdsbeperking is (*cfr.* artikel 15ter, § 7, van het vestigingsbesluit). Bovendien komt krachtens artikel 1, § 5bis, laatste lid, van het vestigingsbesluit, een bestaande (m.i.v. de tijdelijk gesloten apotheek met behoud van vergunning) in beginsel, dit is behoudens wegens duidelijk gebleken dwingende redenen, slechts voor overbrenging in aanmerking indien ze tenminste vijf jaar vergund is voor de plaats waar ze gevestigd is. Hieruit volgt dat tot het vijfde jaar na de openstelling van een vergunde apotheek geen overbrenging kan worden toegestaan. Hiermee wordt vermeden dat een vergunninghouder vóór de

openstelling of kort erna de overbrenging zou vragen naar een vestigingsplaats welke hij vanaf het begin reeds op het oog had maar waarvoor hij op grond van de criteria voor de openstelling geen vergunning zou kunnen verkrijgen. Aldus worden voldoende waarborgen geboden om de omzeiling van de criteria voor de openstelling of vestiging van een bijkomende apotheek tegen te gaan.

8. De verzoekende partijen tonen de schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen niet aan.

Het middel kan niet tot de nietigverklaring leiden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 4, § 1, 2^{ter} en 9 van het vestigingsbesluit, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partijen blijkt uit de overgemaakte compromis niet dat de aanvrager, dit is de tussenkomende partij, over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken hoewel overeenkomstig het vestigingsbesluit is vereist dat de aanvrager moet bewijzen dat zij over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken indien hem de vergunning wordt verleend. Volgens de verzoekende partijen is dat bewijs niet geleverd omdat slechts de aankoopcompromis werd overgelegd en het nog niet duidelijk vaststond wie het pand zou aankopen. Verder bevat de compromis een opschortende voorwaarde en is het pand verhuurd en niet onmiddellijk beschikbaar. Het aanvraagdossier diende dan ook niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De verzoekende partijen menen verder dat de Vestigingscommissie het bijkomend rapport van landmeter K. V. van 4 september 2013 op basis van artikel 9 van het vestigingsbesluit dat bepaalt dat “[t]ot acht dagen vóór de zitting het dossier ten zetel van het FAGG door de aanvrager of zijn raadgever [mag] worden geraadpleegd en aangevuld”, diende te weren. De eerste zitting stond immers gepland op 9 september 2013 zodat aanvullende stukken op 4 september 2013 niet rechtsgeldig aan het dossier konden worden toegevoegd. De bestreden beslissing kon zich niet baseren op dit stuk.

In hun memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen hun eerdere uiteenzettingen. Zij stellen nog dat zij, anders dan de verwerende partij het ziet, wel degelijk belang hebben bij dit middel. Indien de aanvraag tot overbrenging niet-ontvankelijk werd verklaard zou de tussenkomende partij de haar thans verleende en bestreden vergunning nimmer bekomen. De verzoekende partijen volharden voorts dat het bewijs dat men kan beschikken over de vestigingsplaats reeds bij de aanvraag dient te worden geleverd, wat *in casu* niet het geval was. De verzoekende partijen zetten verder uiteen dat zij pas nadat de bestreden beslissing werd genomen, kunnen nagaan of de procedure regelmatig is verlopen. Tot slot, menen zij dat zij niet dienen aan te tonen dat de kennisgevings- en adviesprocedure moest worden overgedaan: zij stellen enkel dat deze stukken moesten worden geweerd en dat hiermee geen rekening mocht worden gehouden.

In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat op het ogenblik van de aanvraag onomstotelijk moet vaststaan dat de aanvrager “zeker over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken”. Het feit dat achteraf blijkt dat er wel kan over worden beschikt, speelt geen rol.

Beoordeling

10. Overeenkomstig artikel 4, § 1, tweede lid, 2°, van het vestigingsbesluit zoals het werd vervangen bij artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 12 juni 2008 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ en zoals het destijds van toepassing was, dient de aanvrager het bewijs te leveren dat hij “over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken, indien hem de vergunning wordt verleend”. Artikel 4, §2^{ter}, van het vestigingsbesluit bepaalt dat de aanvraag slechts ontvankelijk is indien de vereiste stukken bedoeld in § 1, tweede lid, bij de aanvraag zijn gevoegd.

Het verslag aan de Koning bij artikel 3 van het hiervoor genoemde wijzigingsbesluit van 12 juni 2008 geeft de volgende uitlegging aan de vereiste dat de aanvrager over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken, indien hem de vergunning wordt verleend:

“[...]”

Het betreft in het bijzonder de vereiste voor de aanvrager om in de aanvraag het bewijs te leveren dat indien de vergunning wordt toegekend, hij over de aangevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken. Het is bijgevolg de mogelijkheid in de toekomst te beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats die moet aangetoond worden en niet de mogelijkheid om te beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats op het moment van de aanvraag.

Anderzijds dient er wel op gewezen te worden dat de mogelijkheid te beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats indien de vergunning wordt toegekend met zekerheid moet kunnen worden aangetoond. De aanvrager moet kunnen beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats, d.w.z. de apotheek kunnen vestigen en uitbaten, hetzij op grond van een zakelijk recht, hetzij op grond van handelshuur. De naakte eigendom zal bijvoorbeeld niet volstaan in het kader van het ontwerp.

Eigendom wordt dus bewezen door:

- een eigendomstitel opgesteld door de dienst registratie en Domeinen die alle eigenaars omvat met opgave van hun eigendomsaandeel en de aard van hun rechten;
- een authentieke verkoopakte of een afschrift ervan;
- een eigendomsattest verstrekt door een notaris.

In het geval van mede-eigendom zal de aanvrager verder moeten bewijzen dat hij volledig over de plaats kan beschikken. Dit bewijs kan o.m. geleverd worden door een eenzijdige overeenkomst. Zo kan dit in het veelvoorkomend geval dat het onroerend goed door echtgenoten gezamenlijk werd aangekocht, door de

aanvrager/echtgenoot worden aangetoond d.m.v. de verklaring van de andere echtgenoot dat de aanvrager over het goed kan beschikken.

De aanvrager moet bewijzen dat hij kan beschikken over de vestigingsplaats op het moment van het toekennen van de vergunning. Het bewijs hiervan kan geleverd worden d.m.v. een verkoopbelofte (artikel 1589 B.W.).

Overeenkomsten mogen op het moment van de beoordeling door de Vestigingscommissie niet afhankelijk zijn van een opschortende of ontbindende voorwaarde behalve indien deze betrekking heeft op het al dan niet verkrijgen van de vergunning.

[...].”

11. De bepaling van het adres waarop de aanvrager een apotheek wil openen en waarvan de regelgeving eist dat de aanvrager het bewijs bezorgt dat hij hierover kan beschikken wanneer hem de vergunning wordt verleend, is een essentieel element bij de beoordeling van de aanvraag tot het verkrijgen van een vergunning. Indien blijkt dat de aanvrager niet kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats wanneer hem de vergunning wordt verleend, wordt zijn aanvraag afgewezen als niet-ontvankelijk.

Opdat aan deze essentiële vereiste is voldaan, volstaat het dat de aanvrager aantoont in de toekomst over de mogelijkheid te beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats. Niet is vereist dat wordt aangetoond dat de aanvrager over die mogelijkheid beschikt op het moment van de aanvraag. Vereist is wel dat deze mogelijkheid “met zekerheid” moet kunnen worden aangetoond. De aanvrager moet aldus aantonen dat hij de aangevraagde apotheek kan vestigen en uitbaten.

Het vestigingsbesluit bepaalt niet welk bewijs met afdoende zekerheid doet blijken dat de aanvrager de aangevraagde apotheek kan vestigen en uitbaten op de aangevraagde vestigingsplaats. Het komt dan ook aan de vergunningverlenende overheid toe te oordelen of het door de aanvrager overgelegde stuk met zekerheid dit bewijs levert. Zij beschikt daarbij over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Het komt de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidsstoezicht niet toe om zelf de beoordeling te maken of dit bewijs is

geleverd. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de vergunningverlenende overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan overeenkomstig de voormelde reglementaire bepaling en binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen.

12. Te dezen blijkt dat de tussenkomen­de partij als bewijs dat zij kan beschikken over de aangevraagde vestigingsplaats een verkoopovereenkomst opgesteld door een notaris heeft overgelegd en een onderhandse overeenkomst waarbij de eigenaars zich akkoord verklaren dat het aangekochte gebouw ter beschikking wordt gesteld voor de uitbating van de tussenkomen­de partij.

De verzoekende partijen betwisten dat de neergelegde stukken het bewijs inhouden dat de tussenkomen­de partij over de aangevraagde vestigingsplaats kan beschikken indien de vergunning wordt verleend. Hun argumentatie houdt in dat het een compromis betreft en nog niet de notariële akte, het niet vaststond wie het pand zou aankopen, de compromis een opschortende voorwaarde bevat en het pand verhuurd is en bijgevolg niet onmiddellijk ter beschikking.

Daargelaten de vraag of het bij de beoor­deling van een middel, gericht tegen een bij hem aanvechtbare administratieve rechtshandeling, tot de rechtsmacht van de Raad van State behoort om daarover te oordelen, voeren noch tonen de verzoekende partijen aan dat de verkoopcompromis opgesteld door de notaris en ondertekend door de koper en de verkoper niet zou volstaan als een verkoopbelofte in de zin van artikel 1589 B.W..

Uit de overeenkomst die werd bijgevoegd bij de aanvraag blijkt duidelijk dat het gebouw ter beschikking wordt gesteld voor de uitbating van de tussenkomen­de partij zodat het argument dat niet vaststond wie van de personen of rechtspersonen die in de verkoopovereenkomst als “de koper” worden aangeduid, het pand zou aankopen niet leidt tot de conclusie dat de Vestigingscommissie onterecht tot de conclusie is gekomen dat het bewijs is

geleverd dat de aanvrager over de gevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken.

Het argument dat de verkoopovereenkomst werd opgesteld met een opschortende voorwaarde zodat de verkoop nog steeds een onzeker element heeft, leidt evenmin tot de conclusie dat de tussenkomende partij niet over de gevraagde vestigingsplaats zal kunnen beschikken. De verzoekende partijen tonen alvast niet aan dat de tussenkomende partij op grond van de door haar gesloten overeenkomst niet over de gevraagde vestigingsplaats kon beschikken op het ogenblik dat haar de vergunning wordt verleend. Het louter bestaan van een opschortende voorwaarde verhindert niet dat de Vestigingscommissie kan besluiten dat er voldoende zekerheid is in de zin van de geschonden geachte bepaling. Er wordt evenmin betwist dat de tussenkomende partij op het ogenblik van de bestreden beslissing over de gevraagde vestigingsplaats kon beschikken.

13. Verder bekritisieren de verzoekende partijen dat de Vestigingscommissie het bijkomend rapport van landmeter K.V. van 4 september 2013 op basis van artikel 9 van het vestigingsbesluit, diende te weren.

Dat aanvullend rapport strekt er toe “het invloedsgebied ter hoogte van de Fraterstraat, meer bepaald het gedeelte tussen de Guldensporenlaan en de E40 [te verduidelijken]”. De bestreden beslissing waarbij de vergunning tot overbrenging is toegestaan, vindt evenwel steun in het te dezen toepasselijke artikel 1, § 5*bis*, 3°, van het vestigingsbesluit krachtens hetwelk de geplande overbrenging tot een betere geografische spreiding leidt. Kritiek op het in aanmerking nemen van een verslag dat is aangebracht om, te dezen ten overvloede, ook een betere demografische spreiding aan te tonen, betreft kritiek op een overtollig motief en kan derhalve de verzoekende partijen niet tot voordeel strekken.

14. Het tweede middel kan niet tot de nietigverklaring leiden.

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 een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

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

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques