

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.443 van 9 september 2021
in de zaak A. 234.404/VII-41.198**

In zake: de NV VERSELE-LAGA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Bauwens en Bart Martel
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het FEDERAAL AGENTSCHAP VOOR DE VEILIGHEID
VAN DE VOEDSELKETEN (FAVV)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rik Depla
kantoor houdend te 8310 Brugge - Sint-Kruis
Karel van Manderstraat 123
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 augustus 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het FAVV van 20 augustus 2021, “waarmee ‘met onmiddellijke ingang’ de administratieve maatregel werd opgelegd om over te gaan tot ‘de uitdehandelnamen van alle voeders voor (dwerg)konijnen waarin één of meerdere van de niet-toegelaten additieven E 110, 2a131 en 2a102 werden verwerkt’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 september 2020.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bart Martel en Kristof Caluwaert, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Frédéric Valcke, die *loco* advocaat Rik Depla verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Anja Somers heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De bestreden beslissing luidt:

“Tijdens de inspecties in uw inrichting van 14, 19 en 27 juli 2021 werden tal van non-conforme diervoeders vastgesteld. De vaststellingen werden opgenomen in de missierapporten van deze inspecties, waarvan u een afschrift ontving. Tijdens deze inspecties in uw inrichting werd door een inspecteur van de LCE OVB vastgesteld dat er door u voeders voor konijnen worden geproduceerd met de kleurstoffen E 110, 2a131, 2a102 en E 129.

U werd op 12 augustus 2021 uitgenodigd om te worden gehoord of om een eventueel schriftelijk verweer in te dienen. U werd gehoord op 18 augustus 2021 over deze feiten en de intentie van het Agentschap tot het nemen van een administratieve maatregel, met name de uitdehandelname van de niet-conforme voeders en het stopzetten van de productie hiervan.

Het verslag van deze hoorzitting werd opgenomen in een missierapport waarvan u een afschrift ontving en u legde tevens een nota en enkele bijkomende stukken neer.

Voor het toevoegingsmiddel E 129 werd er door uw inrichting een dossier ingediend om de nodige toelating te verkrijgen en werden vervolgens de nodige afspraken gemaakt met het Agentschap. Voor de drie andere

kleurstoffen werd door uw Inrichting geen enkel dossier tot het bekomen van een toelating ingediend.

Het gebruik van dergelijke additieven E 110, 2a131 en 2a102 in diervoeders voor konijnen is ook uitdrukkelijk verboden in de regelgeving. Artikel 3 van de Verordening (eg) nr. 1831/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 22 September 2003 betreffende toevoegingsmiddelen voor diervoeding stelt duidelijk:

‘Niemand mag een toevoegingsmiddel in de handel brengen, gebruiken of verwerken, tenzij:

- a) daarvoor overeenkomstig deze verordening een vergunning is verleend;
- b) wordt voldaan aan de voorwaarden als vervat in deze verordening, met inbegrip van, tenzij anders bepaald in de vergunning, de algemene voorwaarden van bijlage IV, en in de vergunning voor de stof, en
- c) wordt voldaan aan de etiketteringsvoorschriften als vervat in deze verordening.’

Het additief E 110: Uit Bijlage II van de Verordening 358/2005 van de Commissie van 2 maart 2005 tot verlening van een vergunning zonder tijdsbeperking voor bepaalde toevoegingsmiddelen en van een vergunning voor nieuwe toepassingen van al toegelaten toevoegingsmiddelen in diervoeding blijkt dat dit toevoegingsmiddel enkel toegelaten is in voeders voor zaad-etende siervogels en kleine knaagdieren. Daarnaast stelt artikel 1, punt 1 van de Verordening 2017/1145 van de Commissie van 8 juni 2017 betreffende het uit de handel nemen van bepaalde toevoegingsmiddelen voor diervoeding waarvoor overeenkomstig Richtlijnen 70/524/EEG en 82/471/EEG van de Raad een vergunning is verleend en tot intrekking van de verouderde bepalingen waarbij voor die toevoegingsmiddelen een vergunning is verleend duidelijk: ‘De in Bijlage I opgenomen toevoegingsmiddelen voor diervoeding worden uit de handel genomen voor bepaalde diersoorten of -categorieën, zoals in die bijlage is aangegeven.’ Bijlage I, deel B van deze Verordening 2017/1145 stelt duidelijk dat het additief E110 verboden is in alle diervoeders, met uitzondering van voeders voor katten, honden, zaadetende siervogels, kleine knaagdieren en siervissen.

Het additief 2a131: De Bijlage van de Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 643/2013 van de Commissie van 4 juli 2013 tot verlening van een vergunning voor het gebruik van patentblauw V als toevoegingsmiddel voor diervoeding voor niet-voedselproducerende dieren en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 358/2005 bepaalt duidelijk dat dit toevoegingsmiddel enkel is toegelaten in voeders voor alle niet-voedselproducerende dieren.

Het additief 2a102: De Bijlage van de Uitvoeringsverordening (EU) 2020/157 van de Commissie van 5 februari 2020 tot verlening van een vergunning voor tartrazine als toevoegingsmiddel voor diervoeding voor honden, katten, siervissen, zaadetende siervogels en kleine knaagdieren stelt duidelijk dat dit toevoegingsmiddel enkel is toegelaten in voeders voor katten, honden, kleine knaagdieren, zaadetende siervogels en siervissen.

De vaststellingen van het Agentschap betreft het aantreffen van de drie hierboven vermelde additieven in voeders voor dwergkonijnen.

Aangezien (dwerg)konijnen taxonomisch gezien geen knaagdieren zijn en het evenmin siervogels, honden, katten of siervissen betreffen, is het volgens ons duidelijk dat de toevoegingsmiddelen E 110 en 2a102 niet mogen gebruikt worden in voeders voor (dwerg)konijnen. Uw bewering dat (dwerg)konijnen voor de sector wel knaagdieren zijn, is niet relevant en u brengt bovendien geen enkel stuk bij dat dergelijke stellingname zou staven. Bovendien is dergelijke stellingname fout. Een knaagdier is een zoogdier met twee scherpe snijtanden voor in elke kaak. (Dwerg)konijnen behoren tot de haasachtigen. (Dwerg)konijnen worden ook wel dubbeltandigen genoemd. Dat komt omdat vlak achter de grote snijtanden in de bovenkaak een paar mini-snijtanden zitten. Knaagdieren hebben deze extra tandjes niet.

Daarnaast zijn er nog andere verschillen tussen konijnen en knaagdieren (gespleten bovenlip, gebruik voorpoten om voedsel vastte houden,...).

Daarnaast worden (dwerg)konijnen per definitie beschouwd als voedselproducerende dieren en is het toevoegingsmiddel 2a131 bijgevolg ook niet toegelaten in voeders voor (dwerg)konijnen. De definitie voor voedselproducerende dieren is opgenomen in Verordening (EG) Nr. 767/2009, artikel 3, punt 2 c):

‘Voedselproducerende dieren: alle dieren die worden gevoederd, gefokt of gehouden voor de productie van levensmiddelen voor menselijke consumptie, met inbegrip van dieren die niet geconsumeerd worden, maar die behoren tot soorten die in de regel voor menselijke consumptie worden gebruikt in de Gemeenschap;’

De definitie is soort-gebaseerd en aangezien konijnen duidelijk voedselproducerende dieren zijn (konijnen worden geconsumeerd in de EU) en dwergkonijnen tot dezelfde diersoort behoren, moeten dwergkonijnen ook beschouwd worden als voedselproducerende dieren. Dit staat ook zo duidelijk uitgelegd in de FAQ over Verordening 767/2009 van de FOD Volksgezondheid (zie <https://www.health.belgium.be/nl/veel-gestelde-vragen-oververordening-7672009-feed-marketing>). Dus voor het Agentschap is ook het additief 2a131 niet toegelaten in voeders voor dwergkonijnen.

U verwees tijdens de hoorzitting naar een punt over het aanpassen van het statuut van konijnen als voedselproducerende dieren dat door de Standing Comité op de agenda zou geplaatst zijn. Dit klopt niet helemaal: er wordt besproken om een versoepelde etikettering (zoals die voor niet-voedselproducerende dieren) toe te laten voor voeders voor dwergkonijnen. Deze uitzondering heeft echter enkel betrekking op de etikettering, niet op het statuut als voedselproducerend dier.

De door u neergelegde stukken (foto etiket en vermelding op website met de verwijzing naar het feit dat deze voeders niet mogen worden gebruikt voor voedselproducerende dieren) veranderen evenmin iets aan het feit dat deze additieven in dergelijke voeders gewoonweg niet toegelaten zijn. Het verandert evenmin iets aan het feit dat (dwerg)konijnen voedselproducerende dieren zijn.

Het Agentschap neemt er akte van dat u in uw schrijven d.d. 18 augustus 2021 meedeelt dat u de productie van deze voeders voor dwergkonijnen met deze niet-toegelaten additieven hebt stopgezet.

Het feit dat dergelijke additieven volgens u geen gevaar vormen voor de diergezondheid of volksgezondheid is niet relevant. Het Agentschap is een controle- instantie die te allen tijde dient na te gaan of de regelgeving wordt gerespecteerd. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, voldoen de betreffende voeders van uw inrichting niet aan de regelgeving en mogen zij bijgevolg niet in de handel worden gebracht.

Indien er effectief een risico voor de volksgezondheid of diergezondheid zou vastgesteld worden, zal het Agentschap niet alleen overgaan tot een uitdehandeldname, maar tevens tot een recall (terugroepen van bij de consument).

Ook uw argument dat uw inrichting niet de enige producent is die dergelijke voeders met niet toegelaten additieven op de markt brengt, is eveneens niet relevant. Het blijven niet-conforme voeders. Ook het feit dat u dergelijke voeders al jaren produceert, is niet relevant. Het Agentschap doet jaarlijks enkele steekproefsgewijze controles daar zij onmogelijk alle diervoeders kan controleren. Het feit dat het Agentschap pas in juli 2021 deze inbreuken heeft vastgesteld, doet niets af van het feit dat dergelijke productie in het verleden ook niet toegelaten was.

De tijdens de hoorzitting overgemaakte lijst met voeders gecommmercialiseerd in de Europese Unie zal door het Agentschap worden behandeld als een PKO (klacht van een operator tegen een andere operator). Al deze aangehaalde voeders en inrichtingen zullen worden onderzocht en indien er inbreuken worden vastgesteld door het Agentschap zullen uiteraard eveneens de nodige maatregelen worden genomen.

Uw argument dat uw inrichting op een andere manier zou worden behandeld als uw concurrenten is onterecht en wordt evenmin gestaafd door enig bewijsstuk. Het Agentschap legde trouwens in de afgelopen maanden meermaals de administratieve maatregel van uitdehandeldname op voor diervoeders voor konijnen van andere operatoren, die eveneens niet toegelaten additieven bevatten.

Ook het feit dat u geen redelijke termijn zou gekregen hebben, klopt niet. Eerst en vooral dient u als professionele exploitant u te allen tijde te houden aan alle voorschriften uit de regelgeving. Dus u wist of had moeten weten dat de productie van dergelijke voeders met dergelijke additieven niet toegelaten was. Bovendien heeft het Agentschap u in juli 2021 reeds gewezen op deze inbreuken, wat u toch al verschillende weken de tijd heeft gegeven om ervoor te zorgen dat dergelijke niet-toegelaten producten niet meer op de markt worden gebracht en evenmin nog op de markt voorkomen.

Gelet op het voorgaande en conform artikel 138 van de Verordening 2017/625 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 betreffende officiële controles en andere officiële activiteiten die worden uitgevoerd om de toepassing van de levensmiddelen- en diervoederwetgeving en van de voorschriften inzake diergezondheid, dierenwelzijn, plantgezondheid en gewasbeschermingsmiddelen te

waarborgen, tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 999/2001, (EG) nr. 396/2005, (EG) nr. 1069/2009, (EG) nr. 1107/2009, (EU) nr. 1151/2012, (EU) nr. 652/2014, (EU) 2016/429 en (EU) 2016/2031 van het Europees Parlement en de Raad, de Verordeningen (EG) nr. 1/2005 en (EG) nr. 1099/2009 van de Raad en de Richtlijnen 98/58/EG, 1999/74/EG, 2007/43/EG, 2008/119/EG en 2008/120/EG van de Raad, en tot intrekking van de Verordeningen (EG) nr. 854/2004 en (EG) nr. 882/2004 van het Europees Parlement en de Raad, de Richtlijnen 89/608/EEG, 89/662/EEG, 90/425/EEG, 91/496/EEG, 96/23/EG, 96/93/EG en 97/78/EG van de Raad en Besluit 92/438/EEG van de Raad (verordening officiële controles) wordt volgende administratieve maatregel opgelegd aan uw inrichting met ondernemingsnummer 0424.901.669:

De uitdehandelsname van alle voeders voor (dwerg)konijnen waarin een of meerdere van de niet-toegelaten additieven E 110, 2a131 en 2a102 werden verwerkt.

Deze maatregel is van toepassing met onmiddellijke ingang.”

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

Uiterst dringende noodzakelijkheid

Standpunten van de partijen

5. De verzoekende partij betoogt:

“3.3.2.1 TEN GEVOLGE VAN DE BESTREDEN BESLISSING LIJDT DE VERZOEKENDE PARTIJ ERNSTIGE REPUTATIE- EN IMAGOSCHADE

De verzoekende partij ondergaat, ingevolge de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, een aanzienlijk en onherstelbaar moreel nadeel. De bestreden beslissing schaadt de verzoekende partij onmiskenbaar.

De verzoekende partij zal immers, om gevolg te geven aan de bestreden beslissing haar professionele klanten van de beweerde niet-conformiteit dienen in te lichten en hen vragen deze onmiddellijk uit de handel te nemen. Het verplicht uit de handel nemen van het (dwerg)konijnenvoeder impliceert dat de verzoekende partij haar professionele klanten van de vermeende niet-conformiteit van het (dwerg)konijnenvoeder zal moeten inlichten. Dit zal onvermijdelijk tot een verlies van professionele klanten leiden en de reputatie en de goede naam van het bedrijf van de verzoekende partij, dat overigens al bijna 90 jaar in deze sector actief is, aantasten. De reputatie en de goede naam van de verzoekende partij en de producten die zij op de markt brengt, in het bijzonder wat betreft het voeder voor (dwerg)konijnen, zal zonder twijfel onherroepelijk aangetast worden. Uit de rechtspraak van Uw Raad kan worden afgeleid dat hij voor dergelijke reputatieschade terecht gevoelig is, ook in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Zo overwoog de Raad onder meer dat een verzoekende partij:

‘op goede gronden betoogt dat de onmiddellijke stopzetting van haar ophaalactiviteiten van gevaarlijk afval, waarvoor zij in middelen en mensen heeft geïnvesteerd, haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkent, temeer daar het bestreden besluit is gestoeld op de overweging dat de verzoekende partij niet in staat blijkt te zijn de opgehaalde afvalstoffen op een milieuhygiënisch verantwoorde wijze te beheren, hetgeen dus wijst op ernstige tekortkomingen van de verzoekende partij en van aard is de vertrouwensrelatie met haar cliënteel en haar reputatie binnen de beroepssector ernstig in het gedrang te brengen, met alle gevolgen vandien’.

en:

‘Overwegende dat de verwerende partij niet betwist dat Alfavit een dominerende plaats inneemt in het gamma geneesmiddelen dat verzoekster op de markt brengt, zodat het verdwijnen van dat product op de markt derhalve een belangrijke weerslag zal hebben op de activiteit van verzoekster; dat meer nog, verzoekster terecht aanstipt dat de redenen waarop het bestreden schrappingsbesluit steunt, het product in een negatief daglicht plaatst en dat deze negatieve connotatie niet weggewerkt zal worden door de vernietiging alleen van het bestreden besluit; dat in die zin wordt aangenomen dat verzoekster een moeilijk te herstellen ernstig nadeel lijdt’

Voor wat betreft de kleine zoogdieren, die als gezelschapsdier gehouden worden (waaronder (dwerg)konijnen worden gerekend), beschikt de verzoekende partij in België momenteel over een marktaandeel van 36,4 %, wat haar de marktleider in dit segment maakt (stuk 27). Doordat de verwerende partij heeft beslist dat de verzoekende partij moet overgaan tot de ‘uitdehandename’ van de betrokken voeders voor (dwerg)konijnen, en wel met onmiddellijke ingang, zal de verzoekende partijhaar vertrouwensrelatie met haar cliënteel en haar reputatie in de professionele sector niet kunnen handhaven, nu haar vertrouwde producten plotsklaps uit de rekken zullen moeten worden gehaald.

Enkel indien de bestreden beslissing onmiddellijk in haar tenuitvoerlegging wordt geschorst, kan de verzoekende partij vermijden dat de hierboven vermelde reputatie- en imagoschade ontstaat. Een later tussen te komen vernietigingsarrest zal de reputatie- en imagoschade die daaruit voortvloeit niet meer kunnen herstellen.

Enkel een onmiddellijke schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zal kunnen vermijden dat de contractspartijen van de verzoekende partij contractuele, commerciële en vertrouwensrelaties zouden aanknopen met andere ondernemingen die gelijkaardige voeders voor (dwerg)konijnen verkopen (en waar, nota bene, óók kleurstoffen in zijn verwerkt (voor een overzicht van dergelijke voeders, zie stuk 6)).

Het staat dan ook vast dat de marktpositie van de verzoekende partij aangetast zal worden indien de bestreden beslissing ten uitvoer zou worden gelegd. Bovendien zal de verzoekende partij onmogelijk nog haar marktpositie, die zij op vandaag geniet (zie hierover ook infra, nrs. 108-111), kunnen terugwinnen indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt geschorst. Minstens zal de verzoekende partij daarvoor talrijke commerciële en financiële inspanningen moeten leveren die niet zouden moeten worden verricht indien de bestreden beslissing niet onmiddellijk in haar tenuitvoerlegging zou worden geschorst.

Een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zal in elk geval beletten dat de verzoekende partij in de situatie terechtkomt waarin zij al haar professionele klanten moet aanschrijven en hen meedelen dat de betrokken producten die door hen worden afgenomen, met name (dwerg)konijnenvoeders met de toevoegingsmiddelen E 110, 2a131 en 2a102, niet in overeenstemming met de Europese voorschriften zouden zijn. Er mag trouwens worden aangenomen dat wanneer de verwerende partij na een schorsingsarrest volgens de gewone schorsingsprocedure of na een vernietigingsarrest van Uw Raad uitdrukkelijk afstand zou (moeten) nemen van de opgelegde maatregel van de uitdehandename, het voor de verzoekende partij erg moeilijk zal blijven om haar professionele klanten (en hun, op hun beurt, respectieve consumenten) opnieuw te overtuigen van de onschadelijkheid en doeltreffendheid van het (dwerg)konijnenvoeder dat door de verzoekende partij wordt geproduceerd. Er dreigt dan ook onterecht rond het (dwerg)konijnenvoeder van de verzoekende partij steeds een waas te blijven hangen van vermeende onbetrouwbaarheid of onveiligheid. Enkel een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan hieraan verhelpen.

De door de verwerende partij opgelegde maatregel van de uitdehandename en de daaruit voortvloeiende verplichting om de professionele klanten van de verzoekende partij van de vermeende niet-conformiteit van het (dwerg)konijnenvoeder in te lichten, heeft bovendien onmiddellijk de verspreiding van informatie van de verwerende partij over het (dwerg)konijnenvoeder van de verzoekende partij naar al haar professionele klanten, in binnen- en buitenland, tot gevolg. 61. De verzoekende partij kan dan ook terecht vrezen dat zij op zeer korte termijn

ingrijpende repercussies daarvan zal moeten ondergaan, waaronder een grondige verstoring van de contractuele en commerciële relatie met de contractspartijen van de verzoekende partij. Een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van bestreden beslissing kan op dit ogenblik dan ook nog beletten dat het aangevoerde nadeel van de reputatieschade zich realiseert, aangezien er nu nog geen ruchtbaarheid aan de bestreden beslissing is gegeven.

Het verplicht inlichten van de professionele klanten van de verzoekende partij van de beweerde niet-conformiteit van het (dwerg)konijnenvoeder doet in ieder geval blijken van ongemakken en gevolgen die aan het uitvoerbaar karakter van de bestreden beslissing verbonden zijn. 64 Welnu, aan het uitvoerbaar karakter van de bestreden beslissing en, bijgevolg, de ongemakken en de gevolgen die de verzoekende partij hierdoor ondervindt en die haar onmiskenbaar een aanzienlijk en onherstelbaar moreel nadeel berokkenen, kan enkel en alleen een einde worden gesteld indien Uw Raad, in afwachting van een vernietigingsarrest, tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing overgaat. Een later tussen te komen schorsingsarrest volgens de gewone procedure of een later tussen te komen vernietigingsarrest zal geen soelaas meer kunnen bieden. Het kwaad zal op dat ogenblik reeds zijn geschied.

3.3.2.2 TEN GEVOLGE VAN DE BESTREDEN BESLISSING VERLIEST DE VERZOEKENDE PARTIJ ONHERROEPELIJK MARKTAANDEEL

Zoals eerder gesteld, heeft de verzoekende partij, voor wat betreft de kleine zoogdieren, die als gezelschapsdier gehouden worden (waaronder (dwerg)konijnen worden gerekend), in België momenteel een marktaandeel van 36,4 %, wat haar de marktleider in dit segment maakt (stuk 27). De betrokken producten van (dwerg)konijnenvoeder, die thans uit de handel dienen te worden genomen, maken 70% uit van het totale volume van knaagdiermengelingen die door de verzoekende partij worden geproduceerd en dus ook van de door haar gegenereerde omzet binnen deze productgroep. Dit komt voor de verzoekende partij neer op een jaarlijkse omzet van rond de zes miljoen euro (stuk 28).

De verplichting om het (dwerg)konijnenvoeder uit te handel te nemen zal niet alleen tot een verlies van professionele klanten leiden door de toegebrachte reputatie- en imagoschade (cf. supra randnrs. 100 e.v.), maar zal ook tot gevolg hebben dat het marktaandeel van de verzoekende partij op significante wijze zal afnemen, waardoor de verzoekende partij haar unieke marktpositie zal verliezen. De verzoekende partij heeft ingevolge de bestreden beslissing de verplichting om de betrokken producten onverwijld uit de handel te nemen. Zij kan dan ook onmogelijk de afloop van een gewone schorsingsprocedure, laat staan van een vernietigingsprocedure, afwachten zonder dat de significante vermindering van haar – op vandaag zeer sterk – marktaandeel op de Europese markt zich zal hebben gerealiseerd.

De verplichting om de betrokken (dwerg)konijnenvoeders uit de handel te nemen zal bovendien ook een significante impact hebben op (de verkoop van) alle de door de verzoekende partij geproduceerde knaagdierenvoerders. De beweerde niet-conformiteit van de (dwerg)konijnenvoeders en de beslissing om deze uit de handel te nemen en een verdere productie en verkoop ervan, met daarmee samenhangend de verplichting om alle professionele klanten van de beweerde niet-conformiteit van de (dwerg)konijnenvoeders in te lichten en de reputatie- en imagoschade die daaruit voortvloeit zal immers onvermijdelijk op de overige door de verzoekende partij geproduceerde knaagdiermengelingen afstralen en tot een significante afname in de verkoop ervan en dus verlies aan marktaandeel leiden. Immers, de meeste professionele klanten van de verzoekende partij kopen naast (dwerg)konijnenvoeder ook nog verschillende andere soorten voeders bij de verzoekende partij aan. Wanneer deze klanten ingevolge de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing – noodgedwongen – de vertrouwde (dwerg)konijnenvoeders van de verzoekende partij uit de rekken zullen moeten nemen, zullen zij zich onvermijdelijk richten tot de concurrenten van de verzoekende partij. Wanneer deze concurrent ook een assortiment van verschillende andere (knaag)diervoeders aanbiedt die deze klanten normaliter bij de verzoekende partij aankopen, is het risico zeer reëel dat de professionele klanten van de verzoekende partij ook deze andere voeders bij haar concurrent zullen aankopen. De concurrenten van de verzoekende partij zullen allicht ook niet aarzelen om ter zake commerciële acties te voeren die niet enkel betrekking hebben op het (dwerg)konijnenvoeder, maar ook op andere (knaag)diervoeders. Het staat vast dat enkel een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing kan beletten dat de verzoekende partij dit ernstig en onherstelbaar nadeel dient te ondergaan.

Daarbij komt nog dat de bestreden beslissing onmiddellijke ingang hebben, waardoor het nadeel zich onmiddellijk realiseert en aan de verzoekende partij de mogelijkheid ontnemt om haar contractuele verplichtingen ten aanzien van haar professionele klanten na te komen.

3.3.2.3 DE VERZOEKENDE PARTIJ IS MET RECHTENS VEREISTE DILIGENTIE OPGETREDEN

De verzoekende partij is met de vereiste spoed en diligentie opgetreden. De bestreden beslissing werd officieel ter kennis gebracht aan de verzoekende partij via een aangetekend schrijven, gedateerd op 20 augustus 2021, dat door de verzoekende partij werd ontvangen op maandag 23 augustus 2021. In casu staat het vast dat de verzoekende partij met het instellen van haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid op diligente wijze heeft gehandeld. Het diligent karakter van het optreden van de verzoeker dient in de concrete omstandigheden van de zaak te worden beoordeeld.

De verzoekende partij heeft vooreerst onmiddellijk gereageerd. In haar brief van 23 augustus 2021 heeft de verzoekende partij, bij wege van haar raadslieden, aangekondigd dat zij de wettigheid van het standpunt en het optreden van de verwerende partij betwist en dat tegen de beslissing van de

verwerende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State zal worden ingediend (stuk 19)

De verzoekende partij stelde vervolgens reeds op vrijdag 27 augustus 2021 haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij Uw Raad in, i.e. 4 dagen na de ontvangst van het aangetekend schrijven, waar de verzoekende partij officieel in kennis werd gesteld van de bestreden beslissing.

Het kan dan ook niet ernstig worden betwist dat de verzoekende partij met de vereiste spoed en diligentie is opgetreden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te rechtvaardigen.

De verzoekende partij wijst er tot slot nog op dat de hierboven aangevoerde ernstige nadelen, die de schorsing van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen, zich vooralsnog niet hebben gerealiseerd, aangezien de verzoekende partij haar professionele klanten nog niet heeft ingelicht van de beweerde niet-conformiteit van de (dwerg)konijnenvoeders en de beslissing om de producten uit de handel te nemen nog niet werd uitgevoerd.

Het staat vast dat, gelet op wat voorafgaat, de zaak te spoedeisend is om een arrest vernietigingsarrest, al dan niet gepaard gaand met een ‘gewone’ vordering tot schorsing, af te wachten.”

6. De verwerende partij stelt daar tegenover:

“Het valt op dat bij de bespreking van deze voorwaarde, verzoekende partij het heeft over ‘vermeende’ niet-conformiteiten, terwijl de niet-naleving van de regelgeving in kwestie duidelijk en voor iedereen vaststaat.

De voorgehouden reputatieschade heeft zij dus louter aan zichzelf te danken.

De vraag is verder in hoeverre verzoekende partij reputatieschade zou lijden, indien de ‘ganse sector’ (volgens verzoekster althans) dergelijke additieven zou gebruiken. De bestreden beslissing is in die hypothese dus niet gestoeld op veronderstelde ernstige tekortkomingen in de bedrijfsvoering en exploitatie van de verzoekende partij, maar wel – nog steeds in de feitelijke voorstelling zoals verzoekster ze voorhoudt – op de ‘pech’ die verzoekster heeft dat net zij gecontroleerd wordt en de andere operatoren nog niet.

Hoe zij in die optiek reputatieschade zou lijden is verwerende partij niet duidelijk.

Ten andere is de ganse argumentatie van verzoekende partij gestoeld op hypothesen die door geen enkel feitelijk stuk worden gestaafd. Alleen om die reden staat al vast dat van uiterst dringende noodzakelijkheid geen sprake is.

Dit geldt des te meer wat betreft het zogenaamde ‘verlies van marktpositie’. Uit geen enkel stuk blijkt dat de klanten van verzoekster zullen overgaan tot

aankoop van andere producten bij de concurrenten van verzoekster en niet meer bij haar. Het komt aan verzoekende partij toe om het uiterst dringend en noodzakelijk karakter van haar vordering te bewijzen. Zij doet dit niet. Verzoekende partij houdt ook geen enkele rekening met het feit dat zij gewoon nieuwe voeders kan produceren waarin de verboden additieven niet voorkomen en deze kan leveren aan haar klanten. Zij gaat er fatalistisch van uit dat zij geen dergelijke voeders meer zal kunnen verkopen. Dit wordt niet gestaafd.

Het zogenaamde omzetverlies dat men hieraan toeschrijft, wordt niet gerelateerd aan het zakencijfer van de ganse onderneming. Het is dus voor verwerende partij, noch voor Uw Raad mogelijk wat in deze hypothese de financiële klap zou zijn voor verzoekende partij, die uiteraard nog heel wat andere producten verkoopt dan voeders voor dwergkonijnen.

Ten slotte is het vaste rechtspraak van Uw Raad dat reputatieschade niet in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van het uiterst dringend en noodzakelijk karakter van een vordering tot schorsing. De reputatieschade kan immers worden hersteld bij het tussenkomen van een eventueel vernietigingsarrest.

De vordering voldoet niet aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid en moet om die reden worden verworpen.”

Beoordeling

7. De toepassing van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid brengt een ernstige verstoring teweeg in het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State, beperkt de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum en brengt de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende partij aanzienlijk in het gedrang. Daarom moet de aanwending van die procedure zeer uitzonderlijk blijven, in die zin dat ze slechts mag worden aangewend in die enkele gevallen dat het uiterst dringende karakter van de zaak meteen voor iedereen zonder meer duidelijk is, ofwel door de verzoekende partij op duidelijke en onomstootbare wijze wordt aangetoond. Dit laatste impliceert dat de verzoekende partij aan de hand van precieze en concrete gegevens aantoont dat de schorsing van de tenuitvoerlegging, indien zij pas na het afwikkelen van de gewone schorsingsprocedure zou worden uitgesproken, onherroepelijk te laat zou komen om het nadeel op te vangen. De verzoekende partij moet de rechter de noodzakelijke specifiek op de omstandigheden van haar situatie gerichte gegevens ter beschikking stellen die hem toelaten om te verifiëren

of het tijdelijk ondergaan van die beslissing in afwachting van een uitspraak ten gronde haar activiteiten definitief en onherroepelijk in gevaar dreigen te brengen, of minstens toch op een dermate fundamentele wijze dat van haar niet mag worden verwacht dat zij de normale afwikkeling van de procedure moet afwachten.

8. Op grond van artikel 16, § 1, 7°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State moet het verzoekschrift tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid een uiteenzetting bevatten van de feiten die de uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen. Dit houdt in dat het aan de verzoekende partij toekomt aan de zaak eigen, specifieke gegevens bij te brengen die *in concreto* aantonen dat de zaak te spoedeisend is om de uitkomst van het annulatieberoep en een gewone schorsingsprocedure te kunnen afwachten, gelet op de nadelige gevolgen die een tenuitvoerlegging van het bestreden besluit voor haar persoonlijk veroorzaakt.

9. De beweerde financiële gevolgen moeten in beginsel gevoelig en onomkeerbaar zijn. De vermindering van het zakencijfer moet van die aard zijn dat de leefbaarheid van de onderneming in het gedrang komt.

Het is aan de verzoekende partij om het vervuld zijn van de voorwaarden en de hoegrootheid van de financiële schade te bewijzen.

Zij mag er zich niet toe beperken te stellen dat zij dit nadeel lijdt, zij moet concrete gegevens verstrekken omtrent het bestaan en de omvang ervan. Er moeten gegevens worden aangereikt die duidelijk maken dat het voortbestaan of de werking van de verzoekende partij als onderneming in het gedrang komt. De verzoekende partij moet haar beweringen concreet maken en deze staven met de nodige overtuigingsstukken.

10. Het volstaat niet dat de verzoekende partij, die een rechtspersoon is, de financiële implicaties van de bestreden beslissing begroot om de

hoogdringendheid te verantwoorden. De verzoekende partij toont geen bijzondere redenen aan waaruit blijkt dat de omvang van dit financieel nadeel op haar situatie een zodanige impact heeft dat zij dit niet kan lijden gedurende de behandelingstermijnen van een gewone vordering tot schorsing en een annulatieprocedure.

Dit nadeel zal niet kunnen worden voorkomen door de schorsing van de bestreden beslissing aangezien de productie van de betrokken voeding reeds werd stopgezet. De verzoekende partij verduidelijkt evenmin of er nieuwe voeding zal geproduceerd worden zonder kleurstoffen en wat hiervan de impact zou kunnen zijn.

De bewering dat het uit de handel nemen van de betrokken dwergkonijnenvoeders een significante impact heeft op de verkoop van alle door de verzoekende partij geproduceerde knaagdiervoeders en dat hun klanten zich hiervoor zullen richten tot de concurrentie, lijkt hypothetisch en wordt verder niet gestaafd.

11. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de door haar ingeroepen reputatieschade van die aard is dat de bestreden beslissing, in afwachting van een uitspraak volgens de gewone schorsingsprocedure, haar in een schadelijke toestand brengt die niet te verdragen valt. Ook lijkt deze aangehaalde reputatieschade zich te voltrekken door het niet meer voorhanden zijn van de producten doordat ze niet meer geproduceerd worden.

Het is niet duidelijk hoe de bestreden beslissing waarbij producten uit de handel worden genomen waarvan ook de productie is stopgezet zulke morele schade met zich meebrengt, terwijl door de stopzetting van de productie het cliënteel ook op de hoogte zal zijn dat de voeding met de kleurstoffen niet meer voorhanden is. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat het aangevoerde nadeel zal vermeden worden door de onmiddellijke schorsing van de bestreden beslissing aangezien de producten niet meer worden geproduceerd. Het

volstaat bovendien niet te wijzen op de nadelige gevolgen van de bestreden beslissing en te stellen dat enkel een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dit moreel nadeel ongedaan kan maken. De bewering dat de bestreden beslissing een onmiddellijk nefast gevolg heeft volstaat op zich niet. Er wordt niet aangetoond dat de nadelen van die aard en omvang zijn dat de verzoekende partij ze niet kan lijden totdat over de gewone vordering tot schorsing van de zaak uitspraak wordt gedaan.

12. Er is niet voldaan aan één van de voorwaarden van artikel 17, § 1 en § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen september tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeyts,
bijgestaan door

Bart Tettelin,

De griffier

Bart Tettelin

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Eric Brewaeyts