

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.698 van 5 juni 2019
in de zaak A. 218.275/XIV-36.895**

In zake : 1. de BVBA VIDAFAR
 2. de BVBA VERBOFAR
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Tim Deketelaere
 kantoor houdend te 3000 Leuven
 Bondgenotenlaan 155A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

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

Tussenkommende partij :

de BVBA FRAPEJA PHARMA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Perez
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 februari 2016, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van “de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid dd. 25.11.2015 (ref. 730710-1) waarbij aan de bvba Frapeja Pharma een vergunning voor de overbrenging van een voor het publiek opengestelde apotheek buiten de onmiddellijke nabijheid van 9000 Gent, Lange

Violettestraat 70 naar 9850 Vosselare-Nevele, Langemunt 95-97, wordt verleend”.

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 Frapeja Pharma heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 11 april 2016. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende en de tussenkomende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 februari 2019.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Clerx, die *loco* advocaat Tim De Ketelaere verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Joost Hoste, die *loco* advocaat Rik Depla verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Jorien Van Belle, die *loco* advocaat Peter Perez verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 14 oktober 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 Lange Violettestraat 70, 9000 Gent, naar de Langemunt 95-97, 9850 Vosselare (Nevele).

3.2. Met een brief van 13 november 2014 bevestigt het secretariaat van de Vestigingscommissie dat de aanvraag ontvankelijk werd ingediend en zal worden onderzocht.

3.3. Op 16 januari 2015 dienen vijf apothekers uit de nabijheid van de voorgestelde nieuwe vestigingsplaats waaronder de verzoekende partijen, een bezwaarschrift in bij de Vestigingscommissie.

3.4. Met brieven van 26 januari 2015 verzoekt de Vestigingscommissie de bevoegde adviesorganen om advies uit te brengen over de aanvraag tot overbrenging.

3.5. Op 12 februari 2015 respectievelijk 3 maart 2015 geven Ophaco en APB een ongunstig advies.

Op 19 maart 2015 geeft de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen een negatief advies, in essentie omdat de overbrenging volgens hem noch demografisch noch geografisch tot een betere spreiding van de apotheken zal leiden.

Op 23 maart 2015 geeft de apotheker-inspecteur van het FAGG een gunstig advies, gelet op de betere geografische en demografische spreiding van de apotheken die de overbrenging tot gevolg zal hebben.

Op 27 maart 2015 adviseert de provinciale geneeskundige commissie van Oost-Vlaanderen eveneens gunstig, gelet op de betere geografische en demografische spreiding van de apotheken die de overbrenging tot gevolg zal hebben.

3.6. Op 29 april 2015 dagvaarden vijf apothekers uit de nabijheid van de voorgestelde nieuwe vestigingsplaats waaronder de verzoekende partijen, de Belgische Staat en de tussenkomende partij om te verschijnen voor de rechtbank van eerste aanleg te Gent.

3.7. Op 6 mei 2015 dienen zes apothekers uit de nabijheid van de voorgestelde nieuwe vestigingsplaats waaronder de verzoekende partijen, een tweede bezwaarschrift in bij de Vestigingscommissie.

3.8. Op 4 juni 2015 stelt de afgevaardigde van de administrateur-generaal van het FAGG een rapport op en brengt een gunstig advies uit, verwijzend naar de betere geografische en demografische spreiding die de overbrenging tot gevolg zal hebben.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 12 juni 2015 aan de Vestigingscommissie repliceert de tussenkomende partij op de uitgebrachte adviezen en op het bezwaarschrift van de omliggende apotheken.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 5 juni 2015 wordt de tussenkomende partij uitgenodigd voor de zitting van de Vestigingscommissie op 22 juni 2015.

3.11. Op 22 juni 2015 heeft de zitting van de Vestigingscommissie plaats. De Vestigingscommissie beslist om de zaak verder te behandelen op de eerstvolgende nuttige zitting, gelet op het feit dat de burgerlijke rechtbank vonnis zal uitspreken op 22 september 2015.

3.12. Op 21 september 2015 verwerpt de rechtbank van eerste aanleg te Gent de vordering bij gebrek aan rechtsmacht.

3.13. Op 12 oktober 2015 heeft een nieuwe zitting van de Vestigingscommissie plaats. De Vestigingscommissie brengt diezelfde dag een gunstig advies uit voor de overbrenging. Het advies luidt:

“[...]

NOPENS DE GEGEVENS VAN DE AANVRAAG

De overbrenging gebeurt van de stad Gent naar de aangrenzende gemeente Nevele (deelgemeente Vosselare).

In de huidige situatie liggen volgens landmetersattest en bevestigd door de inspecteur 10 apotheken binnen een afstand van 1 km (de dichtste op 100 meter).

Op de geplande vestigingsplaats liggen de dichtste apotheek op 1,3 km (via voetbrug 850 meter), de volgende op 1,6 km, 2,8 km en 3,7 km.

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 gemeenten 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 adviezen van de inspecteur en de PGC zijn gunstig, OPHACO adviseert ongunstig zonder verdere motivatie. APB adviseert ongunstig alhoewel voldaan is aan de wetgeving, ook de gouverneur adviseert ongunstig omdat er volgens hem geen betere geografische noch betere demografische spreiding is. Ook de omliggende apothekers en hun raadsman Mtr. De Ketelaere zijn van mening dat er geen betere geografische noch betere demografische spreiding is.

Uit de gegevens blijkt echter dat er een duidelijke geografische verbetering is. In de huidige situatie liggen volgens landmetersattest en bevestigd door de inspecteur 10 apotheken binnen een afstand van 1 km (de dichtste op 100 meter).

Op de geplande vestigingsplaats liggen de dichtste apotheek op 1,3 km (via voetbrug 850 meter), de volgende op 1,6 km, 2,8 km en 3,7 km.

De bevolking binnen de invloedssfeer (bepaald op basis van de halve afstanden) neemt toe van 582 inwoners tot 1571 inwoners. De Commissie ziet geen reden om de gebruikelijke wijze van bepaling van de invloedssfeer op basis van de halve afstanden niet toe te passen.

Artikel 1, §5bis, 3), behelst een relatief criterium in het algemeen belang waarbij de huidige toestand wordt afgezet tegen de toekomstige. In een toekomstige situatie is het onvermijdelijk dat de spreiding van sommige apotheken minder gunstig zal zijn. De algemene spreiding zal door onderhavige overbrenging evenwel zowel geografisch als demografisch verbeteren. Door de overbrenging zal de overconcentratie aan apotheken in Gent verminderen.

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°.

[...]”.

3.14. Op 29 oktober 2015 stellen de vijf apothekers uit de nabijheid van de voorgestelde nieuwe vestigingsplaats waaronder de verzoekende partijen, beroep in tegen het vonnis van 21 september 2015 van de rechtbank van eerste aanleg te Gent.

3.15. Op 25 november 2015 beslist de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid om zich bij de motivering van het advies van de Vestigingscommissie aan te sluiten en de door de tussenkomende partij aangevraagde overbrengingsvergunning te verlenen. In de beslissing wordt vermeld dat het advies van de Vestigingscommissie dat als bijlage wordt gevoegd, er integraal deel van uitmaakt.

Dit is de bestreden beslissing.

3.16. Op 9 december 2015 dienen vijf apothekers uit de nabijheid van de voorgestelde nieuwe vestigingsplaats waaronder de verzoekende partijen, aanvullende bezwaren in bij de Vestigingscommissie.

3.17. Op 28 april 2016 bevestigt het Hof van Beroep te Gent het vonnis van 21 september 2015 van de rechtbank van eerste aanleg te Gent.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partijen voeren in het eerste middel van hun verzoekschrift de schending aan van “artikel 4, §3 van KB nr. 78 van 10.11.1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, artikelen 1, §5bis, 3°, 12, 16, van het KB van 25.09.1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken, artikel 159 GW”. In dit middel wijzen de verzoekende partijen op wat zij noemen “talrijke juridische problemen t.a.v. de samenstelling van de vestigingscommissie en de wijze

waarop haar advies is tot stand gekomen”. Deze hebben tot gevolg dat “[a]lle door de vestigingscommissie gestelde handelingen en adviezen [...] onwettig zijn; minstens kan men er geen rekening mee houden.” Gelet op het feit dat het advies van de Vestigingscommissie integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, is de bestreden beslissing eveneens behept met dezelfde onwettigheden, aldus de verzoekende partijen.

In een eerste grief doen de verzoekende partijen gelden dat de Vestigingscommissie onwettig zou zijn samengesteld. De leden van de Vestigingscommissie worden benoemd voor een termijn van zes jaar, die verstreken is op 30 september 2014 zodat op datum van de aanvraag van de bvba Frapeja Pharma (17 oktober 2014) die mandaten waren vervallen. Bij koninklijk besluit van 13 oktober 2015 worden de leden van de Vestigingscommissie opnieuw benoemd voor een termijn van zes jaar, met ingang van 1 oktober 2015. Dit koninklijk besluit dekt aldus niet de periode van 30 september 2014 tot en met 30 september 2015. In die periode hebben de leden van de Vestigingscommissie volgens de verzoekende partijen “talrijke essentiële handelingen gesteld t.a.v. de aanvraag van de [tussenkomen partij]”, deze handelingen konden zij niet rechtsgeldig stellen. Bovendien is het koninklijk besluit van 13 oktober 2015 onwettig, aangezien het retroactief de leden van een op dat ogenblik onwettig samengestelde Vestigingscommissie herbenoemt.

In een tweede grief doen de verzoekende partijen gelden dat de procedure voor de Vestigingscommissie in principe schriftelijk is en dat de Vestigingscommissie “op foutieve wijze [...] hoorzittingen [heeft] georganiseerd” doordat zij de aanvrager heeft gehoord, zonder dat de aanvrager daarom heeft verzocht. Hetzelfde geldt wat betreft de apotheker-inspecteur, ook zij werd gehoord door de Vestigingscommissie zonder dat zij daarom had verzocht in haar advies.

In een derde grief, tot slot, doen de verzoekende partijen gelden dat het advies van 12 oktober 2015 van de Vestigingscommissie niet werd

uitgebracht binnen de opgelegde termijn van 60 dagen vanaf de dag van de zitting die plaats vond op 22 juni 2015. “Ondergeschikt”, moet volgens de verzoekende partijen worden vastgesteld dat de Vestigingscommissie een uitstel van zes maanden heeft verleend zonder dat de aanvrager daartoe een verzoek heeft geformuleerd. Er blijkt dat de Vestigingscommissie aanvullende onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en dat de zitting daarom uitgesteld moest worden. Bovendien kan de Vestigingscommissie de behandeling van de aanvraag slechts uitstellen op vaste datum, terwijl zij de verdere behandeling van de aanvraag *sine die* uitstelde. De verwerende partij mocht dan ook geen rekening houden met het op 12 oktober 2015 te laat uitgebrachte advies van de Vestigingscommissie.

In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat een onregelmatigheid van het advies van de Vestigingscommissie automatisch en rechtstreeks de onregelmatigheid van de bestreden beslissing tot gevolg heeft. Wat betreft de grief inzake de onwettige samenstelling van de Vestigingscommissie wijzen de verzoekende partijen erop dat het niet relevant is dat zij geen annulatieberoep hebben ingesteld tegen het benoemingsbesluit. Volgens hen dienden zij nooit het benoemingsbesluit aan te vechten “aangezien ze er toch vanuit kunnen gaan dat de benoemden de beperkte geldigheidsduur van hun mandaat zouden respecteren; *quod non* blijktbaar”. Voorts wijzen zij erop dat de verwerende partij en de tussenkomende partij erkennen dat er een periode bestaat van een jaar die niet gedekt is door een koninklijk besluit. De theorie van de feitelijke of noodambtenaar kan te dezen niet dienstig worden ingeroepen volgens de verzoekende partijen: op die theorie kan slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep worden gedaan, die gevallen doen zich te dezen niet voor. De retroactieve benoeming van de leden van de Vestigingscommissie door het koninklijk besluit van 13 oktober 2015 heeft volgens de verzoekende partijen niets te maken met de goede werking van het bestuur maar enkel met het trachten recht te zetten van een bepaalde onwettige situatie omwille van de nalatigheid zelf van het betrokken bestuur. Wat betreft de grief inzake de organisatie van de hoorzittingen beklemtonen de verzoekende

partijen dat de procedure voor de Vestigingscommissie wel degelijk in beginsel als een schriftelijke procedure dient te worden aanzien. Bij gebrek aan een uitdrukkelijk verzoek van de betrokken persoon, dient de Vestigingscommissie geen hoorzitting te organiseren. In tegenstelling tot het standpunt van de verwerende partij wordt aan de hoorplicht voldaan indien de aanvrager op nuttige wijze voor haar standpunt heeft kunnen opkomen. Het persé organiseren van een hoorzitting hoort hier niet bij. Het is onjuist van de tussenkomende partij om te beweren dat zij gekozen heeft om “zowel schriftelijk als mondeling gehoord te worden”. Het melden van de tussenkomst van een raadsman in de procedure kan niet als een verzoek om gehoord te worden worden beschouwd, zo besluiten de verzoekende partijen. Wat de grief betreft inzake de termijn waarbinnen het advies van de Vestigingscommissie werd uitgebracht, doen de verzoekende partijen tot slot nog gelden dat de tussenkomende partij moedwillig geen rekening houdt met de zitting van 22 juni 2015.

In hun laatste memorie beperken de verzoekende partijen er zich toe “te volharden in hun twee middelen van de procedure, om de voortzetting van de procedure [te verzoeken] en het vaststellingsbericht af [te wachten].”

Beoordeling

5. De exceptie van de verwerende partij waar die stelt dat het eerste middel niet ontvankelijk is bij gebrek aan klare adstructie wat de schending van artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit betreft, wordt bijgetreden. Er worden geen grieven aangevoerd of uiteengezet in relatie tot de genoemde reglementaire bepaling.

6. Wat de grief inzake de onwettige samenstelling van de Vestigingscommissie betreft, dient te worden vastgesteld dat de leden van de Vestigingscommissie die het advies op 12 oktober 2015 hebben verleend, initieel benoemd bij koninklijk besluit van 19 september 2008, in hun mandaten werden

herbenoemd met ingang van 1 oktober 2015 door een koninklijk besluit van 13 oktober 2015. Het herbenoemingsbesluit van 13 oktober 2015 zou volgens de verzoekende partijen onwettig zijn omdat het terugwerkt tot 1 oktober 2015.

Wat dit laatste punt betreft, dient te worden vastgesteld dat, in zoverre het herbenoemingsbesluit onwettig zou zijn omwille van niet-verantwoorde retroactiviteit en daarom buiten toepassing zou moeten worden gelaten, er geen beroep tegen werd ingesteld om de vernietiging ervan te benaarslijken en derhalve definitief is geworden. Het betrokken benoemingsbesluit dat een individuele rechtsverlenende bestuurshandeling is die op zichzelf staat en definitief is geworden, kan niet worden beschouwd als een voorbereidende handeling van de bestreden overbrengingsbeslissing zodat de onregelmatigheid ervan niet in het kader van het voorliggende annulatieberoep kan worden ingeroepen.

7. Wat de overige door de verzoekende partijen in hun eerste middel uiteengezette grieven betreft, wordt in het auditorsverslag besloten tot de niet-ontvankelijkheid ervan bij gebrek aan belang respectievelijk de ongegrondheid ervan, op grond van de volgende overwegingen:

“[...]”

6.3. Wat betreft de grief inzake de organisatie van de hoorzittingen dient te worden vastgesteld dat niet blijkt -en het Auditoraat ook niet inziet- hoe, zelfs als het al om onregelmatigheden zou gaan, deze een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, deze de verzoekende partijen een waarborg hebben ontnomen of de bevoegdheid van de steller van de handeling zouden beïnvloeden. Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen geen belang in de zin van artikel 14, § 1, tweede lid, RvS-wet hebben bij deze grief.

6.4. Wat betreft de grief inzake de termijn waarbinnen het advies van de Vestigingscommissie werd uitgebracht, dient te worden vastgesteld dat het advies werd uitgebracht op 12 oktober 2015, dit nadat de Vestigingscommissie op diezelfde dag zitting had gehouden over de aanvraag van de tussenkomende partij. Aldus blijkt het advies ruimschoots binnen de reglementaire termijn van 60 dagen na de zitting te zijn uitgebracht.

Waar de verzoekende partijen doen gelden dat de eerste zitting van de Vestigingscommissie van 22 juni 2015 als uitgangspunt zou moeten worden gehanteerd voor de berekening van de voornoemde zestigdagentermijn, miskennen zij de mogelijkheid waarover de Vestigingscommissie beschikt overeenkomstig artikel 12, derde lid, van het Vestigingsbesluit, om de zitting uit te stellen met

maximum zes maanden. Op de eerste zitting van 22 juni 2015 werd inderdaad beslist om de zitting uit te stellen. De tweede zitting op 12 oktober 2015 werd ruimschoots binnen een termijn van zes maanden na 22 juni 2015 gehouden.

Voorts kan het verwijt dat de Vestigingscommissie de zitting op 22 juni 2015 heeft uitgesteld naar een latere datum niet worden aanvaard. Zoals de verwerende partij en de tussenkomenende partij terecht doen gelden, blijkt dat uitstel immers net te zijn ingegeven door de procedure bij de rechtbank van eerste aanleg die de verzoekende partijen hadden ingesteld en die er onder meer toe strekte rechtstreeks in te grijpen in het verloop van de vergunningsprocedure bij de Vestigingscommissie en de minister. In dat licht lijkt het niet onwettig, onzorgvuldig of onredelijk dat de Vestigingscommissie besliste om een beperkt uitstel in acht te nemen en het vonnis van de rechtbank af te wachten, vooraleer haar advies uit te brengen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen doen gelden, blijkt het Vestigingsbesluit niet te bepalen dat de Vestigingscommissie de zaak enkel op vaste datum kan uitstellen. Zolang de Vestigingscommissie de maximumtermijn van zes maanden uitstel in acht neemt, lijkt een uitstel zonder vaste datum in tegendeel geheel aanvaardbaar. Waar de verzoekende partijen het feit laken dat de Vestigingscommissie *proprio motu* zou hebben beslist om de zaak uit te stellen en dit niet op verzoek van de aanvrager heeft gedaan, dient te worden vastgesteld dat niet blijkt hoe, indien het al om een onregelmatigheid zou gaan, deze een invloed kon uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, deze de verzoekende partijen een waarborg zou hebben ontnomen of de bevoegdheid van de steller van de handeling zou beïnvloeden.

Er blijkt dan ook niet dat het advies van de Vestigingscommissie op 12 oktober 2015 te laat werd uitgebracht. Dit nog daargelaten de vaststelling dat het Vestigingsbesluit geen sanctie verbindt aan een eventueel niet-naleven van de termijn van zestig dagen bepaald in zijn artikel 12, eerste lid, zodat het om een termijn van orde lijkt te gaan, waarvan het verstrijken aldus in beginsel de Vestigingscommissie niet haar adviesbevoegdheid ontnemt. Dit lijkt des te meer te gelden nu uit artikel 4, § 3, 2°, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ (thans artikel 11, eerste lid, van de gecoördineerde wet van 10 mei 2015 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’) volgt dat de minister van Volksgezondheid enkel kan beslissen na advies van de Vestigingscommissie en niet aan het inwinnen van dat advies mag voorbijgaan.

6.5. Geen enkele van de grieven aangevoerd in het eerste middel dient te worden aanvaard. Het eerste middel dient dan ook te worden verworpen.”

8. De verzoekende partijen betwisten deze conclusies niet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, hebben de verzoekende partijen immers niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij verzuimt immers om op de bespreking van het middel in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren en beperkt zich ter zake tot “te volharden” in het middel.

De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien en valt de in het auditoraatsverslag uiteengezette bevindingen bij.

9. Het eerste middel kan in zijn geheel niet tot vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partijen voeren in het tweede middel van hun verzoekschrift de schending aan van “artikel 4, § 3 van KB nr. 78 van 10.11.1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen en artikel 1, §5bis, 3° van het KB van 25.09.1974 betreffende de opening, de overbrenging en de fusie van voor het publiek opengestelde apotheken, artikelen 2 en 3 van de Wet van 29.07.1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het gelijkheids-, zorgvuldigheids-, het rechtszekerheids-, het evenredigheids- en het redelijkheidsbeginsel.”

In een eerste middelonderdeel doen de verzoekende partijen gelden dat artikel 1, § 5bis, van het Vestigingsbesluit enkel bepaalt dat een overbrenging “kan” worden toegestaan in de in die bepaling genoemde omstandigheden. In die omstandigheden “kan” de minister op grond van de genoemde bepaling “een afwijking toekennen op het maximum aantal apotheken dat de Koning in het licht van de ‘behoorlijke spreiding’ in artikel 1, § 2, van het Vestigingsbesluit heeft vastgesteld.” De verwerende partij moet haar beslissing evenwel afdoende en uitdrukkelijk motiveren. Aan die motiveringsplicht wordt volgens de verzoekende partijen niet voldaan door louter vast te stellen dat voldaan is aan de criteria van artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit. Volgens hen moet de minister bijkomend motiveren waarom zij, in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak, van oordeel was dat de overbrenging kon worden toegestaan. Die motiveringsplicht diende hier “eens zo strikt te

worden toegepast nu de gouverneur op grond van een concrete beoordeling tot het besluit is gekomen dat de geografische en demografische verbetering in Gent niet opweegt tegen de geografische en demografische verslechtering in Nevele.”

In een tweede middelonderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de aanvraag niet voldoet aan artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit omdat er te dezen geen sprake is van een overbrenging van een apotheek, maar wel van een sluiting van een apotheek gevolgd door de vestiging van een nieuwe apotheek, gelet op de afstand tussen de oude vestigingsplaats en de nieuwe vestigingsplaats die “maar liefst 19,023 km (verplaatsing met de wagen en 15,143 km (te voet)” bedraagt. In die omstandigheden zal de aanvrager nooit bij machte zijn om enig deel van het bestaande cliënteel uit het stadscentrum mee over te nemen naar Nevele (Vosselare).” Er zal zelfs geen minieme overlapping zijn tussen het bestaand cliënteel en het nieuwe cliënteel, zodat er geen sprake is van een overbrenging. Minstens heeft de minister dit niet onderzocht, terwijl dit punt toch ter discussie werd gesteld in het bezwaarschrift van de verzoekende partijen.

Vervolgens halen de verzoekende partijen “[t]en overvloede” nog aan dat onmiddellijk na de overname van de apotheek door de bvba Frapeja Pharma en het indienen van de aanvraag tot overbrenging er geen uitbating meer was op de oorspronkelijke vestigingsplaats te Gent. Zij stellen dat “[d]e overlaters van de apotheek aan de aanvrager immers onmiddellijk verbouwingswerken [hebben] aangevat in het kader van de uitvoering van de stedenbouwkundige vergunning van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent dd. 16.04.2015 inzake het creëren van een meergezinswoning (ref. 2014/935).” Ook op de nieuwe vestigingsplaats te Nevele is er sinds de overname, laat staan sinds de afgifte van de bestreden beslissing, sprake van enige uitbating. Slechts bij besluit van 15 oktober 2015 verleende de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen “een stedenbouwkundige vergunning aan de bvba Aprivo (n.v.d.r. de andere vennootschap van de zaakvoerder van de aanvrager) tot het ‘slopen bestaande bebouwing, behouden bestaande voorgevel, bouwen apotheek

met woonst', gelegen te 9850 Nevele (Vosselare), Langemunt 95-97 (Ref. R02/33-15/B.41-416 - dossiernr. 1505409). Tot op heden zijn deze nieuwbouwwerken nog altijd niet aangevat, laat staan voltooid."

In een derde middelonderdeel zetten de verzoekende partijen uiteen dat, hoewel de bestreden beslissing steunt op de verbeterde geografische spreiding na de overbrenging, de Vestigingscommissie geen vergelijking heeft gemaakt van de gevolgen van de overbrenging op de geografische spreiding in beide vestigingsplaatsen (Gent en Nevele). Minstens heeft de Vestigingscommissie de gevolgen in Nevele niet beoordeeld ondanks de voorafgaand uitgebrachte adviezen die negatief waren of positief doch "met danige kanttekeningen". "Ondergeschikt", dient volgens de verzoekende partijen te worden vastgesteld dat het marginaal voordeel inzake betere geografische spreiding in Gent niet opweegt tegen de verregaande implicaties in Nevele.

Wat de vergelijking inzake de gevolgen van de overbrenging op de geografische spreiding in beide vestigingsplaatsen betreft, dient volgens de verzoekende partijen "op macro-schaal (stad/gemeente)" te worden vastgesteld dat de stad Gent op 1 januari 2015 251.798 inwoners telde zodat er in deze stad maximaal 84 à 101 apotheken zijn toegelaten (1 per 2.500 dan wel 3.000 inwoners). In realiteit zijn er 161 apotheken in Gent. De gemeente Nevele telde op diezelfde datum 12.033 inwoners zodat er in deze stad maximaal 4 à 5 apotheken zijn toegelaten (1 per 2.500 dan wel 3.000 inwoners). In realiteit zijn er (reeds) 5 apotheken te Nevele. Los van de talrijke inwoners in Gent, zijn er "in de universiteitsstad talrijke (kot)studenten, alsook een omvangrijk aantal passanten". De stad Gent, *a fortiori* de (oude) vestigingsplaats, heeft talrijke scholen, de universiteit Gent, talrijke openbare gebouwen, hotels en het shoppingcenter 'Het Zuid'. Tevens is er een goede ontsluiting door de aanwezigheid van het belangrijke knooppunt van De Lijn (Gent Zuid), het Woodrow Wilsonplein, talrijke parkeergarages (Gent-Zuid) en de vlot toegankelijke straten, lanen en pleinen. De theoretische overconcentratie van apotheken in deze stedelijke context stelt geen problemen in de praktijk omdat

aan de vraag kan worden voldaan en er zodoende een “zeer grote adequate, doeltreffende en regelmatige geneesmiddelenvoorziening is”. De apotheken in Nevele kunnen hoogstens geneesmiddelen afleveren aan de plaatselijke inwoners. De feitelijke context is danig anders. De vermindering van één apotheek te Gent impliceert volgens de verzoekende partijen een “verwaarloosbare” verbetering van de geografische spreiding aldaar met 0,63%. De toename van één apotheek (zijnde van 5 naar 6) betekent daarentegen een significante verslechtering van de geografische spreiding met 20,78% à 24,93% in de gemeente Nevele. Op “micro-schaal (stad/gemeente)” dient volgens hen te worden vastgesteld dat binnen een straal van 1 km op wandelafstand van de (oude) vestigingsplaats, 10 apotheken zijn gelegen. Binnen een straal van 500 m bevinden er zich 6 apotheken. Binnen een straal van 1 km op wandelafstand van de nieuwe vestigingsplaats, zijn (na overbrenging) 2 apotheken gelegen. De vermindering van één apotheek in de Stad Gent impliceert aldus “een te verwaarloosbare verbetering van de geografische spreiding” - binnen een straal van 500 m - van 17% in de stad Gent. Op 1 km heeft dit slechts een verbetering van 10% tot gevolg. De toename van één apotheek (zijnde van 5 naar 6) betekent daarentegen “een significante verslechtering van de geografische spreiding - binnen een straal van 500 m - met 50% in de gemeente Nevele. Op 1 km is er nog altijd sprake van een verslechtering met 33%. In de lijn van het gedetailleerd negatief advies van de gouverneur dient er zodoende geconcludeerd te worden dat “de lichte verbetering van de geografische spreiding in Gent niet opweegt tegen de uitgesproken verslechtering in Nevele. Dit betekent in het algemeen dus geen betere geografische spreiding.” Wanneer in de loop van de administratieve procedure een ernstige betwisting wordt gevoerd omtrent de zogenaamde betere geografische spreiding dient de verwerende partij deze betwisting met de nodige zorgvuldigheid te onderzoeken waarbij op haar een “verstrengde” zorgvuldigheidsplicht rust. De verwerende partij noch de vestigingscommissie is op de gevoerde betwisting of gemaakte kantmeldingen ingegaan.

In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen nog, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat er wel

degelijk dient te worden geantwoord op een goed onderbouwd (negatief) advies van de gouverneur, *a fortiori* wanneer daarin gebruik wordt gemaakt van een andere beoordelingsmethode. Wat het tweede en derde middelonderdeel betreft beperken de verzoekende partijen zich ertoe de uiteenzettingen in hun verzoekschrift te hernemen.

Beoordeling

11. Het auditoraat besluit, in zoverre het ontvankelijk is, tot de ongegrondheid van dit middel op grond van de volgende overwegingen:

“8.1. Met de verwerende partij dient te worden vastgesteld dat het tweede middel niet ontvankelijk is bij gebrek aan klare adstructie, wat betreft de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

8.2. De aanvraag tot het verkrijgen van een overbrengingsvergunning werd te dezen ingediend op grond van artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit. Deze paragraaf luidt in zijn geheel als volgt:

‘§ 5bis. De overbrenging van een bestaande apotheek kan worden toegestaan:

1° indien is voldaan aan de bepalingen van § 2 of § 3bis, 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 plaatsvindt in dezelfde gemeente, of in een aangrenzende gemeente, voor zover deze overbrenging 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.’

8.3. Wat het eerste middelonderdeel betreft dient te worden vastgesteld dat, anders dan de verzoekende partijen doen gelden, het feit dat voldaan is aan de criteria bepaald door artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit, wel degelijk inhoudt dat de minister de gevraagde overbrengingsvergunning mag verlenen. Voorts motiveert de minister haar beslissing tot het toestaan van de overbrengingsvergunning in beginsel wel degelijk afdoende door uiteen te zetten waarom volgens haar te dezen voldaan is aan de voornoemde reglementaire criteria. Het standpunt van de verzoekende partijen leidt ertoe dat de minister op eigen houtje beoordelingscriteria zou toevoegen aan het Vestigingsbesluit, wat niet tot haar bevoegdheid behoort.

Wat betreft de grief dat er onvoldoende rekening werd gehouden met het advies van de provinciegouverneur, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt 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' vereist dat de motivering van een bestuurshandeling de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat deze motivering afdoende is, dit wil zeggen dat de motivering in recht 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 bestuurde 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 partijen 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. Er wordt, anders dan de verzoekende partijen doen gelden, in het advies van de Vestigingscommissie wel degelijk geantwoord op het negatieve advies van de provinciegouverneur. 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 nog nader te expliciteren. [...] De enkele omstandigheid dat de verzoekende partijen zich niet kunnen vinden in de gegeven formele motivering, maakt die motivering daarom niet onwettig.

Voorts is het zo dat de formele motiveringsplicht in hoofde 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. [...] Waar het middel van een andere opvatting uitgaat, faalt het dan ook in rechte.

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

Het eerste middelonderdeel dient te worden verworpen.

8.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft mist het middel kennelijk feitelijke grondslag. De bestreden beslissing betreft wel degelijk een vergunning tot overbrenging van een apotheek en niet een vergunning tot sluiting van een oude apotheek en de opening van een nieuwe officina. Het gaat bovendien wel degelijk om een overbrenging tussen twee aangrenzende gemeenten (Gent en Nevele). Artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit vereist niet dat de minister, noch de Vestigingscommissie, rekening houden met de afstand van de overbrenging in kilometers, noch met een overlap in oud en nieuw cliënteel, als criteria ter beoordeling van de aangevraagde overbrengingsvergunning.

Het feitelijke betoog dat de verzoekende partijen nog doen gelden onder het

tweede middelonderdeel - inzake het gebruik van de vergunning en het gebrek aan exploitatie te Gent en Nevele - dient te worden verworpen als een louter feitelijke *post factum* argumentatie, die niet van aard is de wettigheid van de bestreden beslissing te kunnen aantasten.

Het tweede middelonderdeel dient te worden verworpen.

8.4. Wat het derde middelonderdeel betreft dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat uit het advies van de Vestigingscommissie blijkt dat de thans bestreden overbrengingsvergunning wordt verleend omwille van de verbeterde geografische spreiding van de apotheken na de overbrenging.

Overeenkomstig artikel 1, § 5bis, 3°, van het Vestigingsbesluit kan de overbrenging van een bestaande apotheek 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 volstaat aldus dat voldaan is aan één van beide criteria, voornoemd artikel 1, § 5bis, 3°, vereist niet dat de overbrenging van een bestaande apotheek tegelijk leidt tot een betere geografische én demografische spreiding. Aangezien die verbetering gericht is op de doeltreffende aflevering van de geneesmiddelen aan de bevolking, kan zij in voorkomend geval enkel verband houden met het geografisch 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. [...]

In dat licht dient de verbetering van de demografische spreiding waarnaar wordt verwezen in het advies van de Vestigingscommissie te worden aangemerkt als een overtuigend motief.

In de mate dat de verzoekende partijen in het derde middelonderdeel een kritiek voeren gericht tegen het aspect demografische spreiding, betreft het aldus een kritiek die niet-ontvankelijk is bij gebrek aan belang. In zoverre de verzoekende partijen hun kritiek richten tegen het aspect geografische spreiding, doch zich daarbij uiteindelijk beroepen op een demografische argumentatie betrokken op inwoneraantallen van Gent en Nevele, dient hetzelfde te worden opgemerkt.

Voorts dient te worden opgemerkt dat het middelonderdeel kennelijk feitelijke grondslag mist waar de verzoekende partijen doen gelden dat de Vestigingscommissie geen vergelijking zou hebben gemaakt van de gevolgen van de overbrenging op de geografische spreiding in beide vestigingsplaatsen (Gent en Nevele) of minstens de gevolgen in Nevele niet heeft beoordeeld. Uit het advies van de Vestigingscommissie blijkt integendeel dat dit wel is gebeurd.

Waar de verzoekende partijen hun kritiek op het geografisch aspect steunen op het negatieve advies van de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen, kan in de eerste plaats worden verwezen naar wat daaromtrent reeds werd opgemerkt bij het onderzoek van het eerste middel. Voorts dient te worden vastgesteld dat in het advies van de Vestigingscommissie als volgt wordt gereageerd op het negatieve advies van de provinciegouverneur en op de bezwaren van de verzoekende partijen inzake de verslechtering van de geografische spreiding door de overbrenging:

‘De adviezen van de inspecteur en de PGC zijn gunstig, OPHACO adviseert ongunstig zonder verdere motivatie. APB adviseert ongunstig alhoewel voldaan is aan de wetgeving, ook de gouverneur adviseert ongunstig omdat er volgens hem geen betere geografische noch betere demografische spreiding is. Ook de omliggende apothekers en hun raadsman Mtr. De Ketelaere zijn van mening dat er geen betere geografische noch betere demografische spreiding is.

Uit de gegevens blijkt echter dat er een duidelijke geografische verbetering is. In de huidige situatie liggen volgens landmetersattest en bevestigd door de inspecteur 10 apotheken binnen een afstand van 1 km (de dichtste op

100 meter).

Op de geplande vestigingsplaats liggen de dichtste apotheek op 1,3 km (via voetbrug 850 meter), de volgende op 1,6 km, 2,8 km en 3,7 km.’

Waar de verzoekende partijen doen gelden dat de toename van apotheken te Nevele een “significante verslechtering” van de geografische spreiding zou betekenen, blijkt het te gaan om een louter meningsverschil met de overheid, die daarentegen kennelijk van oordeel was dat er te dezen sprake is van een verbetering van de geografische spreiding. Er blijkt niet dat dit standpunt van de overheid als onwettig, onzorgvuldig of onredelijk dient te worden aangemerkt. Voorts mist de kritiek kennelijk feitelijke grondslag waar deze er van uit gaat dat er een toename zou zijn van vijf naar zes apotheken te Nevele binnen een straal van 500 meter. Er blijkt noch uit de bestreden beslissing, noch uit het advies van de Vestigingscommissie, noch uit het administratief dossier, dat zulks het geval zou zijn.

Het derde middelonderdeel dient te worden verworpen.”

12. De verzoekende partijen betwisten deze conclusie niet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, hebben de verzoekende partijen immers niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij heeft er zich in haar laatste memorie toe beperkt in het tweede middel te volharden zonder op de bespreking van het middel in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren.

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 tweede middel ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 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 vijf juni tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques