

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 164.825 van 16 november 2006
in de zaak A. 121.493/VII-26.746.**

In zake : 1. de c.v.b.a. VOORUIT Nr. 1,
 2. Linda BOELAERT,
 3. Patrick BRUYNOOGHE,
 4. Nicky STADSBADER,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat P. DEVERS,
 kantoor houdende te GENT,
 Kouter 71-72

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. DEPRE en P. SLEGGERS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpssteenweg 178.

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

Gezien het verzoekschrift dat de c.v.b.a. VOORUIT Nr. 1, Linda BOELAERT, Patrick BRUYNOOGHE en Nicky STADSBADER op 24 mei 2002 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van :

"artikel 2 van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, § 17 en artikel 165, laatste lid van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 voor zover het in dat artikel bepaalde zo zou moeten worden gelezen (wat door de Minister van Sociale Zaken en Pensioenen thans wordt voorgehouden) dat de in alle gevallen verplichte inning van het persoonlijk aandeel van de rechthebbende in de kosten van de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen die worden afgeleverd in een voor het publiek toegankelijke officina, in een ziekenhuisapotheek aan ambulante rechthebbenden of door geneesheren die een vergunning hebben om een geneesmiddelen depot te houden, tevens een verbod inhoudt om met betrekking tot dat persoonlijk aandeel een (jaarlijks) coöperatief ristorno toe te kennen";

Gelet op het arrest nr. 111.883 van 24 oktober 2002 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting ingediend door de verzoekende partijen;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur G. DE BLEECKERE;

Gelet op de beschikking van 18 november 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 4 juli 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 september 2006;

Gehoord het verslag van staatsraad R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. VANBINST die, loco advocaat P. DEVERS verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat P. SLEGERS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. LANCKSWEERDT;

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

1. Gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De bestreden bepaling (artikel 2) maakt deel uit van het koninklijk besluit van 29 maart 2002, dat uitvoering geeft aan de artikelen 37, § 17 en 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994. De bestreden bepaling

vindt haar rechtsgrond in artikel 37, § 17 van de vermelde gecoördineerde wet. Deze bepaling luidt als volgt :

"Art. 37, § 17

Het in dit artikel bedoeld persoonlijk aandeel van de rechthebbende in de kosten van de verzorging is in alle gevallen opeisbaar. Dat persoonlijk aandeel wordt verplicht geïnd voor de verstrekkingen inzake klinische biologie waarvan in zo'n aandeel is voorzien door de Koning. De Koning kan deze verplichting uitbreiden tot andere verstrekkingen, of voorzien in afwijkingen op deze verplichting. Hij bepaalt de toepassingsregels van deze bepaling".

1.2. De bestreden bepaling luidt als volgt :

"(HOOFDSTUK II. - Verplichte inning van het persoonlijk aandeel)

Art. 2. Het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen die worden afgeleverd in een voor het publiek toegankelijke officina, in een ziekenhuisapothek of aan ambulante rechthebbenden of door geneesheren die vergunning hebben om een geneesmiddelendepot te houden, wordt in alle gevallen verplicht geïnd".

Ingevolge artikel 5 van hetzelfde besluit is die bepaling in werking getreden op 1 april 2002.

De eerste verzoekende partij baat apotheken uit.

De tweede, derde en vierde verzoekende partij zijn apothekersprovisoren in dienst van de eerste verzoekende partij en titularissen van apothekersofficina's.

Het centraal discussiepunt in voorliggende zaak betreft de vraag of ingevolge de bestreden bepaling de verzoekende partijen nog over de mogelijkheid beschikken om jaarlijks aan hun leden een *ristorno* toe te kennen op de vergoedbare farmaceutische specialiteiten waarvan het remgeld (het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen) verplicht moet geïnd worden.

1.3. Parallel met deze procedure werd voor de justitiële rechter een rechtszaak gevoerd tussen (in essentie) de coöperatieve Vooruit en de Algemene Pharmaceutische Bond. De zaak had betrekking op het feit dat de coöperatieve toch nog een jaarlijks *ristorno* van 5 % op de farmaceutische specialiteiten waarvoor luidens de bestreden bepaling het remgeld integraal moest geïnd worden, aankondigde, terwijl de Algemene Pharmaceutische Bond een dergelijk *ristorno* in strijd achtte met de bestreden bepaling, zodat zij van oordeel was dat de coöperatieve misleidende reclame voerde. De kwestie kreeg uiteindelijk haar beslag in een arrest van het Hof van Cassatie van 6 mei 2004 dat hier voor een goed begrip van de zaak volledig weergegeven wordt :

"Arrest Nr. C.03.0107.N

(...)

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 16 december 2002 gewezen door het Hof van Beroep te Gent.

(...)

III. Middel

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 37, §17, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, bekrachtigd bij wet van 9 januari 1995;

- artikel 2 van het K.B. van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, §17, en artikel 165, laatste lid, van de wet gecoördineerd op 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen;

- artikel 23, 1° (zoals gewijzigd bij wet van 25 mei 1999), 3° en 4°, van de wet van 14 juli 1999 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verklaart de stakingsvordering van de eisers, welke onder meer gesteund is op een schending door verweerster van artikel 2 van het K.B. van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, §17, en artikel 165, laatste lid, van de wet gecoördineerd op 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, ongegrond op volgende gronden :

'(II) B Het hof is van oordeel dat uit voormeld artikel 2 niet volgt dat het aan (verweerster) verboden is een coöperatief ristorno toe te kennen aan haar coöperateurs op de remgelden voor de aankoop van de geneesmiddelen waarvoor er tegemoetkoming is van de ziekteverzekering (zgn. 'vergoedbare farmaceutische verstrekkingen') op voorwaarde dat het persoonlijk aandeel bij de aankoop ervan ook effectief geïnd wordt, zodat de vraag naar wettigheidstoetsing niet aan de orde is.

a. Art. 2 van het K.B. van 30 maart 2002 legt aan de apotheker op om het remgeld effectief te innen. Enig verbod tot het verlenen van ristorno's wordt niet opgelegd. Waar er geen verbod wordt opgelegd, ligt het beginsel van de vrijheid voor.

b. Het 'Verzekeringscomité' van de 'Dienst voor geneeskundige verzorging' opgericht binnen het RIZIV heeft op 27 november 2001 en op 5 februari 2002 minstens kennis genomen van het voorstel (27 november 2001) respectievelijk het ontwerp van K.B. (5 februari 2002) (zie desbetreffend ongenummerde stukken, dossier 'aanvullende stukken beroepsprocedure' van (verweerster)).

Bij beide brieven van voormeld Verzekeringscomité is het K.B. in voorstel/ontwerp bijgevoegd en staat onder art. 2 : 'Het persoonlijk aandeel van de niet in het ziekenhuis opgenomen rechthebbenden in de kosten van de vergoedbare farmaceutische specialiteiten en van de magistrale bereidingen wordt verplicht geïnd, in toepassing van artikel 37, §17, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen.

Deze inning dient integraal te gebeuren op het ogenblik van de aflevering. De tussenkomst van de rechthebbende mag, rechtstreeks of onrechtstreeks, geenszins het voorwerp uitmaken van eender welke vermindering door middel van, onder andere, ristorno's, onmiddellijk of uitgestelde verminderingen, participaties, premies, storting of terugbetalingen van geraamde overschotten, krediet- of kassabonnen, giften, geschenken, en dit ongeacht het juridisch statuut van de apotheek

betrokken bij de aflevering, en ongeacht het in het verleden toegekende bedrag of daadwerkelijk percentage van dergelijke eventuele verminderingen van de bedragen ten laste van de rechthebbenden'.

De eerste twee alinea's van het voormeld voorstel zijn, mits enkele aanpassingen, overgenomen in de definitieve versie van het K.B. De derde alinea is in geen dele opgenomen in de definitieve versie.

Precies in die alinea is er sprake van *ristorno's* die uitdrukkelijk verboden worden.

Waar dit concrete verbod van *ristorno's* - zoals (verweerster) voorneemt te zullen uitvoeren, nadat de patiënten het remgeld hebben betaald - niet is opgenomen in de definitieve versie van het K.B. versterkt dit de stelling dat zij wel degelijk toegelaten blijven, ook op de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen.

c. De minister van Sociale Zaken en Pensioenen heeft in de Kamer geantwoord op vragen van Volksvertegenwoordigers in verband met de problematiek in het algemeen en zelfs m.b.t. de concrete situatie van (verweerster).

Op 28 maart 2002 antwoordt de minister als volgt (zie stuk nr. 8, dossier eisers) :

'Wij kunnen en mogen niet verbieden dat men in België *ristorno's* geeft op producten die in de handel zijn, want dat zou in strijd zijn met de Europese wetgeving. De ziekteverzekering is wel gerechtigd om te eisen dat het remgeld op een aantal terugbetaalbare geneesmiddelen wordt geïnd. Dat geldt, om te beginnen, voor de vergoedbare farmaceutische specialiteiten die zich bevinden op de lijst die is toegevoegd aan het K.B. van 21 december 2001 over de termijnen, procedures en voorwaarden waaronder farmaceutische specialiteiten worden vergoed en dat geldt ook - indien ik mij niet vergis - op basis van een K.B. van het jaar 1997, voor de magistrale bereidingen en daarmee gelijkgestelde producten. De inning van het remgeld wordt verplicht gemaakt voor magistrale bereidingen, gelijkgestelde producten en vergoedbare farmaceutische specialiteiten die worden terugbetaald door de ziekteverzekering. De toepassing van deze regel wordt gecontroleerd door de Dienst voor administratieve controle van het RIZIV en de inbreuken zijn strafbaar op basis van artikel 156 van de wet. Men pleegt duidelijk een inbreuk op de wet als men aan de klanten een bedrag terugbetaalt dat in verhouding staat tot de remgelden die deze klanten betalen, want in dat geval wordt de volledige inning niet toegepast. Het K.B. zegt dus dat men het remgeld moet innen. Indien het RIZIV zou vaststellen dat aan de klanten een bedrag wordt terugbetaald dat in een bepaalde verhouding staat tot de remgelden die zij hebben betaald, dan pleegt men inbreuk op het besluit dat van kracht zal worden op 1 april'.

Op 7 mei 2002 antwoordt de minister als volgt (zie stuk nr. 9, dossier eisers), op vragen waarbij zeer concreet was gewezen op de brief (van eisers) van maart 2002 :

'(...) Ik heb gezegd dat de inning van het remgeld verplicht is. Ik heb herhaald dat we geen *ristorno's* kunnen verbieden maar wel de inning van het remgeld kunnen verplicht maken. De inhoud van de brief waarnaar verwezen werd is strijdig met de verplichte inning van het remgeld. De betrokken organisatie weet dat. Deze zaak is duidelijk. Als iemand van oordeel is dat er ergens praktijken gebeuren die strijdig zijn met bepalingen die in wetten of koninklijke besluiten zijn vastgelegd moet dit gemeld worden aan de dienst voor administratieve controle van het RIZIV die een onderzoek zal instellen en, in voorkomend geval, zal optreden op basis van artikel 156 van de wet (...)'.

De minister is duidelijk waar het gaat over de *ristorno's* ; hij poneert expliciet dat er geen verbod kan zijn op *ristorno's*.

Uit zijn uitleg die van de premissen uit naar de conclusie toe niet sluitend, minstens niet zeer duidelijk, voorkomt, zou kunnen verondersteld worden dat de minister zich verzet tegen *ristorno's* die in een bepaalde verhouding staan tot de remgelden die de coöperanten hebben betaald.

In het K.B. van 29 maart 2002 is er evenwel geen sprake van *ristorno's*, laat staan van *ristorno's* die op enige wijze in verhouding zouden staan tot de door de coöperanten betaalde remgelden.

Integendeel, de minister bevestigt op algemene wijze precies dat hij *ristorno's* niet kan verbieden.

Ook dit sluit aan bij wat hierboven is geconcludeerd dat *ristorno's* - zoals (verweerster) voorneemt te zullen uitvoeren - wel degelijk niet verboden zijn, ook op de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen.

Of de *ristorno's* geheel dan wel gedeeltelijk verbonden zijn aan de hoogte van de betaalde remgelden, is irrelevant. *Ristorno's* zijn immers nog steeds mogelijk, op welke wijze dan ook zij berekend worden.

d. Aldus kan ook goed begrepen worden wat de heer E. L., Eerste Auditeur bij de Raad van State, in zijn Verslag dd. 5 augustus 2002 n.a.v. het schorsingsverzoek van (verweerster) op blz. 12 (eerste alinea) neerschrijft ;

'Prima facie lijkt men te mogen aannemen dat het ingevolge de bestreden bepaling niet volledig uitgesloten is dat nog *ristorno's* aan de leden van de coöperatieve worden toegekend. Zo bezien valt de basispremissie waarop het nadeel is gesteund dan weg' (zie desbetreffend ongenummerd stuk, dossier 'aanvullende stukken beroepsprocedure' van verweerster).

Hierbij laat de Eerste Auditeur kennen dat 'prima facie' art. 2 van het K.B. van 29 maart 2002 niet die strekking heeft zoals het door (verweerster) voor de Raad van State wordt aangevochten en zoals (de eisers) te dezen voorhouden.

(...)

III. A. In het door (eisers) gelaakte schrijven van maart 2002 dat (verweerster) richt aan het 'geacht medelid' geeft (verweerster) aan dat een uitbetaling van 10 pct. *ristorno* op de remgelden niet langer houdbaar is en dit door de besparingsmaatregelen van de minister van Sociale Zaken.

Verder : 'Vandaar dat de raad van bestuur zich verplicht heeft gezien het coöperatief *ristorno* voor het jaar 2002 als volgt te bepalen :

1. Over het door U betaalde remgeld (persoonlijke tussenkomst op geneesmiddelen op voorschrift waarvoor de ziekteverzekering een belangrijk deel ten laste neemt) zal voortaan een *ristorno* van 5 pct. worden toegekend.

2. Voor de geneesmiddelen (al dan niet op medisch voorschrift) waarvoor de ziekteverzekering niet tussenkomt en voor alle andere in de Coopapotheken verkochte producten, blijft het *ristorno* van 10 pct. behouden'

(zie stuk nr. 5, dossier (verweerster)).

Uit wat voorafgaat (hoofdstuk II, supra) volgt dat deze brief als wettelijk dient te worden aangezien.

B.a. Het voormelde rondschrĳven is niet misleidend en bijgevolg niet strijdig met art. 23, 1°, 30 (lees : 3°) en 4° van de W.H.P.C.

Immers (verweerster) is gerechtigd aan haar leden op het einde van het jaar een *ristorno* te verschaffen op de remgelden zoals hierboven omschreven.

Er is dan ook geen 'gebruik' van 'onwettige praktijken, met name het niet respecteren van de verplichte inning van het remgeld om zichzelf en haar apothekers een concurrentieel voordeel te verschaffen".

Grievan

Artikel 2 van het K.B. van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, §17 en artikel 165, laatste lid, van de wet gecoördineerd op 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen luidt als volgt :

'Het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van de vergoedbare farmaceutische verstrekkingen die worden afgeleverd in een voor het publiek toegankelijk officina, in een ziekenhuisapotheek aan ambulante rechthebbenden of door geneesheren die een vergunning hebben om een geneesmiddelendepot te houden, worden in alle gevallen verplicht geïnd'.

Aan de vereiste van de verplichte inning - vereiste die tevens geformuleerd wordt in artikel 37, §17, van de hierboven vermelde gecoördineerde wet van 14 juli 1994 - is niet voldaan wanneer na de inning van het persoonlijk aandeel een *ristorno* aan de rechthebbende wordt toegekend berekend op het bedrag van dit persoonlijk aandeel.

Dergelijke *ristorno*, berekend op het bedrag van het persoonlijk aandeel, is derhalve onwettig.

In strijd met wat het bestreden arrest beslist, is verweerster derhalve niet gerechtigd om aan haar leden op het einde van het jaar een *ristorno* voor het jaar 2002 toe te kennen van 5 pct. op het door haar leden betaalde remgeld.

Het schrijven van verweerster van maart 2002 aan haar leden 'apothekers' waarin gemeld wordt dat het *ristorno* voor het jaar 2002 bepaald wordt op 5 % van het door de leden (= rechthebbenden) betaalde remgeld is derhalve een misleidende reclame m.b.t. de voorwaarden waaronder vergoedbare farmaceutische verstrekkingen kunnen worden verkregen en dit schrijven is derhalve, in strijd met wat het bestreden arrest met schending van het vermelde artikel 2 van het K.B. van 29 maart 2002 beslist, wel misleidend en in strijd met artikel 23, 1°, 3° en 4°, van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de concurrent (art. 23, 1°, zoals gewijzigd bij wet van 25 mei 1999) en maakte een onwettige praktijk uit om zichzelf en haar leden apothekers een concurrentieel voordeel te verschaffen.

Het bestreden arrest houdt derhalve een schending in van de wettelijke bepalingen aangehaald in het middel.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 tot toepassing van artikel 37, §17, en artikel 165, laatste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, bepaalt dat het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van vergoedbare farmaceutische verstrekkingen die worden afgeleverd in een voor het publiek toegankelijke officina, in een ziekenhuisapotheek aan ambulante rechthebbenden of door geneesheren die een vergunning hebben om een geneesmiddelendepot te houden, in alle gevallen verplicht wordt geïnd;

Overwegende dat deze bepaling de inning van het persoonlijk aandeel van de rechthebbenden in de kosten van de bedoelde farmaceutische verstrekkingen verplicht stelt ; dat zij tot doel heeft de patiënt bewust te maken van de prijs van geneesmiddelen maar strekt er niet toe de mededinging tussen apothekers te verhinderen;

Dat deze bepaling niet verbiedt dat, na de inning van het persoonlijk aandeel, een coöperatief *ristorno*, berekend op het persoonlijk aandeel, aan de rechthebbende op een later tijdstip wordt toegekend in zoverre het jaarresultaat dit toelaat;

Dat het middel, in zoverre het uitgaat van het tegendeel, faalt naar recht;

Overwegende dat het middel, in zoverre het schending aanvoert van de wet van 14 juli 1991, afgeleid is uit de vergeefs aangevoerde schending van het koninklijk besluit van 29 maart 2002 en in zoverre niet ontvankelijk is;
OM DIE REDENEN,
HET HOF,
Verwerpt het cassatieberoep;
(...)"

2. Voorwerp en ontvankelijkheid van de vordering

2.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord opwerpt dat de vordering niet tot de bevoegdheid van de Raad van State behoort omdat deze niet vermag de voorwaardelijke onwettigheid van een akte te beoordelen en dat de verzoekende partijen met hun vordering een onrechtmatig belang nastreven omdat deze ertoe strekt een onwettige interpretatie aan de geldende reglementering te geven; dat deze exceptie niet los kan worden gezien van de grond van de zaak;

2.2. Overwegende dat in het bovenstaande arrest van het Hof van Cassatie in essentie wordt gewezen dat de bestreden bepaling "niet verbiedt dat, na de inning van het persoonlijk aandeel, een coöperatief ristorno, berekend op het persoonlijk aandeel, aan de rechthebbende op een later tijdstip wordt toegekend in zoverre het jaarresultaat dit toelaat"; dat de verwerende partij zich in haar laatste memorie uitdrukkelijk aansluit bij het standpunt van het Hof van Cassatie; dat ook de Raad van State geen reden ziet om die visie in vraag te stellen; dat dit impliceert dat het beroep, zoals het is geformuleerd, zonder voorwerp is, en daarom moet worden verworpen, nu artikel 2 niet moet worden gelezen in de zin als door de verzoekende partijen vermeld ; dat, gelet op de gegevens van de zaak, de kosten ten laste van de verwerende partij worden gelegd,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op 700 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van het annulatieberoep, bepaald op 700 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien november tweeduizend en zes, door de VIIe kamer, die was samengesteld uit :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
de HH.	R. STEVENS,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

M.-R. BRACKE.