

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 92.420 van 18 januari 2001
in de zaak A. 89.294/VII-20.406.**

In zake : de n.v. APOTHEEK GAUCHERET,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Havenlaan 16

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 GAUCHERET op 31 januari 2000 heeft inge-
diend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerleg-
ging 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 ar-
tikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

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 H. BREMS die, loco advocaat Chr. RONSE verschijnt voor de verzoekende partij, 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 partij in haar verzoekschrift aanvoert :

"1. Het lijdt geen twijfel dat de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling voor verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou meebrengen.

2. Dit nadeel is onder meer van financiële aard. Verzoekende partij is bekend met de rechtspraak van de Raad van State dat een financieel nadeel in principe herstelbaar is. Niettemin is dit niet noodzakelijk het geval indien de omvang van het nadeel van dergelijke aard is dat het verderstrekken gevolgen heeft.

Zo blijkt dat verzoekende partij op slag 10 à 15 (%) van haar omzet zou verliezen. Momenteel belevt verzoekende partij de volgende residenties die buiten het gebied gevestigd zijn waar zij in toepassing van de bestreden handeling nog zou mogen leveren :

- Résidence Allée Fleurie te Rixensart;
- Villa Marie-Thérèse te Rixensart;
- Residentie Spanjeberg te Zellik;
- Résidence Basilique te Ganshoren;
- Résidence Chant d'Oiseau te Auderghem;
- Résidence Branly te Ukkel.

Dit heeft uiteraard rechtstreekse gevolgen voor de verdere uitbouw en het behoorlijk functioneren van de apotheek van verzoekende partij. Meer bepaald zal verzoekende partij haar huidige structuur, die er grotendeels op gericht is 'gemeenschappen' te bevoorraden, ook buiten de directe omgeving, drastisch moeten wijzigen.

Dit volgt uit de kostenstructuur van verzoekende partij. Verzoekende partij haalt haar winst zo goed als volledig uit de laatste 10 % van haar omzet. Het verlies van die omzet zal niet een evenredige vermindering van kosten met zich meebrengen. Immers, indien zij blijft geneesmiddelen verdelen aan 'gemeenschappen', maar dan enkel in de eigen gemeente en de naburige gemeenten, heeft zij nog steeds personeel nodig, heeft zij nog steeds vrachtwagens nodig en heeft zij nog steeds opslagplaatsen nodig.

Dit leidt er dan ook toe dat haar winst zal afnemen tot een niveau ongeveer gelijk aan haar kosten, zodat zij op termijn niet meer levensvatbaar is en zal moeten verdwijnen. Hieraan zou enkel kunnen verholpen worden door bijvoorbeeld het personeel dat voor de distributie instaat, te ontslaan. Een dergelijk

ontslag zou dan evenwel uiteraard een direct en onherstelbaar nadeel meebrengen voor de betrokkenen, en zou bovendien leiden tot een volledige ommezwaai van de activiteiten van verzoekende partij, die met elke levering aan 'gemeenschappen' zou moeten stoppen, wat eveneens het einde van de vennootschap betekent.

Daarenboven is het duidelijk dat door de bestreden handeling de omzet van verzoekende partij geplafonneerd wordt, en zij onmogelijk nog verder zal kunnen groeien.

Dit alles brengt de verdere levensvatbaarheid van verzoekende partij ernstig in gedrang. Zoals blijkt uit de jaarrekeningen, zijn de winstcijfers van verzoekende partij beperkt, en zal een afname van de inkomsten, niet gekoppeld aan een evenredige afname van de kosten, het einde van de vennootschap betekenen.

3. Door de onmogelijkheid van concurrentie verliest verzoekende partij bovendien niet enkel een aanzienlijk deel van haar huidige omzet, maar derft zij ook onbepaalde en onbepaalbare inkomsten die zij zou kunnen realiseren bij toekomstige klanten. Deze inkomstenderving is uiteraard onmogelijk vast te stellen, onmogelijk te becijferen en kan dan ook op geen enkele manier hersteld worden. Een eventueel vernietigingsarrest en een eventuele schadevergoeding toegekend door de burgerlijke rechtbanken kunnen de omvang van die schade onmogelijk bepalen en vergoeden.

4. Bovendien is het evident dat een dergelijk verlies aan inkomsten een directe en niet-meetbare weerslag zal hebben op de levensstandaard van de eigenaars van verzoekende partij, en dat dit een drastische en plotselinge ommezwaai in hun sociale situatie met zich zal meebrengen. Dit is een situatie die zich meteen en direct voordoet, en op geen enkele manier hersteld kan worden door een later vernietigingsarrest.

5. Verder kan het moeilijk betwist worden dat verzoekende partij haar huidige positie op de markt van de ene op de andere dag zou verliezen. Patiënten in verder afgelegen gemeentes mogen niet meer door verzoekende partij bevoorraad worden, en zullen dus noodzakelijkerwijze overstappen naar een andere apotheker. Dit verlies aan cliënteel kan onmogelijk worden goedge maakt door een later vernietigingsarrest, temeer nu het apothekers verboden is actief om bestellingen te verzoeken of ze te verzamelen (artikel 26ter van het K.B. van 31 mei 1885).

Indien dus over enkele jaren de bestreden handeling vernietigd zou worden, zou het voor verzoekende partij verboden zijn dit aan zijn vroegere cliënteel mee te delen en hen te verzoeken zich terug bij haar te bevoorraden ...

Dit levert voor verzoekende partij een niet in te schatten en blijvend verlies op.

6. Bovendien werd reeds uiteengezet dat ook de patiënten aanzienlijk nadeel zullen lijden door de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling, zowel voor wat betreft het verlies aan kortingen op de aankoop van geneesmiddelen als voor wat betreft het verlies aan vrije keuze van apotheker.

7. In verband met de patiënten kan er overigens ook op gewezen worden dat de bestreden handeling een al evenmin meetbaar of objectief vaststelbaar, maar onbetwist bestaand nadeel voor verzoekende partij en alle apothekers in het algemeen zal meebrengen, namelijk een aanzienlijke imagoschade. Indien een patiënt geconfronteerd wordt met een apotheker die hem niet kan bevoorraden en hem doorverwijst naar de apotheker in zijn gemeente, zal dit het aanzien van het apothekerskorps uiteraard niet ten goede komen, en zal dit de indruk van een gesloten, monopolistische en corporatistische beroepsgroep bij de patiënt enkel maar verstevigen. Ook dit nadeel is niet te herstellen door een eventueel vernietigings-arrest.

8. Uit het bovenstaande volgt dus dat de totale beperking van elke concurrentie, het abrupt afnemen van een groot deel van het cliënteel en de drastische ommezwaai in activiteiten, structuur en personeelsbestand die de bestreden handeling veroorzaakt, voor verzoekende partij moeilijk te herstellen ernstige nadelen vormen, die door een eventueel vernietigings-arrest niet integraal hersteld kunnen worden";

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

"2. Het verzoekschrift geeft sterk de indruk dat de gemachtigden zich niet zelf naar de apotheker begeven, voor ofwel de bestelling ofwel de levering, wat nochtans verplicht is (zie supra : voorafgaande opmerkingen). Wanneer de bestreden bepaling dergelijke onwettige praktijken in de weg zou staan, (heeft) verzoekster(s) uiteraard geen wettig belang bij de aanvechting ervan.

3. Een geldelijk nadeel of het derven van een financieel voordeel kan 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.

4. Bovendien brengt verzoekster geen concreet bewijs aan van de vermeende impact van het besluit op haar financiële toestand (zo vermelden de voorgelegde jaarrekeningen blijkbaar geen omzet voor het jaar 1998 - en zou de winst van 1998 in vergelijking met 1997 drastisch gedaald zijn, uiteraard los van het aangevochten K.B.), en wordt totaal geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat personen in gemeenschappen die tot het aangevochten K.B. andere apotheken gebruikten, nu voor verzoekster zullen kiezen. Tenslotte ziet verweerder niet in wat de levensstandaard van de eigenaar van de apotheek ter zake zou doen.

5. Verzoekster toon(t) 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 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.

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 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.

Het aangevoerde nadeel in hoofde van de cliënten van de verzoekende partij is geen persoonlijk nadeel in hoofde van die partij.

De 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,

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 terechtzitting, 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.