

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 92.419 van 18 januari 2001
in de zaak A. 89.256/VII-20.404.**

In zake : 1. de n.v. APOTHEEK PEETERS,
2. Luc VAN DEN EEDE,
3. Hilde BROUNS,
die woonplaats kiezen bij
advocaat S. CALLENS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 12

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd
door de minister van Volksgezondheid.

D E R A A D V A N S T A T E, VIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. APOTHEEK PEETERS, Luc VAN DEN EEDE en Hilde BROUNS op 28 januari 2000 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van het koninklijk besluit van 21 oktober 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 1 december 1999;

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien de "toelichtende memorie" van de verzoekende partijen;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur E. HAESBROUCK;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 1 september 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 12 oktober 2000;

Gelet op de beslissing van 10 oktober 2000 waarbij de zaak voor onbepaalde tijd wordt uitgesteld;

Gelet op de beschikking van 25 oktober 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 november 2000;

Gehoord het verslag van Staatsraad R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. CALLENS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat P. BOGAERT, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van Eerste Auditeur E. HAESBROUCK;

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

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies van de Auditeur-generaal;

1. 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 vernietiging 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;

2.1. Overwegende, wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift aanvoeren :

"34. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van art. 2 van het Koninklijk Besluit van 21 oktober 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten dat op 11 december 1999 in werking is getreden, zal met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid aan de verzoekers een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkenen, dat zich zal voordoen vooraleer de eventuele vernietiging zou tussenkomen en waarvoor het verzoek tot vernietiging verzoekers derhalve niet efficiënt kan behoeden.

§ 1. M.b.t. eerste verzoekster

35. Eerste verzoekster heeft een apotheek gelegen te Turnhout. De apotheek voorzag twee maal per dag in de levering van geneesmiddelen en aanverwante producten aan vijf rusthuizen in de regio. Daarbij verzekerde zij eveneens bij hoogdringendheid een levering binnen het uur. Door de bestreden bepaling heeft de Apotheek PEETERS moeten afzien van de levering aan drie van die vijf rusthuizen. Contracten werd(en) onverwachts omgezet en het omzetverlies hierdoor van de apotheek is zeer hoog. De omzet aan deze rusthuizen maakt immers meer dan de helft uit van de jaarlijkse omzet van de apotheek. Het omzetverlies bedraagt ongeveer 14 miljoen BEF op jaarbasis. Door dergelijke totaal onverwachte daling van inkomsten komt het voortbestaan van de apotheek in gevaar (stuk nr. 8).

36. Bovendien leidt de bestreden bepaling tot een aanzienlijk verlies van marktpositie van eerste verzoekster. Een procedure tot nietigverklaring alleen schiet in elk geval tekort om de verliezen en nadelen weg te werken; hooguit kan verzoekster na zulke nietigverklaring rusthuizen theoretisch opnieuw

bevoorraden, doch dit zal zonder invloed blijven op de in de tussentijd veroorzaakte situatie; het gevaar is zelfs zeer reëel dat deze verzoekster nog moeilijk de markt terug zal kunnen innemen vermits zij zich in een slechtere uitgangspositie zal bevinden dan de actuele.

37. Door de maatregel kan verzoekster haar positie die zij op de markt had ingenomen niet meer waarmaken. Die wordt nu ingenomen door andere apotheken die wel aan de vereiste van het bestreden besluit voldoen. Hierdoor is een herstel van de positie van verzoekster bij gebreke aan schorsing nog des te meer uitgesloten. De gezondheidssector is een uiterst delicate sector waar het nagenoeg onmogelijk is om, eens men een bepaalde positie verloren heeft, die opnieuw in te nemen. Verzoekster heeft jaren nodig gehad om een bevoorrechte relatie te krijgen met de rusthuizen. Door een totaal onverwachte bepaling die daarenboven strafrechtelijk gesanctioneerd is, komt aan die samenwerking abrupt een einde en krijgen lokale apothekers het monopolie voor levering van geneesmiddelen aan het plaatselijk rusthuis.

38. Het is aanvaard dat een onderneming schade kan lijden, ook indien het om een grote onderneming gaat, wanneer zij kan vrezen dat haar concurrentiepositie en groeimogelijkheden in gevaar worden gebracht doordat een discriminerende maatregel de concurrentie duidelijk bevoordeelt met alle gevolgen van dien voor de concurrentie en de groei (zie R.v.St., nr. 69.905, 1 december 1997; zie ook R.v.St., nr. 39.410 van 18 mei 1992 en R.v.St., nr. 35.474 van 27 juli 1990). Verzoekster bevindt zich in deze situatie. Zij zal dus schade lijden onder de vorm van een verlies aan afnemers waarmee zij gedurende jaren een goede relatie heeft opgebouwd. Bijgevolg zal zij elke aantrekkingskracht bij geïnteresseerde rusthuizen verliezen. De concurrentiepositie en groeimogelijkheden van verzoekster worden immers gewoon de kop in gedrukt doordat, zoals in casu, een discriminerende maatregel haar lokale concurrenten uit de gemeenten waar de rusthuizen zijn gesitueerd worden bevoordeelt. Het verlies aan aanzien en de aantasting van de reputatie zal de marktpositie van verzoekster ernstig schaden, hetgeen per definitie moeilijk te herstellen is via of na vernietiging.

39. Verzoekster had om haar cliënten een optimale en snelle service te garanderen bij de levering van geneesmiddelen personeel aangetrokken en opgeleid (zie stuk nr. 7). De verdere opleiding en tewerkstelling van dit personeel wordt door de bestreden bepaling nu onmogelijk gemaakt vermits verwerende partij het verbod oplegt aan verzoekster om nog geneesmiddelen te leveren aan rusthuizen die zich niet bevinden in de gemeente waar verzoekster is gevestigd of in een aanpalende gemeente. Door deze plotse maatregel van verwerende partij heeft

verzoekster onmogelijk de tijd om het personeel aangetrokken voor de continue levering van geneesmiddelen onmiddellijk te ontslaan of om te scholen voor andere functies binnen de onderneming. Verzoekster had zich precies gespecialiseerd in het organiseren van een kwaliteitshulp aan bejaarden in de regio. Om dit te realiseren had zij een personeelslid aangenomen en zelf opgeleid om op een kwalitatief hoogstaande manier de geneesmiddelen naar de diverse rusthuizen te kunnen brengen (zie stuk nr. 7). De opgebouwde know-how qua leveringen aan patiënten verblijvend in een rusthuis en de daaraan verbonden opgebouwde reputatie zullen zwaar te lijden hebben door de wetswijziging. De bestreden bepaling maakt het dus onmogelijk voor eerste verzoekster, of toch zeker minstens gedeeltelijk zeer moeilijk om het uitgewerkt project van snelle levering van geneesmiddelen, onafgezien van de plaats van het rusthuis, via haar opgeleid en efficiënt personeel dat de geneesmiddelen bezorgt (...). Het hoofddoel van verzoekster, namelijk een kwalitatief hoogstaande en efficiënte aflevering van geneesmiddelen aan het publiek komt dus in het gedrang.

§ 2. M.b.t. tweede en derde verzoekers

40. Tweede en derde verzoekers werken in de apotheek van eerste verzoeker en dreigen door het grote verlies in omzet, gelet op het wegvallen van de levering aan bejaarden van drie rusthuizen, hun werk te verliezen vermits het bestaan van de apotheek in gevaar komt.

41. Bovendien worden zij nu gedwongen om de vertrouwensrelatie die zij met bejaarden hebben opgebouwd onmiddellijk te verbreken.

42. Tenslotte leidt de bestreden bepaling tot een aanzienlijk verlies van marktpositie van verzoekers. Een procedure tot nietigverklaring alleen schiet in elk geval tekort om de verliezen en nadelen weg te werken; hooguit kunnen verzoekers na zulke nietigverklaring rusthuizen theoretisch opnieuw bevoorraden, doch dit zal zonder invloed blijven op de in de tussentijd verzoorzaakte situatie; het gevaar is zelfs zeer reëel dat deze verzoekster nog moeilijk de markt terug zal kunnen innemen vermits zij zich in een slechtere uitgangspositie zal bevinden dan de actuele";

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota onder meer repliceert :

"B. Eerste verzoekster

2. Eerste verzoekster beweert (verzoekschrift nr. 35) te moeten afzien van levering aan drie rusthuizen, en aldus een omzetverlies van ongeveer 14 miljoen Belgische Frank te leiden op jaarbasis.

Verweerder maakt uitdrukkelijk voorbehoud bij deze bewering, aangezien zij niet bewezen wordt (en de raadsman van verzoekers niet tijdig de stukken medegedeeld heeft). In ieder geval, echter, kan een geldelijk nadeel of het derven van een financieel voordeel in principe niet als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel worden bestempeld (A. Mast, Overzicht van het Belgisch Administratief recht, Kluwer, 1996, nr. 838, met talrijke verwijzingen in voetnoot). Enkel wanneer door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het voortbestaan van een onderneming of vennootschap in gevaar dreigt te komen, is het nadeel niet van louter financiële aard en wordt het als ernstig en moeilijk te herstellen aanvaard (ibidem). Eerste verzoekster beweert wel dat het voortbestaan van de apotheek in gevaar komt door de bestreden beslissing, maar steunt daartoe op loutere beweringen, zonder enige bewijzen aan te brengen.

3. Eerste verzoekster beweert tevens dat de bestreden bepaling leidde tot de onverwachte opzegging van contracten (verzoekschrift nr. 35). Eerste verzoekster kan enkel maar doelen op contracten met rustoorden, wat een ongeoorloofde inbreuk is op de keuzevrijheid van de personen die in gemeenschap leven om zelf hun apotheker aan te duiden (binnen de territoriale beperkingen van de bestreden bepaling).

4. Bovendien bepaalt artikel 26ter van het koninklijk besluit van 31 mei 1885 en artikel 10 lid 1 van de wet van 25 maart 1964 :

'Het is verboden bij de levering van geneesmiddelen rechtstreeks of zijdelings premies of voordelen aan te bieden'.

Daarenboven bepaalt artikel 18 § 2 van het koninklijk besluit nr. 78 :

'(...) is verboden elke overeenkomst van welke aard ook, gesloten hetzij tussen de beoefenaars, bedoeld bij de artikelen 2, 3, 4 (apothekers) en 21bis hetzij tussen deze beoefenaars en derden (...) wanneer deze overeenkomst betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de een of de ander rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen'.

Eerste verzoekster verwijst naar contracten met drie rustoorden (verzoekschrift nr. 35). Bovendien verwijst eerste verzoekster naar 'bevoorrechte relatie (...) met rusthuizen' (verzoekschrift nr. 37). Het lijkt er dan ook sterk op dat eerste verzoekster zich beroept op een beweerdelijk moeilijk te herstellen ernstig nadeel veroorzaakt door de opzegging van illegale contracten en relaties.

5. Eerste verzoekster verwijst ook naar haar gespecialiseerde personeel voor levering aan rusthuizen (verzoekschrift nr. 39). Vooreerst mag verzoekster enkel leveren aan mensen in gemeenschap, niet aan de rustoorden zelf (supra : voorafgaande opmerkingen). Bovendien mag verzoekster enkel aan huis leveren

indien de bestelling geplaatst is in de officina (supra : voorafgaande opmerkingen).

6. Eerste verzoekster toont bijgevolg geen moeilijk te herstellen ernstig (en wettig) nadeel aan.

B. Tweede en derde verzoeksters

7. Tweede en derde verzoeksters steunen in hun argumentatie (verzoekschrift nr. 40 tot 42) grotendeels op het voortbestaan van de apotheek dat in gevaar dreigt te komen. Zoals Verweerder hierboven geargumenteed heeft, wordt voor deze bewering echter geen bewijs aangebracht. Daarenboven steunen tweede en derde verzoeksters op een beweerde vertrouwensrelatie met bejaarden. Het is echter zeer twijfelachtig dat verzoeksters enige vertrouwensrelatie hebben opgebouwd met bejaarden die in een rusthuis verblijven dat niet in dezelfde gemeente of in een aangrenzende gemeente gelegen is, en waar verzoeksters per chauffeur de geneesmiddelen leverden. De bestreden bepaling beoogt juist om de mogelijkheid van het bestaan van dergelijke vertrouwensrelatie te vergroten.

8. Tweede en derde verzoeksters tonen bijgevolg geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan";

3. Overwegende dat de desbetreffende schorsingsvoorwaarde niet is vervuld om de volgende redenen :

3.1. Zowel de middelen als de uiteenzetting betreffende het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zijn uitsluitend betrokken op artikel 2, 2°, van het bestreden koninklijk besluit.

Deze bepaling luidt als volgt :

"Art. 2. In artikel 26bis van hetzelfde besluit, vervangen bij het koninklijk besluit van 9 januari 1992, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

(...)

2°) § 1 wordt aangevuld met de volgende leden :

'Het is evenwel verboden aan een apotheker om een geneesmiddel door toedoen van een gemachtigde te overhandigen aan personen die in gemeenschap leven, indien deze gemeenschap zich niet bevindt in de gemeente waar de apotheek is gevestigd of in een aangrenzende gemeente ervan.

Het is ook aan een gemachtigde verboden te handelen namens meer dan één gemeenschap';

(...)"

3.2. De eerste verzoekende partij maakt met haar betoog wel aannemelijk dat zij ten gevolge van het bestreden besluit een financieel nadeel dreigt te ondergaan, doch niet dat dit dermate groot is dat zij er dreigt aan ten onder te gaan.

Zij verwijst weliswaar naar leveringen aan vijf rusthuizen "in de regio", doch specificeert niet dat die alle vijf gevestigd zijn in niet aangrenzende gemeenten.

Bovendien, gelet op de wettelijk geregelde geografische spreiding van de officina's, kan moeilijk aangenomen worden dat, wanneer een apotheek het cliënteel van rusthuizen buiten de betrokken gemeente of de aangrenzende gemeenten verliest -hetgeen overigens op zichzelf niet noodzakelijk voortvloeit uit het bestreden besluit, daar dit laatste geen invloed heeft op de verkoop aan de bewoners van dergelijke rusthuizen via individuele mandatarissen- de betrokken apotheek niet rendabel kan voortbestaan.

Het bestreden besluit maakt het de eerste verzoekende partij ook niet onmogelijk nog te leveren aan rusthuizen in haar eigen stad en de aangrenzende gemeenten.

Zij kan ook nog leveren aan bejaarden van rusthuizen gevestigd in niet aangrenzende gemeenten via individuele mandatarissen van de betrokken bejaarden.

De eerste verzoekende partij toont bijgevolg niet aan dat het beweerde nadeel ernstig en moeilijk te herstellen is in de zin van artikel 17 van de Raad van State-wet.

3.3. De tweede en de derde verzoekende partijen beweren wel, doch tonen niet concreet aan, dat zij hun werk in de apotheek van de eerste verzoekende partij dreigen te verliezen.

Dit klemmt des te meer nu hierboven werd gewezen dat niet aannemelijk is gemaakt dat "het bestaan van de apotheek in gevaar komt".

De betrokken verzoekende partijen duiden niet concreet aan welke "vertrouwensrelatie" zij hebben opgebouwd met bejaarden, aan wie met gebruikmaking van het stelsel van gemeenschappelijke mandatarissen geneesmiddelen worden geleverd.

Ten slotte valt niet in te zien in welke mate in hunnen hoofde, als werknemers van de eerste verzoekende vennootschap, een "aanzienlijk verlies van marktpositie" dreigt,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op achttien januari tweeduizend en een,
door de VIIe kamer, die was samengesteld uit :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
de HH.	R. STEVENS,	staatsraad,
	L. LAVRYSEN,	staatsraad,
Mevr.	A.-M. GOOSSENS,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A.-M. GOOSSENS.

M.-R. BRACKE.