

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.433 van 26 september 2018
in de zaak A. 216.651/XIV-36.607**

In zake : de BVBA APOTHEEK DERAEDT PATRICK
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dio Van Renne
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Willem Van Nassastraat 9
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Serge Van Eeghem
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Zuidstationstraat 34-36

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Depla
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis (Brugge)
Karel van Manderstraat 123
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV PHARMA RABOT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46/1
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Delepiere
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stokveldelaan 30

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 augustus 2015, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing d.d. 4 juni 2015, met kenmerk 774616 en dossiernummer 5524/CBA/14, waarbij de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid zich aansluit bij de motivering van het gunstig advies van de Vestigingscommissie d.d. 2 maart 2015 - stellende dat de aanvraag van Pharma Rabot NV tot overbrenging, buiten de onmiddellijke nabijheid, van de apotheek te 9050 Gentbrugge, Alfons Biebuycklaan 22 naar 9830 SINT-MARTENS-LATEM, Kortrijksesteenweg 180, nl. naar een aangrenzende gemeente, een betere geografische spreiding tot gevolg heeft en zodoende beantwoordt aan de vereisten bepaald in artikel 1, § 5bis, 3° van het koninklijk besluit van 25 september 1974 - en waarbij de aangevraagde vergunning derhalve aan Pharma Rabot nv wordt verleend, ter kennis gebracht aan verzoekster bij aangetekende brief van Mr. DELEPIERE, raadsman van NV PHARMA RABOT d.d. 22 juni 2015”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verzoekende partij heeft een toelichtende memorie ingediend.

De nv PHARMA RABOT heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 6 oktober 2015. De tussenkomende partij heeft een toelichtende memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 april 2018.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dio Van Renne, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Marit Gryson, die *loco* advocaat Rik Depla verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Veerle Huysmans, die *loco* advocaat Bart Staelens verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

De verzoekende en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

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 nv PHARMA RABOT, dit is de huidige tussenkomende partij, dient op 19 mei 2014 een aanvraag in voor een vergunning voor de overbrenging van een apotheek binnen aangrenzende gemeenten in toepassing van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit van 25 september 1974 ‘betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ (hierna: het vestigingsbesluit). Het betreft de overbrenging van een apotheek van de Alfons Biebuycklaan 22, 9050 Gentbrugge, naar de Kortrijksesteenweg 180, 9830 Sint-Martens-Latem.

3.2. Met een brief van 10 juni 2014 bevestigt het secretariaat van de Vestigingscommissie dat de onder 3.1. vermelde aanvraag ontvankelijk werd ingediend en wordt onderzocht.

3.3. Op 3 juli 2014 worden de apotheken uit de omgeving, waaronder de verzoekende partij, op de hoogte gebracht van de gevraagde overbrenging.

3.4. Met brieven van 18 juli 2014 verzoekt de Vestigingscommissie de bevoegde adviesorganen om advies uit te brengen over de aanvraag tot overbrenging.

3.5. Op 1 augustus 2014 geeft de Vereniging der coöperatieve apotheken van België (hierna: de OPHACO) een ongunstig advies.

Op 4 augustus 2014 geeft de apotheker-inspecteur van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsprodukten (hierna: het FAGG) haar advies. Dit advies is, genuanceerd, gunstig.

Op 18 augustus 2014 geeft de Algemene Pharmaceutische Bond (hierna: de APB) een ongunstig advies.

Op 4 september 2014 geeft de provinciegouverneur van Oost-Vlaanderen een ongunstig advies.

3.6. Met een aangetekende brief van 10 september 2014 dient de verzoekende partij een bezwaarschrift in bij de Vestigingscommissie.

3.7. Op 29 januari 2015 stelt de afgevaardigde van de administrateur-generaal van het FAGG een rapport op en brengt hij een gunstig advies uit, verwijzend naar de betere geografische spreiding die de overbrenging tot gevolg zal hebben.

3.8. Op 2 maart 2015 heeft de zitting van de Vestigingscommissie plaats. De Vestigingscommissie brengt een gunstig advies uit voor de overbrenging dat luidt:

“[...]

NOPENS DE PROCEDURE

In toepassing van artikel 5 van het hoger vermeld K.B. werd de aanvraag door het secretariaat ontvankelijk verklaard op 10 juni 2014.

Van deze aanvraag werd kennis gegeven aan de in artikel 6, § 1 van het besluit bedoelde personen en organisaties op 4 juli 2014.

Het advies van de instanties bedoeld in artikel 7 werd ingewonnen op 18 juli 2014.

Het onderzoek werd afgerond conform artikel 8 met het rapport en conclusies van 29 januari 2015.

NOPENS DE GEGEVENS VAN DE AANVRAAG

De overbrenging gebeurt van Gent naar de aangrenzende gemeente Sint-Martens-Latem.

De dichtste apotheek is gelegen op 452 meter van de bestaande apotheek en de gemiddelde afstand tot de vijf apotheken van Gentbrugge bedraagt ca 885 meter. Anderzijds ligt de dichtste apotheek op 778 meter van de geplande vestiging en de gemiddelde afstand tot de vier apotheken van Sint-Martens-Latem bedraagt ca 1640 meter.

De invloedssfeer vermindert van 2378 inwoners (bestaande apotheek) tot 1493 inwoners (geplande apotheek).

De apotheek is momenteel gesloten met behoud van vergunning

TOEPASSELIJKE WETTELIJKE BEPALINGEN

Overeenkomstig artikel 1, § 5bis, 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

De inspecteur adviseert gunstig, het niet uitgebrachte advies van de PGC dient geacht gunstig te zijn overeenkomstig artikel 7 *in fine* van het bovenvernoemde besluit.

OPHACO adviseert ongunstig zonder verdere motivatie. Ook APB en de gouverneur adviseren ongunstig, grotendeels gebaseerd op de opmerkingen van de omliggende apothekers.

Uit de demografische en geografische gegevens blijkt evenwel dat de overbrenging alleszins leidt tot een betere geografische spreiding, nu liggen de vijf dichtste apotheken gemiddeld op 778 meter waar de vier dichtste apotheken op de geplande vestigingsplaats gemiddeld op 1640 meter liggen.

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 Sint-Martens-Latem. De algemene spreiding zal door onderhavige overbrenging geografisch verbeteren.

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

[...]”

3.9. Op 4 juni 2015 beslist de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid om de overbrengingsvergunning te verlenen. Zij sluit zich aan

bij de motivering van het advies van de Vestigingscommissie dat integraal deel uitmaakt van haar beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Reeds op 20 mei 2015 had de verzoekende partij de Vestigingscommissie verzocht om, indien een beslissing zou worden genomen, haar een kopie te bezorgen van de beslissing van de minister, samen met het advies van de Vestigingscommissie.

Ingevolge dit verzoek bezorgt het secretariaat van de Vestigingscommissie hem met een aangetekende brief van 9 juni 2015 een afschrift van de bestreden beslissing en van het advies van de Vestigingscommissie aan de advocaat van de verzoekende partij.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit. Zij doet, samengevat, gelden dat de aanvraag tot overbrenging slechts kan worden toegestaan indien de overbrenging geschiedt naar een aangrenzende gemeente en deze overbrenging een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft, wat te dezen niet het geval is. Gentbrugge kan volgens de verzoekende partij immers niet als een aangrenzende gemeente van Sint-Martens-Latem worden beschouwd. Bovendien heeft de overbrenging *in casu* geen betere demografische, noch geografische spreiding tot gevolg.

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij in haar verzoekschrift uiteen dat Gentbrugge niet als een aangrenzende gemeente

van Sint-Martens-Latem kan worden beschouwd omdat de afstand tussen de voormalige en de nieuwe locatie van de over te brengen apotheek 12,6 kilometer bedraagt. Er kan niet worden beweerd dat een deel van het cliënteel van de apotheek mee zou verhuizen naar de nieuwe locatie. Gentbrugge kan in de praktijk dan ook niet worden beschouwd als een aangrenzende gemeente van Sint-Martens-Latem. De enige reden waarom dat louter in theorie wel het geval is, ligt in het feit dat artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit reeds bestaat van vóór de gemeentefusie van 1 januari 1977. Dit artikel is opgenomen sinds de eerste redactie van het vestigingsbesluit van 25 september 1974. Het is volgens de verzoekende partij duidelijk dat artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit overbrengingen op korte afstand beoogde, waarbij het meenemen van een (deel van) het cliënteel van een apotheek naar de nieuwe locatie reëel was. Ten tijde van de inwerkingtreding van artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit was Gentbrugge geen aangrenzende gemeente van Sint-Martens-Latem. Het gaat dan ook niet op om, louter ingevolge de gemeentefusie en ondanks de zeer grote onderlinge afstand, Gentbrugge en Sint-Martens-Latem als aangrenzende gemeenten te beschouwen. Een dergelijke interpretatie van de term “aangrenzende gemeente” zou volgens de verzoekende partij haaks staan op de *ratio legis* van artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit. Ze zou ook niet overeenstemmen met de geografische criteria, noch met de perceptie van de bevolking. Artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit betreft bovendien een uitzonderingsbepaling die restrictief moet worden geïnterpreteerd. In het licht daarvan kan het begrip “aangrenzende gemeente” geen betrekking hebben op een afstand van meer dan 12 kilometer. Het beoordelingscriterium “aangrenzende gemeente” werd dan ook op onredelijke wijze gehanteerd.

Voorts meent de verzoekende partij, wat de demografische spreiding betreft, dat te dezen de overbrenging naar Sint-Martens-Latem geen betere, maar een slechtere demografische spreiding impliceert wat volgens haar wordt bevestigd in het advies van de farmaceutisch-inspecteur, het advies van de APB, het advies van de provinciegouverneur en in het rapport van de

administrateur-generaal van het FAGG. De verzoekende partij erkent dat artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit niet vereist dat de overbrenging van een bestaande apotheek tegelijk moet leiden tot én een betere demografische én een betere geografische spreiding. De verbetering mag verband houden met slechts één criterium. De verzoekende partij erkent eveneens dat een betere geografische spreiding de bestaande demografische spreiding in de gemeente waar de apotheek naar wordt overgebracht, mag verminderen. De beoordeling of de overbrenging geografisch en/of demografisch tot een verbetering van de geneesmiddelenvoorziening strekt is doorslaggevend. Volgens de verzoekende partij is evenwel evenmin voldaan aan een betere geografische spreiding.

Wat de geografische spreiding betreft, wijst de verzoekende partij erop dat er geen criteria, noch een wettelijk voorgeschreven methodologie vastliggen om een verbetering van de geografische spreiding vast te stellen. Volgens de verzoekende partij wordt dit criterium in de praktijk vaak gebruikt om kleine, niet rendabele apotheken uit het stadscentrum te verplaatsen naar de randgemeenten. Dit leidt er vaak toe dat zowel de al aanwezige apotheken als de nieuwe apotheek niet langer de nodige rentabiliteit halen. Daarom zou volgens de verzoekende partij in februari 2015 een wetsvoorstel zijn ingediend om een overbrenging aan dezelfde voorwaarden te onderwerpen als het openen van een nieuwe apotheek. Omwille van de afwezigheid van specifieke criteria is vereist dat uit de bestreden beslissing duidelijk blijkt hoe alle relevante specifieke omstandigheden tegenover elkaar werden afgewogen en hoe tot de conclusie werd gekomen dat er door de overbrenging effectief een verbetering van de algemene geografische spreiding kan worden bewerkstelligd. Dat doet de bestreden beslissing niet. Louter op basis van de verkeerde vaststelling van een verbetering van de geografische spreiding op de oorspronkelijke vestigingsplaats te Gent en met vaststelling van een verslechtering van de geografische spreiding in Sint-Martens-Latem, kon de bestreden beslissing niet besluiten dat de algemene spreiding geografisch zal verbeteren. Omdat randgemeenten per definitie een lagere bevolkingsdichtheid hebben dan het stedelijk gebied zelf, is

de overbrenging van een apotheek naar randgemeenten steeds mogelijk via het criterium betere geografische spreiding. Dat is discriminerend voor apothekers in randgemeenten terwijl ook voorbijgegaan wordt aan de centrumfunctie van steden die een grotere dichtheid aan apotheken nodig hebben. Dit is strijdig met het uitgangspunt van het vestigingsbesluit, namelijk de spreiding van de apotheken overal zo optimaal mogelijk maken. Zelfs louter objectief is een betere demografische spreiding niet aangetoond volgens de verzoekende partij. Zij verwijst naar het advies van de OPHACO, het advies van de APB, het advies van de farmaceutisch-inspecteur en het advies van de provinciegouverneur, die allen bedenkingen hadden bij de geografische spreiding. Enkel het rapport van de administrateur-generaal van het FAGG was positief over de geografische spreiding, maar daarin werd louter abstract en puur rekenkundig geoordeeld en dit criterium uitgehold. Het beoordelingscriterium betere geografische spreiding werd dan ook op onredelijke wijze gehanteerd.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat zelfs al zou de overbrenging een betere geografische of demografische spreiding tot gevolg hebben, dan nog kunnen deze criteria niet worden toegepast op een virtuele, enkel nog op papier bestaande apotheek. De betrokken apotheek kent immers sinds medio 2007 geen enkele activiteit meer, zodat er geen sprake meer is van enig patiëntenbestand. De geografische en/of demografische spreiding te Gentbrugge diende dan ook te worden beoordeeld zonder rekening te houden met een enkel nog in theorie bestaande apotheek. De tijdelijke, maar langdurige sluiting van een apotheek brengt immers met zich mee dat haar invloedssfeer verloren gaat.

De aanvraag tot overbrenging is in strijd met de *ratio legis* van het vestigingsbesluit, die volgens de verzoekende partij ligt in de bescherming van de volksgezondheid en de verbetering van de geneesmiddelenvoorziening door het bewerkstelligen van een optimale spreiding van het aantal apotheken samen met het verminderen van de concentratie aan apotheken, waardoor de bestaande apotheken voldoende omzet en inkomsten kunnen genereren om te investeren in de kwaliteit van de zorgverstrekking. In de aanvraag en in de

bestreden beslissing wordt getracht de nieuwe situatie als een verbetering voor te stellen op basis van zuiver theoretische berekeningen. In de aanvraag wordt de berekening van de invloedssfeer zelfs dubbel geteld. Daarmee wordt overduidelijk aangetoond dat de over te brengen apotheek enkel leefbaar is ten koste van de reeds bestaande apotheken in Sint-Martens-Latem. Dit gegeven mag zeker niet worden miskend. Indien immers gekeken wordt naar de invloedssfeer van de nieuwe vestiging, dan is de resterende invloedssfeer van de al bestaande apotheken in dezelfde gemeente even belangrijk. Indien de vergunning voor de overbrenging van de apotheek niet wordt vernietigd, zal het aantal inwoners in de invloedssfeer van elk van de apotheken in Sint-Martens-Latem fors dalen onder het minimum van 2.500 inwoners bepaald in artikel 1, § 3bis, van het vestigingsbesluit, namelijk te dezen van 2.083 inwoners per apotheek naar 1.666 inwoners per apotheek. De doelstelling van de vestigingswetgeving wordt niet gediend indien in Sint-Martens-Latem apotheken zouden verdwijnen doordat ze door een overtal te weinig rendabel zouden geworden zijn. Het verdwijnen van apotheken zou in Sint-Martens-Latem immers ongetwijfeld een directe negatieve impact op de geneesmiddelenvoorziening hebben.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat in Gent omwille van historische redenen een overconcentratie aan apotheken bestaat, waardoor het criterium “betere geografische of demografische spreiding” bij een overbrenging naar een aangrenzende gemeente *de facto* een non-criterium is. In de praktijk zal in nagenoeg alle gevallen een overbrenging vanuit Gent naar een aangrenzende gemeente een betere geografische of demografische spreiding hebben. Dit criterium is dus in de concrete situatie, van een overbrenging van een gemeente met een voor Vlaanderen hoogste densiteit aan apotheken, met de grootste omzichtigheid te benaderen. Dat is precies wat in de bestreden beslissing niet is gebeurd.

In haar toelichtende memorie benadrukt de verzoekende partij dat de afstand van de overbrenging (12,6 kilometer) het niet realistisch maakt dat een deel van het cliënteel van de apotheek mee zal verhuizen. Anders dan wat de

tussenkomen de partij doet gelden, wil de verzoekende partij niet dat er geredeneerd wordt alsof men zou leven in 1976. Wel is het zo dat de ruime interpretatie van de term “aangrenzende gemeente” haaks staat op de *ratio legis* van het vestigingsbesluit.

De verzoekende partij wijst er tot slot op dat de tussenkomen de partij erkent dat de overbrenging te dezen een slechtere demografische spreiding impliceert. Wat de betere geografische spreiding betreft, wijst de verzoekende partij erop dat het landmetersverslag waar de tussenkomen de partij naar verwijst, haar onbekend was voor de huidige procedure. De bestreden beslissing verwijst hier niet naar.

In haar laatste memorie beperkt de verzoekende partij zich ertoe te stellen dat de stelling dat er geen gemeente Gentbrugge zou bestaan haaks staat op de vaststelling dat de aanvraag tot overbrenging betrekking heeft op een apotheek te “9050 Gentbrugge”. Zij herhaalt dat zelfs indien aangenomen wordt dat het toepassingsvereiste van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit een loutere feitelijke voorwaarde betreft die al dan niet vervuld is, er niet aan af doet dat de betrokken bepaling de overbrenging van apotheken op korte afstand beoogt waarbij het meenemen van een deel van het cliënteel naar de nieuwe locatie reëel is, wat niet het geval is in de voorliggende zaak. Zij herhaalt dat het criterium “betere geografische spreiding” te algemeen en vaag is zodat het in de praktijk wordt misbruikt om niet rendabele apotheken vanuit het stadscentrum te verplaatsen naar de randgemeenten.

Beoordeling

5. Anders dan de verzoekende partij het ziet, moet worden vastgesteld dat er geen gemeente “Gentbrugge” bestaat. Gentbrugge is een onderdeel van de Stad Gent die wel degelijk een aangrenzende gemeente van Sint-Martens-Latem is. Dit werd overigens zoals blijkt uit het administratief dossier, en voor zoveel als nodig, uitdrukkelijk bevestigd door de diensten van de

stad Gent. Dat de aanvraag tot overbrenging betrekking heeft op een apotheek te “9050 Gentbrugge” doet daaraan niets af.

In de mate dat het middel uitgaat van een afzonderlijk bestaande gemeente met die naam, berust het dan ook op een onjuist feitelijk uitgangspunt.

6. Voorts is de toepassingsvereiste van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit, namelijk dat het om aangrenzende gemeenten dient te gaan, niet meer dan een voorwaarde die in de feiten al dan niet vervuld is. Anders dan de verzoekende partij dat ziet, gaat het niet om een beoordelingscriterium waarbij de overheid over enige mate van interpretatievrijheid beschikt. De verwijzing van de verzoekende partij naar ‘het gezonde volksgevoel’ van wat als een aangrenzende gemeente kan worden beschouwd, kan daaraan geen afbreuk doen.

In de mate het middel berust op een argumentatie die steunt op de (onjuiste) stelling dat de betrokken bepaling van het vestigingsbesluit dateert van vóór de gemeentefusie van 1977, valt het samen met de beoordeling van het tweede middel. Er wordt naar verwezen.

7. Het eerste middel mist in de aangegeven mate feitelijke grondslag.

8. Wat voorts de argumentatie van de verzoekende partij betreft inzake de slechtere demografische spreiding na de overbrenging, volstaat het vast te stellen dat uit de tekst van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit volgt dat het voor een overbrenging naar een aangrenzende gemeente volstaat dat is voldaan aan één van beide criteria. De overbrenging van een bestaande apotheek kan derhalve worden toegestaan voor zover deze overbrenging een betere geografische of demografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft in vergelijking met de toestand vóór de overbrenging.

Het vestigingsbesluit verbiedt niet dat een betere geografische spreiding ten koste gaat van de bestaande demografische spreiding in de gemeente waarnaar de apotheek wordt overgebracht.

Ter zake dienend is aldus de beoordeling of de overbrenging, geografisch of demografisch, strekt tot een verbetering van de geneesmiddelenvoorziening. De aanvraag voor de overbrengingsvergunning steunt te dezen uitdrukkelijk enkel op de betere geografische spreiding na de overbrenging. Ook de bestreden beslissing steunt zich uitsluitend op dat criterium (*cfr.* punten 3.8. en 3.9.).

9. In zoverre het middel kritiek bevat op het te dezen niet toegepast demografisch criterium, mist het doel.

In zoverre het middel uitgaat van de opvatting dat én demografische én geografische spreiding moeten verbeteren door de overbrenging, faalt het ten aanzien van de tekst zelf van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit.

10. Evenmin kan de verzoekende partij worden bijgetreden in haar kritiek op de bestreden beslissing waar deze inhoudt dat niet kan worden besloten tot een “betere geografische spreiding” op grond van de aanname van een verbeterde geografische spreiding op de oorspronkelijke vestigingsplaats te Gent, doch met de vaststelling dat de geografische spreiding verslechtert in de aangrenzende gemeente waarnaar de apotheek wordt overgebracht.

Dergelijke kritiek betreft in grote mate een algemene kritiek die betrekking heeft op de opportuniteit van de betrokken regelgeving en op de algemene wijze waarop zij zou worden toegepast. Dergelijke brede kritiek kan op zich niet leiden tot de vaststelling van de onwettigheid van de bestreden beslissing.

Voorts, anders dan de verzoekende partij doet gelden, blijkt uit de bestreden beslissing waarvan het advies van de Vestigingscommissie integraal deel uitmaakt dat erin wel degelijk wordt uiteengezet hoe tot de conclusie werd gekomen dat er door de overbrenging effectief een verbetering van de algemene geografische spreiding kan worden bewerkstelligd (cfr. punten 3.9. en 3.10.).

Hoewel de verzoekende partij aanvoert dat de vaststelling van een verbetering van de geografische spreiding op de oorspronkelijke vestigingsplaats te Gent verkeerd zou zijn -deze blijkt, zoals de tussenkommende partij terecht doet gelden, evenwel te steunen op het landmetersverslag dat bij de aanvraag werd gevoegd en waarvan de accuraatheid niet wordt betwist - brengt zij geen concrete gegevens bij waaruit zou volgen dat deze vaststelling onjuist is. Het feit dat het landmetersverslag haar niet bekend was voor de huidige procedure, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat niets haar verhinderde om reeds *ab initio* te concretiseren waarom de door de overheid in aanmerking genomen gegevens volgens haar onjuist zouden zijn.

Voorts dient het besluit dat het overbrengen van een apotheek uit een gemeente met een zeer hoge concentratie aan apotheken (blijkens het dossier bestaat er in Gent een overconcentratie van 87 apotheken op een totaal van 171 apotheken, dit wordt door de verzoekende partij niet weersproken) naar een gemeente met een veeleer lage concentratie aan apotheken (blijkens het dossier telt Sint-Martens-Latem in totaal amper vier apotheken), niet te worden aangemerkt als een onredelijke, laat staan een “manifest onredelijke”, toepassing van het criterium van de geografische spreiding.

Het betoog inzake de onbestaande apotheek, gesteund op de tijdelijke sluiting van de over te brengen apotheek, miskent, zoals uit de beoordeling van het derde middel zal blijken, de reglementaire mogelijkheid om een apotheek over te brengen waarvan de tijdelijke sluiting werd aangevraagd (en waarvan te dezen is gebruik gemaakt).

Evenmin kan de verzoekende partij worden bijgetreden in haar argumentatie gesteund op de “dalende rendabiliteit” van de reeds bestaande apotheken in Sint-Martens-Latem. Vooreerst blijkt niet dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing met een dergelijk rendabiliteitscriterium rekening zou dienen te houden. Het vestigingsbesluit voorziet alleszins niet in een verbod voor de overbrenging om een negatieve invloed te hebben op de omzet en inkomsten van de bestaande apotheken in de aangrenzende gemeente waarnaar wordt overgebracht. Vervolgens laat zij ook hier na aan de hand van concrete gegevens aan te tonen dat de overbrenging te dezen een buitensporige impact zou hebben op haar mogelijkheden om te investeren in haar dienstverlening, zodanig dat de verwerende partij ertoe gehouden was dit aspect wel degelijk te betrekken in de besluitvorming. De vestigingsregelgeving is er alleszins niet op gericht de omzet van gevestigde apothekers te beschermen of te vergroten.

Tot slot, overtuigt de verwijzing naar het (nog hangende) wetsvoorstel van 28 januari 2015 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ niet (*Parl. St.*, Kamer 2014-15, nr. 54-0852/001).

Een verzoekende partij kan een middel niet steunen louter op een wetsvoorstel, te meer nu de te dezen toepasselijke regelgeving is opgenomen in een koninklijk besluit dat in beginsel niet bij wet mag worden gewijzigd. Bovendien illustreert die verwijzing veeleer dat de kritiek van de verzoekende partij in grote mate een opportunistiekritiek betreft op het toepasselijke artikel 1, § 5*bis*, 3°, van het vestigingsbesluit en de daarin vervatte alternatieve criteria (een betere geografische spreiding respectievelijk een betere demografische spreiding). Het is immers net omdat de standaardregels in verband met de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal patiënten dat de nieuwe apotheek moet bedienen, niet gelden bij een overbrenging binnen de gemeente of naar een aangrenzende gemeente, dat - volgens de toelichting bij dat

wetsvoorstel - “deze verplaatsingen er vaak toe [leiden] dat zowel de al aanwezige apotheken en de nieuwe apotheek niet (langer) de nodige rentabiliteit halen.” Het is om die reden dat erin wordt voorgesteld om in artikel 1, § 5*bis*, van het vestigingsbesluit van 25 september 1974, punt 3° te schrappen omdat dan “op die manier de verplaatsing van een apotheek aan dezelfde voorwaarden wordt onderworpen als het openen van een apotheek.”.

11. Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 159 ervan. Zij zet het middel uiteen waarbij zij doet gelden dat de toetsing van artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dient te gebeuren vanuit het oogpunt van de *ratio legis* van het vestigingsbesluit daarin begrepen het moratorium, namelijk de bescherming van de volksgezondheid door het bewerkstelligen van een optimale spreiding van het aantal apotheken samen met het verminderen van de concentratie aan apotheken, waardoor de bestaande apotheken voldoende omzet *cq.* inkomsten kunnen genereren om te investeren in de kwaliteit van de zorgverstrekking.

Wanneer het begrip “aangrenzende gemeente” in het genoemde artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, zo ruim wordt geïnterpreteerd dat het, zoals te dezen, ook de situatie omvat waarin de afstand tussen de apotheek in de gemeente van vertrek en de apotheek in de ontvangende gemeente meer dan 12 km bedraagt, verdragen de categorieën “over te brengen apotheek naar een aangrenzende gemeente” en “over te brengen apotheek naar een andere

gemeente” - (mede) ingevolge de fusie van de gemeenten in 1977 -, geen verschillende behandeling, waarbij de eerstgenoemde categorie niet dient te voldoen aan de algemene criteria zoals deze werden opgenomen in artikel 1, §§ 2, 3, en 3*bis* van het vestigingsbesluit doch de tweede categorie wel.

De verzoekende partij doet nog gelden dat het onderscheid tussen een overbrenging naar een aangrenzende gemeente en een overbrenging zonder begrenzing geen relevantie heeft naar de algemene spreiding toe. Ook het feit of een apotheek wordt overgebracht naar een aangrenzende gemeente of een andere gemeente maakt geen verschil voor de spreiding in de gemeente waarin de apotheek verdwijnt. Tot slot maakt het voor de gemeente waar de apotheek wordt gepland geen verschil of de apotheek uit een aangrenzende gemeente dan wel een verder gelegen gemeente komt.

Het feit dat het criterium “betere geografische spreiding” nagenoeg steeds kan worden toegepast bij een overbrenging van een apotheek vanuit een stad naar een randgemeente (precies omdat er in steden evident een grotere concentratie van apotheken (noodzakelijk) is), is discriminerend voor de bestaande apothekers die in die randgemeenten gevestigd zijn.

Het door artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit gemaakte onderscheid in behandeling tussen beide categorieën van apotheken berust niet op een objectief criterium, noch is dat onderscheid redelijk verantwoord ten opzichte van het beoogde doel. De ongelijke behandeling van de vergelijkbare categorieën schendt dan ook de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit dient dan ook overeenkomstig artikel 159 van Grondwet buiten toepassing te worden gelaten.

In haar toelichtende memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat artikel 1, § 5*bis*, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit daarin is opgenomen sinds de eerste redactie van het vestigingsbesluit van 25 september

1974. De verzoekende partij benadrukt dat deze bepaling niet door latere wetswijzigingen is toegevoegd en dateert van vóór de fusieoperatie van 1 januari 1977. Artikel 1, § 5bis, eerste lid, 3°, van het vestigingsbesluit is dan ook “evident” geschreven zonder dat rekening werd gehouden met pas sinds de fusies der gemeenten zeer ruime interpretatiemogelijkheid van het begrip “aangrenzende gemeente”, aldus de verzoekende partij.

In haar laatste memorie erkent zij weliswaar dat zoals in het auditorsverslag werd uiteengezet, het “blijkt te kloppen” dat “het criterium ‘dezelfde gemeente of in een aangrenzende gemeente’ pas in 1981 in artikel 1 van het vestigingsbesluit werd ingeschreven, en dus pas na de gemeentefusie van 1 januari 1977”, wat er volgens de verzoekende partij toch niet aan in de weg staat dat er een discriminerend onderscheid blijft bestaan zoals zij dat in haar verzoekschrift heeft uiteengezet. Zij herhaalt dat er, gelet op de ruime interpretatie van het begrip “aangrenzende gemeente” geen onderscheid tussen de beide categorieën van gemeenten is omdat er voor beide categorieën geen gewag kan worden gemaakt van het meenemen van cliënteel naar de nieuwe locatie, minstens gaat het om “een identieke/vergelijkbare meenamen” ervan. Voor beide categorieën zal de band met de oorspronkelijke vestiging nagenoeg geheel worden verbroken. Ook de impact van de overgebrachte apotheek voor de bestaande apotheken in de ontvangende gemeente is identiek *cq.* vergelijkbaar. Het in het vestigingsbesluit gemaakte onderscheid berust niet op een objectief criterium, noch is het onderscheid redelijk verantwoord ten opzichte van het beoogde doel.

Beoordeling

13. De fundamentele premisse waarop het tweede middel wezenlijk is gesteund, namelijk dat artikel 1, § 5bis, van het vestigingsbesluit dateert van vóór de gemeentefusie van 1977 en dus dient te worden gelezen in het licht van de gemeentegrenzen zoals die bestonden vóór de fusieoperatie van 1977, is zoals de verzoekende partij in haar laatste memorie ook erkent, onjuist.

Uit de wetsgeschiedenis zoals de verzoekende partij die heeft kunnen lezen in het auditoraatsverslag blijkt immers, samengevat, dat het begrip “dezelfde gemeente of in een aangrenzende gemeente” pas zijn intrede doet in het vestigingsbesluit met artikel 2 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’. De voor de voorliggende zaak relevante paragraaf 5*bis* waarin het begrip met het oog op overbrenging van een officina wordt gehanteerd, wordt pas op 14 december 1999 in artikel 1 van het vestigingsbesluit ingevoegd, meer bepaald door 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’. Dit is dus in ieder geval na de te dezen relevante fusieoperatie van 1 januari 1977. De regelgever(s) van 1981 en 1999 mogen bij het opstellen van paragraaf 5*bis* dan ook in elk geval worden geacht rekening te hebben gehouden met de gemeentegrenzen zoals zij toen bestonden en dewelke niet wezenlijk verschillen van de huidige gemeentegrenzen.

14. Voorts, de argumentatie van de verzoekende partij dat het in het vestigingsbesluit gemaakte onderscheid niet op een objectief criterium berust, noch redelijk is verantwoord ten opzichte van het door de regelgever beoogde doel, overtuigt niet.

Het vestigingsbesluit werd vastgesteld in uitvoering van artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ (hierna: het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967). De doelstelling van deze reglementering beoogt het organiseren van een adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening. De beperkingen die het vestigingsbesluit heeft ingesteld voor de vestiging *cq.* overbrenging 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 vestiging *cq.* de overbrenging van een apotheek kan worden verleend.

Artikel 1, § 5*bis*, van datzelfde besluit concretiseert de toepassingen van de in artikel 1 vernoemde criteria voor de overbrenging van een apotheek. Het 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) en, anderdeels, naar een niet-aangrenzende gemeente. 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) 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, tot slot, 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, § 5bis, 1°).

Krachtens artikel 1, § 5bis, 3°, volstaat het derhalve dat de overbrenging van een bestaande apotheek naar een aangrenzende apotheek leidt tot hetzij een betere geografische, hetzij een betere demografische spreiding van de (bestaande) apotheken. Wanneer aan één van beide is voldaan - wat in de voorliggende zaak het geval is -, kan de overbrenging worden toegestaan indien voorts is voldaan aan de voorwaarde dat, in de gemeente waarin de apotheek wordt gesloten, het aantal apotheken na de overbrenging niet lager ligt dan het aantal dat met toepassing van de criteria bepaald in § 2 of § 3bis geopend kan worden.

De kritiek van de verzoekende partij is erop gericht dat de toepasselijke regelgeving in verschillende regels voorziet voor de overplaatsing van een apotheek naar een aangrenzende gemeente in vergelijking met de regels die gelden voor de overplaatsing naar een niet-aangrenzende gemeente. In geval van overbrenging binnen dezelfde of een aangrenzende gemeente moet immers niet worden voldaan aan de regels vervat in artikel 1, §§ 2, 3 en 3bis van het vestigingsbesluit betreffende de minimale afstand tot bestaande apotheken en het minimum aantal patiënten dat een apotheek moet bedienen terwijl dat wel het geval is bij overbrenging naar een niet-aangrenzende gemeente. Zij zien hierin een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

15. 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.

Zoals de Raad van State al eerder in zijn rechtspraak heeft uiteengezet, is het in het licht van de door het vestigingsbesluit 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 (al dan niet in de onmiddellijke nabijheid), hetzij door de gemeente van waaruit de apotheek vertrekt en de aan die gemeente aangrenzende gemeenten. Het gehanteerde criterium van onderscheid betreft met andere woorden een lokale, door aangrenzende gemeenten gevormde gebiedsafbakening waarmee de patiënt, inwoner van de gemeente waar de bestaande (over te brengen) 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.

De verzoekende partij gaat eraan voorbij dat die lokale gebiedsafbakening, gevormd door aangrenzende gemeenten, een louter afstandscriterium overstijgt en niet onredelijk noch onevenredig is in zijn gevolgen.

Het is, steeds 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 partij dat ziet, veeleer vergelijkbaar - gezien vanuit de plaats waarnaar de bestaande apotheek wordt overgebracht - met de vestiging van een bijkomende apotheek. Dit is de reden waarom artikel 1, § 5bis, 1°, van het vestigingsbesluit (overbrenging zonder beperking) vereist dat in dat geval wel wordt voldaan aan de (strengere) bepalingen van artikel 1, §§ 2, 3 of 3bis, van het vestigingsbesluit. De oppervlakte van een gemeente op zich doet daaraan niets af.

16. De verzoekende partij toont de schending van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet aan. Er is dan ook geen grond om artikel 1, § 5bis, 3° buiten toepassing te laten.

Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in het derde middel de schending aan van “artikel 1, § 1, van het Vestigingsbesluit *juncto* artikel 1, § 5bis, eerste en tweede lid van het Vestigingsbesluit *juncto* artikel 1bis, § 3 van het Vestigingsbesluit *juncto* artikel 15ter, §§ 1, 2 en 7 van het Vestigingsbesluit *juncto* artikel 4, §3 en 4, § 3quater van de Wet Uitoefening Geneeskunst *juncto* artikel 9, §1 van de Wet Uitoefening Geneeskunst *juncto* het algemeen rechtsbeginsel *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. Samengevat voert ze aan dat de ingeroepen bepalingen en het ingeroepen

beginsel zijn geschonden doordat de bestreden beslissing een vergunning voor overbrenging verleent terwijl de (over te brengen) apotheek te Gentbrugge sinds medio 2007 gesloten is en niet meer kan worden beschouwd als een voor het publiek opengestelde apotheek of minstens niet als een apotheek waarvoor op zijn minst nog een geldige vergunning bestaat, “waarbij de apotheek in kwestie slechts wettig kon worden overgebracht indien deze (nog) voor het publiek opengesteld was.”.

De verzoekende partij licht in haar verzoekschrift verder toe dat in een dergelijk geval - de betrokken apotheek is immers sinds medio 2007 gesloten - er geen effectieve uitbating meer is. Er is geen titularis ingeschreven, er geschieden geen belastingaangiften die wijzen op de vereiste activiteit. Evenmin is er een geldige voorraad aanwezig. De vestigingsvergunning van de apotheek werd opgekocht door de tussenkomen partij (die nog een apotheek heeft in de Wondelgemstraat 87 te 9000 Gent) met het oog op de doorverkoop aan een investeerder. Dit ondanks het feit dat de vestigingsvergunning minstens door de feiten niet langer als geldig en/of wettelijk kan worden beschouwd.

Een virtuele, sinds 2007 gesloten, apotheek kan niet (meer) worden beschouwd als een “voor het publiek opengestelde apotheek”. Zij kan niet meer het voorwerp uitmaken van een regelmatige vergunning tot overbrenging. De vergelijking van de geografische en/of demografische spreiding en invloedssferen voor en na de beoogde overbrenging kan niet gebeuren bij een aanvraag tot overbrenging van een dergelijke apotheek.

De verzoekende partij verwijst naar rechtspraak van de Raad van State waaruit volgens haar volgt dat door de lange feitelijke sluiting van de apotheek de feitelijke grondslag van de aanvraag tot overbrenging verloren gaat.

Voorts wijst zij op artikel 15^{ter} van het vestigingsbesluit, dat de houder van een vergunning van een voor het publiek opengestelde apotheek

verplicht om een aanvraag in te dienen voor het behoud van die vergunning wanneer de apotheek langer dan zestig dagen wordt gesloten. De beslissing waarbij het behoud van de vergunning wordt toegestaan, vervalt na drie jaar, of eerder, namelijk bij het heropenen van de apotheek op het laatste adres waarvoor de vergunning is verleend, of bij het verkrijgen van een vergunning tot overbrenging van de apotheek. De vergunninghouder van de te dezen over te dragen apotheek heeft echter nooit een aanvraag voor het behoud ervan ingediend, zodat die vestigingsvergunning geacht mag worden te zijn vervallen.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat de “bedoelde apotheek jarenlang artikel 9, § 1, van de Wet Uitoefening Geneeskunst heeft geschonden”, waarin (onder meer) is bepaald dat “[i]ndien een wachtdienst werd ingesteld voor de voor het publiek opengestelde apotheken, alle op de wachtrol voorkomende voor het publiek opengestelde apotheken hieraan [dienen] deel te nemen overeenkomstig de nadere regels bepaald door de Koning.” Het mag duidelijk zijn dat bedoelde apotheek sinds de sluiting ervan medio 2007 niet meer op de wachtrol staat van de stad Gent, terwijl deelname aan de wachtdienst een verplichting is die elke voor het publiek opengestelde apotheek dient na te leven. Het feit dat de apotheek niet meer op de wachtrol stond, bevestigt dat die apotheek niet (meer) als een “voor het publiek opengestelde apotheek” kan worden beschouwd.

De toenmalige titularis van de betrokken apotheek had de farmaceutisch inspecteur op de hoogte moeten brengen van de sluiting. Dit is duidelijk nooit gebeurd, zo niet waren door het FAGG ongetwijfeld overeenkomstig artikel 15*quinquies* van het vestigingsbesluit aanmaningen verstuurd, die - bij gebrek aan een passende reactie door de titularis - onbetwistbaar tot de intrekking van de vergunning hadden geleid. Het bewijs ligt hiermee voor dat de vroegere titularis bij stopzetting van zijn activiteit nalatig is geweest en de bepalingen van artikel 15*ter* van het vestigingsbesluit heeft geschonden. Op basis van het algemeen rechtsbeginsel “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” kan de actuele aanvrager van de overbrenging, als

rechtsoptvolger van de vroegere titularis, geen rechten putten uit de nalatigheid van de vroegere titularis van de vergunning om zijn stopzetting te melden. Minstens kan het niet respecteren van voornoemde bepalingen van het vestigingsbesluit en van “de Wet Uitoefening Geneeskunst niet in het nadeel spelen van de bestaande apotheken in Sint-Martens-Latem, waaronder die van de verzoekende partij.”.

Artikel 15^{ter}, § 4, van het vestigingsbesluit voorziet sinds 2014 in een automatisch verval van de vergunning na drie jaar. Indien het “oude” vestigingsbesluit zou worden geïnterpreteerd op basis van “de op heden verduidelijkte bepalingen van het ‘nieuwe’ [v]estigingsbesluit, moet worden vastgesteld dat de vergunning van de apotheek te Gentbrugge reeds in 2010 als vervallen diende te worden beschouwd.”.

De verzoekende partij werpt de vraag op “of de Vestigingscommissie en de minister, wetende dat de ‘apotheek momenteel gesloten is met behoud van vergunning’, hetgeen enkel kon omwille van de niet-naleving van de bepalingen van de vestigingswetgeving, als zorgvuldige overheid niet verplicht was een onderzoek te verrichten naar het aantal jaren van effectieve sluiting van bedoelde apotheek en daaruit de juiste conclusies diende te trekken.”.

De verzoekende partij besluit dat de aanvraag tot overbrenging *de facto* zonder voorwerp is, nu er feitelijk niets meer kan worden overgebracht. Er zal in werkelijkheid een nieuwe apotheek worden geopend, die afstuit op het moratorium op de opening van nieuwe apotheken.

In haar toelichtende memorie wijst de verzoekende partij er nog op dat de verwijzing van de tussenkomenende partij naar het arrest van de Algemene Vergadering van de Raad van State nr. 226.718 van 12 maart 2014 misleidend is omdat in die zaak de periode van tijdelijke sluiting veel minder lang

heeft geduurd (twee jaar) dan in de huidige zaak (zeven jaar). Zeven jaar is zeker niet de tijd die nodig was om de overbrengingsprocedure te kunnen volgen.

Het besluit van de administrateur-generaal van het FAGG van 30 juli 2014 dat de tussenkomen­de partij voorlegt bewijst niet (a) dat voor de apotheek te Gentbrugge conform artikel 15ter, § 1, van het vestigingsbesluit het behoud van de vergunning is aangevraagd én verkregen voor de daaraan voorafgaande periode van 1 juni 2007 tot 31 mei 2012, (b) noch dat conform artikel 15ter, § 2, van het vestigingsbesluit ten laatste zestig dagen na de inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 8 december 1999, aan de minister van Volksgezondheid een aanvraag is gericht tot het behoud van de vergunning, (c) noch dat de beslissing waarbij het behoud van de vergunning van de voor het publiek opengestelde apotheek zou zijn toegestaan niet na drie jaar zou zijn vervallen conform artikel 15ter, § 7, van het vestigingsbesluit.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat de tussenkomen­de partij bevestigt dat de apotheek als sinds 2007 niet meer op de wachtrolstaat van de stad Gent, terwijl haar deelname aan de wachtdienst een verplichting is.

In haar laatste memorie handhaaft de verzoekende partij haar standpunt. Volgens haar kan geen beslissing tot behoud van de vergunning wegens tijdelijke sluiting worden voorgelegd, minstens voor de periode tussen 1 augustus 2010 tot 31 mei 2012. Immers, zo uit het administratief blijkt dat voor de periode van 1 augustus 2007 tot 31 juli 2010 een aanvraag tot tijdelijke sluiting met behoud van de vergunning werd ingediend, is daarmee niet aangetoond dat eenzelfde aanvraag werd ingediend én goedgekeurd voor de periode na 31 juli 2010. Immers, de eerstvolgende aanvraag voor het behoud van de vergunning voor de betrokken apotheek werd pas ingediend op 20 mei 2014 en verleend op 30 juli 2014, en dit (deels retroactief) voor de periode van 1 juni 2012 tot 31 mei 2015. Artikel 15ter, § 7, van het vestigingsbesluit bepaalt daarbij dat de beslissing waarbij het behoud van de vergunning wordt toegestaan, na drie

jaar vervalt. De verzoekende partij is dan ook van oordeel dat de op 20 mei 2014 ingediende aanvraag voor het behoud van de vergunning, de initiële beslissing tot behoud voor de periode van 1 augustus 2007 tot 31 juli 2010 reeds geruime tijd was vervallen.

Beoordeling

18. De verzoekende partij steunt het middel eensdeels op het uitgangspunt dat een gesloten apotheek niet het voorwerp kan uitmaken van een vergunning tot overbrenging en anderdeels op het uitgangspunt dat aangezien de toenmalige titularis van de apotheek in 2007 geen aanvraag tot behoud van de vergunning heeft ingediend, de vestigingsvergunning als vervallen dient te worden beschouwd.

Beide uitgangspunten falen.

19. Artikel 15^{ter} van het vestigingsbesluit voorziet in de mogelijkheid om een apotheek over te brengen waarvan de tijdelijke sluiting met behoud van de vergunning werd gevraagd.

Uit het arrest nr. 226.718 van 12 maart 2014 van de Algemene Vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat de beslissing waarbij het behoud van de vergunning wordt toegestaan, tot gevolg heeft dat de apotheek waarop die vergunning betrekking heeft en die in de praktijk gesloten is, fictief wordt geacht voor het publiek te zijn opengesteld, wat onder andere tot gevolg heeft dat deze naar een ander adres kan worden overgebracht met inachtneming van de wettelijke en reglementaire voorwaarden. De bedoeling van die bepaling bestaat er nu net in om een apotheek die in feite tijdelijk niet meer wordt uitgebaat, de mogelijkheid te bieden om opnieuw opengesteld te worden of om overgebracht te worden zodra ze voldoet aan de daartoe vereiste voorwaarden. Opdat de apotheek overgebracht mag worden, moet de houder van de vergunning een aanvraag indienen bij de diensten van de

verwerende partij, welke, vooraleer ze een beslissing neemt, met verschillende instanties overleg moet plegen, zodat het onderzoek van de aanvraag enige tijd in beslag zal nemen. Hoe lang dat duurt, hangt enerzijds af van de naarstigheid waarmee de verwerende partij het dossier behandelt, en anderzijds van de naarstigheid van alle personen die bij de procedure betrokken zijn. De houder van de vergunning die behouden blijft, kan niet voorspellen hoelang het onderzoek van de aanvraag duurt.

In datzelfde arrest heeft de Algemene Vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak nog geoordeeld dat opdat artikel 15^{ter} een nuttig gevolg heeft, en om ervoor te zorgen dat de regels die erin vervat liggen beantwoorden aan het voorspelbaarheidsvereiste dat in een rechtsstaat wordt gesteld, die bepalingen aldus moeten worden geïnterpreteerd dat het behoud van de vergunning verstrijkt in drie gevallen: hetzij na drie jaar, hetzij vóór drie jaar indien daarvoor een reden voorhanden is, inzonderheid de heropening van de apotheek op hetzelfde adres, hetzij wanneer een beslissing genomen wordt met betrekking tot de vergunning tot overbrenging weze het vóór dan wel na het verstrijken van drie jaar. Aldus kan, overeenkomstig artikel 4, §§ 3, 1°, en 3^{quater}, 6°, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967, een vergunning tot overbrenging enkel op rechtsgeldige wijze worden aangevraagd voor een apotheek waarvan de vergunning nog niet is verstreken - dus vóór afloop van de termijn van drie jaar -, maar wordt met de indiening van die aanvraag de vergunning tot behoud verlengd en zal deze dus pas verstrijken op het ogenblik dat er een uitspraak is met betrekking tot de vergunning tot overbrenging.

De formulering van artikel 15^{ter}, § 7, van het vestigingsbesluit sedert de aanpassing ervan bij artikel 14, 6°, van het koninklijk besluit van 19 april 2014 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 september 1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken’ (dat met onmiddellijke werking geldt sedert 21 juli 2014) doet aan die rechtspraak niets af en betreft zoals de verzoekende partij in

haar verzoekschrift zelf aangeeft niet meer dan een verduidelijking.

20. Te dezen blijkt, zowel uit de door de tussenkomende partij aangebrachte stukken als uit het administratief dossier, dat er in 2007 wel degelijk een aanvraag tot tijdelijke sluiting met behoud van de vergunning werd ingediend. Hieruit volgt dat niet zomaar kan worden aangenomen dat de vestigingsvergunning in 2007 vervallen zou zijn, noch dat de toenmalige titularis te kwader trouw zou hebben gehandeld, zoals de verzoekende partij zonder meer veronderstelt. De argumentatie gesteund op die kwade trouw en op de toepassing van de spreuk “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” faalt dan ook.

Evenzo - daargelaten de vraag welke de situatie precies was in de periode tussen 1 augustus 2010 tot 31 mei 2012 - blijkt uit diezelfde stukken dat de administrateur-generaal van het FAGG op 30 juli 2014 uitdrukkelijk heeft beslist - beslissing die inmiddels definitief is geworden - om het door de tussenkomende partij gevraagde behoud van de vergunning voor de voor het publiek opengestelde *officina* te 9050 Gentbrugge, Alfons Biebuycklaan 22 waarvan de tijdelijke sluiting meer dan zestig dagen bedraagt, toe te kennen voor de periode van 1 juni 2012 tot 31 mei 2015, wjl de thans bestreden overbrengingsvergunning tegemoet komt aan de aanvraag tot overbrenging van de tussenkomende partij door haar ingediend op 19 mei 2014, dit is ruim vóór het verstrijken van de laatst vermelde periode van drie jaar.

Evenmin blijkt dat de minister in deze zaak ooit zou hebben beslist om de vestigingsvergunning van de betrokken apotheek in te trekken op grond van artikel 15*quinquies* van het vestigingsbesluit. De verzoekende partij voert dat ook niet aan.

Tot slot zet de verzoekende partij niet uiteen hoe het feit dat een apotheek die in de praktijk gesloten is en niet aan de wachtdienst deelneemt, de onwettigheid van de bestreden beslissing met zich zou meebrengen. Noch het vestigingsbesluit, noch de door de verzoekende partij ingeroepen “Wet

Uitoefening Geneeskunst” - bedoeld wordt allicht artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ - voorzien alleszins in enige specifieke sanctie ten aanzien van de vergunning van een apotheek die niet deelneemt aan de wachtdienst, laat staan ten aanzien van een apotheek die op correcte wijze tijdelijk gesloten werd met behoud van vergunning.

21. Het derde middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

22. De verzoekende partij voert in het vierde middel de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna: [de wet van 29 juli 1991]) en uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek het motiveringsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel”. Samengevat, doet ze gelden dat de verwerende partij de bestreden beslissing materieel, noch formeel deugdelijk heeft gemotiveerd, dat deze de wettelijke beoordelingscriteria op een manifest onredelijke wijze heeft gehanteerd waardoor zij een kennelijk onredelijk standpunt vertolkt, de verschillende betrokken belangen niet, dan wel op een gebrekkige wijze tegenover elkaar heeft afgewogen en zodoende komt tot een beslissing die over het algemeen niet als rechtmatig wordt “aangevoeld”.

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij er in haar verzoekschrift op, hetgeen zij in haar toelichtende memorie en haar laatste memorie herhaalt, dat de bestreden beslissing geen rekening heeft gehouden met de door haar en andere apothekers geuite bezwaren. In de brieven van de verzoekende partij werden nochtans pertinente opmerkingen geformuleerd. Uit de

bestreden beslissing kan niet worden opgemaakt waarom de bezwaren van de verzoekende partij niet werden aanvaard.

Daarnaast worden de diverse ongunstige adviezen inhoudelijk niet ontmoet in de bestreden beslissing. Dit klemte des te meer nu de bestreden beslissing het criterium “betere geografische spreiding” in aanmerking neemt om de vergunning te verlenen, terwijl in de adviezen daaromtrent bedenkingen werden geformuleerd.

Er wordt volgens de verzoekende partij niet voldoende gemotiveerd waarom de overbrenging tot een betere algemene geografische spreiding leidt. De bestreden beslissing had integendeel duidelijk moeten aangeven hoe *in concreto* alle relevante specifieke omstandigheden (daarin onder meer ook begrepen de jarenlange sluiting van de over te brengen apotheek, de economische leefbaarheid van de bestaande en over te brengen apotheken in Sint-Martens-Latem als noodzakelijke voorwaarde voor de beoogde adequate geneesmiddelenvoorziening) door haar *in concreto* tegenover elkaar afgewogen werden en hoe die afweging tot de conclusie van een algemeen betere geografische spreiding konden leiden. De bestreden beslissing komt aan het voorgaande in geen enkele mate tegemoet. Zij steunt zich inzake de geografische spreiding slechts op een louter theoretische berekening, waarvan de correctheid overigens zeer discutabel is.

Vervolgens herneemt de verzoekende partij de kritieken die zij reeds in haar drie eerdere middelen had doen gelden, waarin zij (tevens) een schending van de materiële motiveringsplicht ziet. Zij wordt geconfronteerd met een bestreden beslissing die naar haar aanvoelen blijkt geeft van een buiten haar perken optredend bestuur en die allerminst rechtmatig aanvoelt. Zij is daardoor niet in de mogelijkheid om de wijze waarop in de bestreden beslissing alle relevante gegevens tegenover elkaar (al dan niet) werden afgewogen op hun redelijkheid en evenredigheid te beoordelen.

Beoordeling

23. Het auditoraat besluit tot de ongegrondheid van dit middel op grond van de volgende overwegingen:

“12.1. De verzoekende partij doet in dit middel in de eerste plaats gelden dat de formele motiveringsplicht zoals die voortvloeit uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ zou zijn geschonden.

De formele motiveringswet bepaalt dat de motivering van een bestuurshandeling de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat deze motivering afdoende moet zijn, dit wil zeggen dat de motivering in recht[e] en in feite evenredig moet zijn aan het belang van de beslissing. De aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. Een motivering is afdoende wanneer deze de bestuurse redelijkerwijze in staat stelt te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens de beslissing is genomen en hij aldus met kennis van zaken desgevallend tegen deze beslissing in rechte kan optreden en wanneer zij de Raad van State in staat stelt de hem opgedragen wettigheidcontrole uit te oefenen.

De bestreden beslissing wordt, via verwijzing naar het advies van de Vestigingscommissie, wel degelijk formeel met redenen omkleed. Deze formele motivering verschaft aan de verzoekende partij voldoende duidelijkheid over de determinerende motieven waarom de verwerende partij oordeelde dat de gevraagde overbrenging een betere geografische spreiding van de apotheken tot gevolg heeft in vergelijking met de toestand voor de overbrenging. Dit volstaat in het licht van de door de verzoekende partij aangehaalde formele motiveringsplicht. Voorts gaat de formele motiveringsplicht te dezen niet zover dat ze de Vestigingscommissie en dus ook de bestreden beslissing die uitdrukkelijk naar dat advies verwijst, ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven inzake het geografische criterium nog nader te expliciteren. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de gegeven formele motivering -dat zij, zoals zij het stelt in haar toelichtende memorie, de beoordelingscriteria ‘duidelijk anders [...] invult’- maakt die motivering daarom niet onwettig.

12.2. Voorts is het zo dat de formele motiveringsplicht in hoofdte van het bestuur niet is gelijk te stellen met de grondwettelijk voorgeschreven verplichting tot motivering van jurisdictionele beslissingen. Het bestuur is, in tegenstelling tot de rechter, niet verplicht alle aangevoerde feitelijke en juridische argumenten te beantwoorden. Het volstaat dat de determinerende motieven voor het besluit worden aangeduid, wat te dezen het geval is.

Daarnaast heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat de formele motiveringsplicht niet vereist dat de verwerende partij de redenen aangeeft waarom zij zich niet aansluit bij de standpunten ingenomen door de geraadpleegde adviesinstanties voorafgaand aan de consultatie van de Vestigingscommissie.

Uit het gegeven dat een advies niet wordt bijgetreden, kan niet zonder meer worden afgeleid dat met de inhoud van dat advies bij de besluitvorming geen rekening werd gehouden. De minister is er immers niet toe gehouden alle argumenten uit een advies stuk voor stuk te weerleggen. Uit het advies van de Vestigingscommissie blijken, zoals reeds opgemerkt, de redenen waarom de vergunning toch werd verleend.

12.3. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel de kritieken herneemt

die zij reeds had doen gelden in haar drie overige middelen, maar dan ingekleed als een schending van de materiële motiveringsplicht, wordt verwezen naar het onderzoek -en de voorgestelde verwerping- van die middelen.”.

24. De verzoekende partij betwist deze conclusie in haar laatste memorie. Zij beperkt zich daarbij tot het handhaven en benadrukken van haar eigen standpunt zonder een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij benut aldus niet de gelegenheid die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

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

V. Schadevergoeding tot herstel

25. De verzoekende partij vraagt om haar “voorbehoud te verlenen om overeenkomstig artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een vordering tot schadevergoeding tot herstel te formuleren.”.

Beoordeling

26. Artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, noch de artikelen 25/1 tot en met 25/3 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (hierna: de algemene procedureregeling) voorzien in het “verlenen van een voorbehoud” wat het vorderen van een schadevergoeding tot herstel betreft.

Bovendien, aangezien te dezen bij de beoordeling van de vier aangevoerde middelen die ongegrond werden bevonden, geen onwettigheid werd vastgesteld, bestaat er geen aanleiding om een schadevergoeding tot herstel toe te kennen, nu deze, overeenkomstig het genoemde artikel 11*bis* van de

gecoördineerde wetten op de Raad van State enkel kan worden toegekend wanneer een onwettigheid wordt vastgesteld.

VI. Kosten en rechtsplegingsvergoeding

27. De verwerende partij vraagt in een procedurestuk dat zij aanduidt als “een laatste en toelichtende memorie” de verzoekende partij te veroordelen tot de betaling van “een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro”.

28. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling Bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Gelet op de eenvoud van de zaak, waarbij de verwerende partij geen memorie over de grond van de zaak heeft ingediend en pas na het opstellen van het auditoraatsverslag het administratief dossier heeft neergelegd, wordt de verschuldigde rechtsplegingsvergoeding beperkt tot het minimumbedrag van 140 euro.

29. De tussenkomende partij vraagt om de verzoekende partij “te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de basisrechtsplegingsvergoeding”.

30. Wat de kosten van het geding betreft, ten aanzien van de tussenkomende partij te begroten op het rolrecht verbonden aan haar verzoekschrift tot tussenkomst, is het zo dat een tussenkomende partij in beginsel zelf de kosten verbonden aan haar tussenkomst dient te dragen.

De tussenkomende partij zet op generlei wijze uiteen waarom dat te dezen bij uitzondering anders zou dienen te zijn.

31. De wetgever heeft de tussenkomende partijen uitdrukkelijk uitgesloten van de rechtsplegings- vergoeding. Artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt immers uitdrukkelijk dat “[d]e tussenkomende partijen niet [kunnen] worden gehouden tot de betaling van deze rechtsplegingsvergoeding of ervan genieten.”

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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 zeventwintig september 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