RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 119.657 van 22 mei 2003
in de zaak A. 129.082/VII-28.335.

In zake : 1. de c.v.b.a. M.M.-PHARMA,
2. Martine RENS,
3. Michel MOOCK,
die woonplaats kiezen bij
advocaat D. SOCQUET,
kantoor houdende te TERVUREN-DUISBURG,
Merenstraat 28

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van consumentenzaken, volksgezondheid en leefmilieu,
die woonplaats kiest bij
advocaat R. DEPLA,
kantoor houdende te BRUGGE-SINT-KRUIS,
Karel Van Manderstraat 123.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de c.v.b.a. M.M.-PHARMA, Martine RENS en Michel MOOCK op 8 november 2002 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van het koninklijk besluit van 22 augustus 2002 tot wijziging van het koninklijk besluit van 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten (Belgisch Staatsblad van 14 september 2002);

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 27 februari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 april 2003;

Gehoord het verslag van Staatsraad R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. SOCQUET, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat J. HOSTE die, loco advocaat R. DEPLA verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat door het bestreden koninklijk besluit een wijziging wordt aangebracht in het koninklijk besluit van 31 mei 1885 houdende de goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten; dat deze wijziging er o.m. toe strekt dat in het koninklijk besluit van 31 mei 1885 opnieuw een artikel 26quater wordt ingevoegd waarvan de eerste paragraaf luidt :

> "In het kader van de vaccinatiecampagnes voor de werknemers van een onderneming of van elke andere werkplaats, uitgevoerd krachtens de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en haar uitvoeringsbesluiten, met het oog op het voorkomen van besmettelijke ziekten, mag de apotheker vaccins afleveren aan de geneesheer-directeur van de afdeling, belast met het medisch toezicht, van een externe of interne dienst voor preventie en bescherming op het werk of aan zijn gemachtigde.
>
> Dit mandaat wordt vastgelegd voor een maximale duur van één jaar; het is onbezoldigd, opzegbaar en hernieuwbaar.
>
> Het is evenwel aan de apotheker verboden geneesmiddelen af te leveren in dergelijke omstandigheden, indien de externe of interne dienst voor preventie en bescherming op het werk, zich niet bevindt in de gemeente waar de apotheek is gevestigd, of in een aangrenzende gemeente ervan";

dat de verzoekende partijen zich gegriefd voelen door het tweede lid van de hierboven geciteerde bepaling, nu het hen op grond daarvan niet toegelaten is geneesmiddelen af te leveren aan ondernemingen wier interne of externe dienst voor de preventie en bescherming op het werk zich niet in Brussel of een aangrenzende gemeente bevindt;

Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de vordering niet ontvankelijk is; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over de opgeworpen excepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zich slechts zouden opdringen indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor schorsing vervuld zijn;

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen aanvoeren :

> "Uit hetgeen hierboven reeds werd uiteengezet moge duidelijk blijken dat het de verzoekende partijen thans niet meer mogelijk is om nog verder vaccins te leveren aan bedrijven dewelke weliswaar gevestigd zijn binnen haar gemeente of in de aangrenzende gemeenten, doch waarvan de dienst voor preventie en bescherming op het werk niet gevestigd is binnen de gemeente of aangrenzende gemeenten waar de verzoekende partij gevestigd is.
>
> Door het invoeren van deze arbitraire verdeelsleutel is het de verzoekende partijen vooreerst niet meer mogelijk om haar bestaande cliënteel van bedrijven, waarvan de desbetreffende dienst gevestigd is buiten het werkingsveld, verder te bevoorraden.
>
> Dit heeft uiteraard een aanzienlijk omzetverlies tot gevolg. Daarenboven werden er reeds afspraken gemaakt met deze bedrijven, afspraken die verzoekers niet meer zullen kunnen honoreren.
>
> Feit is inderdaad dat door de invoering van het bestreden K.B. verzoekers worden verplicht om samenwerkingscontracten met bedrijven abrupt af te breken zodat een moeilijk te herstellen nadeel ontstaat, aangezien zij de vertrouwensrelatie, die in de voorbij(e) jaren werd opgebouwd met de diverse bedrijven door de bestreden bepaling niet kunnen verderzetten.
>
> Vervolgens, en minstens even belangrijk, is het verlies van de mogelijkheid om naar de toekomst toe nog vaccins te kunnen leveren aan bedrijven die aangesloten zijn bij een dienst voor preventie en bescherming op het werk die is gevestigd buiten de toegelaten gemeenten.
>
> Dit houdt een onmiddellijk en niet onaanzienlijk verlies van potentiële grote klanten in. Immers, ingevolge de levering van vaccins aan bedrijven kunnen verzoekers mogelijks een paar duizend vaccins in één keer verkopen. Het wegnemen van deze mogelijkheid houdt in dat verzoekers uiteraard deze vooropgestelde verkoop nooit zullen realiseren met de verkoop aan particulieren.

Ook de overnamewaarde van de apotheek is uiteraard van groot belang voor verzoekers, temeer gelet op de reeds bestaande vestigingsbeperkingen voor apotheken.

Het is evident dat het ontnemen van de mogelijkheid om vaccins te leveren aan bedrijven die in Brussel of de aangrenzende gemeenten zijn gevestigd doch beroep doen op een dienst voor preventie en bescherming op het werk die gevestigd is buiten de gemeente of aangrenzende gemeenten, de waarde van de apotheek aanzienlijk vermindert met als gevolg dat ook de overnamewaarde aanzienlijk zal dalen.

Een apotheker die 'het geluk heeft' dat voormelde dienst wél binnen zijn gemeente is gevestigd kan dan wél leveren in grote aantallen en kan aldus minstens een zelfde omzet halen door veel minder werk en dit enkel omdat het bestreden besluit een arbitraire regeling invoert.

Wat dit betreft weze opgemerkt dat het verliezen van de mogelijkheid om aan voormelde bedrijven in de toekomst vaccins te kunnen leveren, op zich reeds een ernstig nadeel uitmaakt dat uiteraard niet zal kunnen worden hersteld middels de tussenkomst van een vernietigingsarrest. Immers, deze bedrijven zullen ondertussen hun contracten hebben afgesloten met andere apothekers.

Dat het nadeel dat de verzoekende partijen in deze dienen te ondergaan aldus geen zuiver financieel nadeel betreft, doch tevens het verlies van bestaand en, vooral, van toekomstig cliënteel betreft.

Daarenboven wordt door het bestreden besluit de vrije uitoefening van het beroep van apotheker op een onaanvaardbare manier beperkt. Daar er geen enkele deugdelijke medische reden of reden van volksgezondheid kan worden aangehaald voor het invoeren van deze beperking, kan de situatie vergeleken worden met het opleggen van een verbod aan advocaten om nog langer juridische diensten te leveren aan bedrijven waarvan de juridische dienst niet gevestigd is binnen het gerechtelijk arrondissement waar de advocaat ingeschreven is op het tableau.

Dit houdt een onaanvaardbare beperking in van het recht op vrije uitoefening van het beroep.

Dat de verzoekende partijen zulke onverantwoorde beperking niet dienen te verdragen totdat het bestreden besluit zou worden vernietigd door uw Raad";

Overwegende dat de verwerende partij hierop in haar nota repliceert :

"1 . Nopens het moeilijk te herstellen nadeel argumenteren verzoekende partijen dat het thans niet meer mogelijk is om nog verder vaccins te leveren aan bedrijven dewelke weliswaar gevestigd zijn binnen haar gemeente of in de aangrenzende gemeenten, doch waarvan de dienst voor preventie en bescherming op het werk niet gevestigd is binnen de gemeente of aangrenzende gemeenten waar de verzoekende partij gevestigd is. Dat verwerende partijen reeds in overvloede de onjuistheid van deze stelling hebben aangetoond.

Dat verzoekers poneren dat dit een aanzienlijk omzetverlies tot gevolg zal hebben.

Dat omtrent dit omzetverlies verzoekers in gebreke blijven hiervan een concreet bewijs voor te leggen.

Dat deze nadelen van verzoekster bovendien hoogstens louter pecuniair van aard zouden zijn.

Dat uit de omschrijving van de voorwaarden blijkt, dat het niet volstaat dat het nadeel louter ernstig, quod non demonstrandum est, is. Het nadeel moet ook het gevaar in zich houden om onherstelbare schade te veroorzaken. (A. VAN MENSEL, 1. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, 'De Administratieve Rechtshandeling - Een Proeve', Gent, Mys en Breesch, 1997, 115.)

Dat verzoekers poneren dat de onherstelbare schade zou liggen in het feit dat andere bedrijven ondertussen hun contracten zouden afgesloten hebben met andere apothekers.

Dat dit loutere speculaties van verzoekers zijn.

Dat door Rechtspraak en Rechtsleer algemeen aanvaard wordt dat een pecuniair nadeel niet moeilijk te herstellen is.

> 'Overwegende dat het pecuniair nadeel dat door de beslissing berokkend wordt in geval van vernietiging niet moeilijk te herstellen is. (R.v.St. 18 juni 1996, nr. 60.223)
>
> Een financieel nadeel is, in principe althans, altijd herstelbaar' (R.v.St. 14 november 1994, nr. 50.168)

Dat hieromtrent concluderend kan gesteld worden dat, indien verzoekende partijen financiële verliezen zou(den) lijden, deze nog steeds naderhand kunnen hersteld worden aan de hand van een schadevergoeding.

2. Dat verzoekende partijen bepalen dat zij in de toekomst niet meer in de mogelijkheid zullen zijn te leveren aan bedrijven die gevestigd zijn buiten de toegelaten gemeenten.

Dat zij dit in het verleden evenmin konden en bij een eventuele schorsing evenmin zullen kunnen.

Dat verzoekers bovendien blijkbaar uit het oog verliezen dat de grootdistributie niet geviseerd wordt door het artikel 26quater. Artikel 26quater valt onder de bijzondere bepalingen omtrent de apothekers.

Dat dit argument dan ook geen steek houdt en bovendien in voorkomend geval trouwens geenszins onherstelbaar zou zijn.

3. Dat verzoekers telkenmale in gebreke blijven zich nader te preciseren en geen bewijs voorleggen waarin precies het ernstig nadeel zou kunnen gelegen zijn.

Dat verzoekers zo ondermeer verwijzen naar het verlies van cliënteel, de aanzienlijke waardeverminderingen van de apotheek met de gebeurlijke daling van de overnamewaarde, ...

Dat ook omtrent het mogelijke omzetverlies niets concreet voorgelegd wordt.

Dat in casu dient vastgesteld te worden dat het ernstige moeilijk te herstellen nadeel waarover verzoekers spreken louter potentiële, hypothetische nadelen betreffen waarvan geen enkel bewijs voorligt.

Dat de rechtspraak hieromtrent duidelijk is:

> 'Het moeilijk te herstellen, ernstig nadeel dient met voldoende en verifieerbare gegevens te worden gestaafd en kan niet hypothetisch zijn'. R.v.St. 1 december 1999, nr. 83. 764)

4. Dat verzoekende partijen bepalen dat door het bestreden besluit de vrije uitoefening van het beroep beperkt zou worden.

Dat verweerders zich met rechte en reden afvragen waarin deze beperking dan wel zou liggen en waar, in voorkomend geval, het onherstelbaar karakter zou in bestaan.

Samenvattend kan bepaald worden dat verzoekster meent een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te ondergaan doch hieromtrent het minste bewijs voorlegt";

Overwegende dat vóór de inwerkingtreding van het bestreden besluit artikel 26bis, § 1, van het koninklijk besluit van 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten in zijn eerste, tweede en derde lid als volgt luidde :

> "Elk geneesmiddel wordt persoonlijk overhandigd aan de zieke of aan zijn gemachtigde.
> Het ter hand stellen aan een gemachtigde, handelend namens verscheidene personen, is verboden, behalve indien deze in gemeenschap leven.
> Onder 'persoon die in gemeenschap leeft' dient verstaan te worden : elke persoon gehuisvest in een rust- en verzorgingstehuis dat niet verbonden is aan een verplegingsinrichting die over een apotheek beschikt, een erkend rustoord voor bejaarden, een tehuis voor mindervaliden, een psychiatrisch verzorgingstehuis, initiatief van beschut wonen, een strafinrichting, of een tehuis voor de plaatsing van kinderen";

dat een bepaling met de strekking van het bestreden artikel 26quater toen niet bestond; dat dit impliceert dat het op grond van de regelgeving die gold vóór het thans bestreden besluit in werking trad, juridisch in principe onmogelijk was om, in het kader van een vaccinatiecampagne, geneesmiddelen af te leveren aan de geneesheer-directeur van de afdeling, belast met het medisch toezicht, van een externe of interne dienst voor preventie en bescherming op het werk of aan zijn gemachtigde; dat door het bestreden besluit zulke leveringen wel mogelijk worden, weze het met beperkingen; dat dit besluit de verzoekende partijen dan ook meer toelaat dan in het verleden toegelaten was; dat de argumentatie als zou het niet meer mogelijk zijn het bestaande cliënteel van bedrijven voort te bevoorraden en er een aanzienlijk omzetverlies zou ontstaan, niet kan worden aangenomen, vermits dergelijke leveringen in het verleden in rechte verboden waren; dat niet valt in te zien dat de verzoekende partijen, die, actief zijnde in Brussel, wel kunnen leveren aan bedrijven waarvan de dienst voor preventie en bescherming op het werk gevestigd is te Brussel of een aangrenzende gemeente, slechter af zouden zijn dan apotheken gevestigd in andere, kleinere, gemeenten en dat zij door het bestreden besluit in een slechtere concurrentiële positie zouden komen te staan; dat dit besluit de verzoekende partijen dan ook niet hindert in de vrije uitoefening van hun beroep; dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden koninklijk besluit de verzoekende partijen dan ook geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkent; dat aan de tweede schorsingsvoorwaarde bijgevolg niet is voldaan,

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig mei tweeduizend en drie, door :

de H.	R. STEVENS,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

A. WIJNANTS. **R. STEVENS.**