

ML..

- 1 -

L. 10.978/1.

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 1e december 1969 door de Minister van Middenstand verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot invoeging van een artikel 2bis in titel 1 van Boek I van het Wetboek van koophandel", heeft de 4e december 1969 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Classes moyennes, le 1er décembre 1969, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet de loi "introduisant un article 2bis dans le titre I° du Livre Ier du Code de commerce", a donné le 4 décembre 1969 l'avis suivant :

Het ontwerp van wet strekt ertoe, door invoeging van een artikel 2bis in het Wetboek van Koophandel, de apothekers die onder de huidige omstandigheden door de rechtspraak tot de kooplieden worden gerekend, niet langer als zodanig te beschouwen en hiermede het vrije karakter van hun beroep te vrijwaren, op voorwaarde dat zij zich beperken tot aankoop en verkoop van produkten die vallen onder de uitoefening van hun beroep.

Volgens de traditie heeft het beroep van apotheker, dat een tak is van de geneeskunde, een vrij karakter. Het is evenwel bekend dat, mede door de verspreiding van bereide, gefabriceerde en industrieel verpakte geneesmiddelen, de zogenaamde specialiteiten, de rechtspraak ertoe gekomen is op grond van de artikelen 1 en 2 van het Wetboek van Koophandel de apotheker als koopman te beschouwen.

Anderdeels legt de thans nog steeds geldende reglementering van de uitoefening van het beroep van apotheker de nadruk op de sociale opdracht van de apotheker, waardoor het winstoogmerk slechts als bijkomstig in aanmerking komt.

Ook behoort te worden in overweging genomen dat zo door de wetgeving als door de rechtspraak het voorwerp van de werkzaamheid van de apotheker, inzonderheid het geneesmiddel, niet als een gewoon produkt uit de handel wordt aangemerkt.

.../...

Tussen laatstbedoelde wetgeving en rechtspraak en de traditie van het vrij beroep van apotheker, enerzijds, en de rechtspraak met betrekking tot de door de apothekers gestelde daden van koophandel, anderzijds, bestaat een tegenstelling, waaraan het ontwerp een einde bedoelt te maken, mede met het oog op de belangen van de volksgezondheid in het algemeen.

*

* *

Uit de door de gemachtigde ambtenaar verstrekte toelichting blijkt dat de ontworpen tekst is tot stand gekomen na ruggespraak van de Minister van Middenstand met de Ministers van Justitie en van Volksgezondheid.

*

* *

Om het gestelde doel te bereiken voegt het ontwerp in het Wetboek van Koophandel een artikel 2bis in en gaat het derhalve uit van het begrip "daden van koophandel". Het ontzegt aan de opgesomde daden die door de apothekers worden gesteld, het handelskarakter. Deze uitzondering wordt in het ontwerp uitgebreid tot alle personen die wettelijk zijn gemachtigd tot het afleveren van geneesmiddelen.

De ontworpen uitzondering geldt alleen voor aankoop en verkoop aan particulieren van produkten die onder de uitoefening van het beroep van apotheker vallen en die in het ontwerp worden omschreven.

.../...

Wanneer echter de personen, die wettelijk zijn gemachtigd tot het afleveren van geneesmiddelen, eveneens andere daden van koophandel stellen in het raam van een gewoon beroep, ongeacht of dit als hoofdzakelijk of als aanvullend wordt beschouwd, dan kunnen zij zich niet op de ontworpen uitzondering beroepen.

*

* *

Allereerst dient tegen de vorm van het ontwerp het bezwaar te worden geopperd dat de invoeging van een artikel 2bis in het Wetboek van Koophandel van zodanige aard is dat afbreuk wordt gedaan aan de gaafheid van de inleidende bepalingen van dit wetboek. De Raad van State is de mening toegedaan dat een afzonderlijke wet een gepaster oplossing zou zijn voor een zo belangrijke uitzonderingsbepaling als deze betreffende de apothekers.

*

* *

Bovendien ware het verkieslijk het eigenlijke probleem op directe wijze te benaderen door te stellen dat de apothekers, die zich beperken tot de aankoop en de verkoop van produkten, die onder hun beroep ressorteren en die nader worden bepaald, geen kooplieden zijn. Het lijkt derhalve aanbeveling te verdienen de uitzonderingsbepaling op de persoon te richten.

Op die wijze wordt de omweg vermeden die gaat langs het begrip "dadens van koophandel". Het is immers duidelijk dat het de bedoeling van de Regering is om de aankoop en verkoop van de door het ontwerp bedoelde produkten verder als een daad van koophandel aan te merken, met dien verstande weliswaar dat het stellen van die daden door apothekers, niet het gewoon gevolg, dat ze daardoor koopman worden, te weeg brengt.

Het staat vast dat de ontworpen afwijkingsmaatregelen bestemd zijn voor de officina-apothekers, zoals onder meer bedoeld in artikel 1, 6°, van het koninklijk besluit van 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen, en in artikel 13, derde lid, van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen. Aangezien de officina-apotheker is bedoeld, kan hij ook zonder bezwaar als zodanig in de tekst worden vermeld.

Daar de taak van de officina-apotheker uiteraard beperkt is tot de detailverkoop van geneesmiddelen, is het overbodig de verkoop aan particulieren in de ontworpen tekst uitdrukkelijk te vermelden.

*

* *

Als personen die wettelijk zijn gemachtigd tot het afleveren van geneesmiddelen onder bepaalde omstandigheden komen naast de officina-apotheker nog in aanmerking :

.../...

1. de depothoudende geneesheren, bedoeld in de wet van 12 april 1958 betreffende de medico-farmaceutische cumulatie;
2. de depothoudende dierenartsen, volgens de wet van 4 april 1890 betreffende de uitoefening van de veeartsenijkunde;
3. de geneesheren en tandartsen, overeenkomstig de voorschriften van artikel 4, § 2, 2° en 3°, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de geneeskunst, de uitoefening van de daaraan verbonden beroepen en de geneeskundige commissies;
4. de depothouders van bepaalde verzorgingsinstellingen, overeenkomstig de voorschriften van het koninklijk besluit van 29 juni 1967 houdende regelen betreffende de officina's en de geneesmiddelendepots in verzorgingsinrichtingen;
5. de vroedvrouwen, in de mate bepaald door het koninklijk besluit van 16 oktober 1962 betreffende het uitoefenen van het beroep van vroedvrouw.

Onder de personen, die gemachtigd zijn geneesmiddelen af te leveren, komen alleen natuurlijke en geen rechtspersonen voor.

Hieraan moet worden toegevoegd dat al de in vorenstaande opsomming vermelde personen zich in geneesmiddelen moeten bevoorraden bij een officina-apotheker. Voor hen rijst overigens niet de vraag of zij kooplieden zijn, aangezien het afleveren van geneesmiddelen slechts een accessorium bij hun beroep uitmaakt. Vorenbedoelde personen hoeven dan ook niet in de ontworpen tekst te worden vermeld.

.../...

Volledigheidshalve kan nog worden aangestipt dat de industrie-apotheker, bedoeld in de artikelen 11 tot 14 van het koninklijk besluit van 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen, en de zogenaamde provisor-apotheker uiteraard door het onderhavige ontwerp niet zijn bedoeld.

*

* *

Met betrekking tot de in het tweede lid, 4°, van het ontworpen artikel 2bis bedoelde "toelating" van de Minister van Volksgezondheid verdient het aanbeveling de nadruk te leggen op het algemeen karakter van zodanige vergunning.

*

* *

In de volgende tekst, bedoeld voor het beschikend gedeelte van het ontwerp, werden de vorenstaande overwegingen in aanmerking genomen :

"Enig artikel.-

In afwijking van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel zijn geen kooplieden de officina-apothekers die zich beperken tot aankoop en verkoop van produkten die onder de uitoefening van hun beroep vallen.

.../...

Voor de toepassing van deze bepaling worden beschouwd als produkten die vallen onder de uitoefening van het beroep van officina-apotheker :

1° ...;

2° ...;

3° ... alsook de voorwerpen en produkten die ...;

4° de produkten die krachtens wet of verordening alleen in apotheken mogen worden verkocht, of die er mogen worden verkocht ingevolge een algemene vergunning, door de Minister van Volksgezondheid verleend wegens de waarborgen verbonden aan de farmaceutische controle".

Le projet de loi entend introduire dans le Code de commerce un article 2bis, par l'effet duquel les pharmaciens que, dans le présent état des choses, la jurisprudence range au nombre des commerçants, cesseront d'être réputés tels. Le caractère libéral de la profession sera sauvegardé à condition que les intéressés se bornent à acheter et à vendre des produits qui relèvent de l'exercice de leur profession.

Si la profession de pharmacien, qui constitue une des branches de l'art de guérir, est traditionnellement une profession libérale, il est de notoriété cependant que l'essor pris par les médicaments préparés, fabriqués et emballés industriellement, les médicaments dits spécialités a amené la jurisprudence à considérer le pharmacien, sur le fondement des articles 1er et 2 du Code de commerce, comme un commerçant.

D'autre part, la réglementation, toujours en vigueur, concernant l'exercice de la profession de pharmacien met l'accent sur la mission sociale du pharmacien, le but de lucre n'étant qu'un élément secondaire.

D'ailleurs, aussi bien la législation que la jurisprudence se refusent à considérer l'objet de l'activité du pharmacien, en particulier le médicament, comme un produit commercial ordinaire.

Entre ces législation et jurisprudence et la tradition qui consacrent le caractère libéral de la profession de pharmacien, d'une part, et la jurisprudence qui attribue aux actes accomplis par les pharmaciens un caractère commercial, d'autre part, il y a une antinomie que le projet se propose d'éliminer, au demeurant dans l'intérêt de la santé publique en général.

*

* *

./.

Il ressort des précisions fournies par le fonctionnaire délégué que le texte du projet est le fruit de consultations entre le Ministre des Classes moyennes et ses collègues de la Justice et de la Santé publique.

*
* *

Pour atteindre le but qu'il s'assigne, le projet insère dans le Code de commerce un article 2bis et part, dès lors, de la notion d'acte commercial. Il dénie aux actes qu'il énumère, lorsqu'ils sont accomplis par le pharmacien, tout caractère commercial et il étend l'exception à l'ensemble des personnes qui sont légalement autorisées à délivrer des médicaments.

L'exception prévue ne vise que l'achat et la vente à des particuliers de produits qui relèvent de l'exercice de la profession de pharmacien et que le projet définit.

Toutefois, lorsque les personnes légalement autorisées à délivrer des médicaments accomplissent de plus d'autres actes de commerce dans le cadre d'une profession ordinaire, que cette profession soit considérée comme principale ou comme appoint, elles ne pourront se prévaloir de l'exception que le projet se propose d'établir.

*
* *

Le projet soulève tout d'abord une objection touchant sa forme. L'insertion d'un article 2bis dans le Code de commerce est, en effet, de nature à rompre l'unité qui caractérise les dispositions liminaires de ce Code. Le Conseil d'Etat estime qu'une exception aussi importante que celle qui est envisagée en faveur des pharmaciens devrait,

de préférence, faire l'objet d'une loi particulière.

*
* *

Il vaudrait aussi mieux procéder de manière plus directe, en décidant que les pharmaciens qui se bornent à acheter et à vendre des produits relevant de l'exercice de leur profession et qui sont définis dans le projet, n'ont pas la qualité de commerçant. Cette façon de faire éviterait le passage par la notion d'acte de commerce. Il est clair, en effet, que, dans l'esprit du Gouvernement, l'achat et la vente des produits visés par le projet seront, comme par le passé, considérés comme des actes de commerce; toutefois, lorsque ces actes seront accomplis par des pharmaciens, ils n'auront pas l'effet normal de faire d'eux des commerçants. L'exception devrait, dès lors, être établie en fonction de la personne et non pas de l'acte.

Il est certain que les dérogations projetées visent les pharmaciens d'officine dont il est question, notamment, à l'article 1er, 6°, de l'arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation, et à l'article 13, alinéa 3, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce que le pharmacien d'officine soit mentionné comme tel dans le texte du projet.

La mission du pharmacien d'officine étant, par essence, limitée à la vente de médicaments en détail, il est superflu de faire expressément état de la vente aux particuliers dans le texte.

*
* *

./.

Parmi les personnes légalement autorisées à délivrer des médicaments dans certaines conditions, il faut retenir, en sus des pharmaciens d'officine :

- 1) les médecins tenant dépôt, visés dans la loi du 12 avril 1958 relative au cumul médico-pharmaceutique;
- 2) les médecins vétérinaires tenant dépôt, en vertu de la loi du 4 avril 1890 relative à l'exercice de la médecine vétérinaire;
- 3) les médecins et praticiens de l'art dentaire, conformément à l'article 4, § 2, 2° et 3°, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir, à l'exercice des professions qui s'y rattachent et aux commissions médicales;
- 4) les gestionnaires de dépôts de médicaments dans certains établissements de soins, conformément à l'arrêté royal du 29 juin 1967 réglementant les officines et les dépôts de médicaments dans les établissements de soins;
- 5) les accoucheuses, dans la mesure prévue par l'arrêté royal du 16 octobre 1962 relatif à l'exercice de la profession d'accoucheuse.

Parmi les catégories de personnes autorisées à délivrer des médicaments ne figurent que des personnes physiques.

Il convient d'ajouter que les personnes qui viennent d'être énumérées doivent toutes s'approvisionner en médicaments chez un pharmacien d'officine. La question de savoir si elles sont ou non commerçants ne se pose pas en ce qui les concerne, puisque la délivrance de médicaments n'est qu'accessoire à leur profession. Elles ne doivent, dès lors, pas être mentionnées dans le texte en projet.

Pour être complet, il importe aussi de relever que ni le pharmacien d'industrie, visé aux articles 11 à 14 de l'arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation, ni le pharmacien dit gérant ne sont, par essence, visés par le présent projet.

*
* *

Il apparaît indiqué de souligner le caractère général de l'"autorisation" du Ministre de la Santé publique, prévue par l'alinéa 2, 4°, de l'article 2bis projeté.

*
* *

Le texte proposé ci-après pour le dispositif du projet tient compte des observations qui sont formulées ci-dessus :

" Article unique.

Par dérogation à l'article 1er du Code de commerce, ne sont pas commerçants les pharmaciens d'officine qui se bornent à acheter et à vendre des produits relevant de l'exercice de leur profession.

Pour l'application de la présente disposition, sont considérés comme produits relevant de l'exercice de la profession de pharmacien d'officine :

1° ...

2° (comme au projet)

3° ... ainsi que les objets et produits généralement
...

./.

4° les produits dont la vente est réservée à la pharmacie par la loi ou les règlements ou qui peuvent y être vendus en vertu d'une autorisation générale accordée par le Ministre de la Santé publique en raison des garanties qui s'attachent au contrôle pharmaceutique".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : F. LEPAGE,
Messieurs :

Ch. SMOLDERS,
P. VERMEULEN,

J. LIMPENS,

S. FREDERICQ,

M. JACQUEMIJN,

La chambre était composée de

voorzitter van de Raad van State,
président du Conseil d'Etat,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

bijzitters van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

adjunct-griffier, griffier
greffier adjoint, greffier.

De overeenstemming tussen
de Nederlandse en de Franse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. F. LEPAGE.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. R. VAN HAECKE, substituut-
auditeur-generaal.

La concordance entre la ver-
sion néerlandaise et la version
française a été vérifiée sous le
contrôle de M. F. LEPAGE.

Le rapport a été présenté
par M. R. VAN HAECKE, substitut de
l'auditeur général.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

(get.) M. JACQUEMIJN.

(get.) F. LEPAGE.