

Rechtspraak in kort bestek – Jurisprudence (extraits)

A. Gewone rechters / Juges ordinaires

Peter Wytinck & Herlinde Burez

*Dans la présente rubrique sont cités des extraits tirés d'une sélection d'arrêts et de jugements. Pour consulter la version complète des décisions, l'abonné peut se référer au site Internet de la revue.
<http://www.tbm-rcb.belindex.aspx>*

*In deze rubriek wordt een selectie van uitspraken in kort bestek weergegeven. De volledige versie van de beslissingen kan de abonnee vinden op de website van het tijdschrift.
<http://www.tbm-rcb.belindex.aspx>*

Hof van beroep Gent

N.V. Cinecom / N.V. Independent Films Distributie

1 maart 2010

Verkoopsweigerings – film Loft – (geen) rechtsmisbruik – dominante positie – marktafbakening – verdelen van films

“1. Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brugge, zetelend zoals in kort geding, op tegenspraak gewezen op 30 oktober 2008, gekend onder het rolnummer A/08/01497. Het is tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 28 januari 2009. Een akte van betekening wordt niet voorgelegd.

Feiten – procedure in eerste aanleg

2. Partijen voeren discussie omtrent de vraag of de NV Independent Films Distributie (hierna: “geïntimeerde”) die films verdeelt, zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige verkoop- of contractweigerings (inbreuk op artikel 94/3 W.H.P.C.) en haar gebeurlijke machtspositie al dan niet heeft misbruikt (inbreuk op artikel 3 W.B.E.M.) door niet aan de NV Cinecom (hierna: “appellante”) een kopie van de film “Loft” te bezorgen.

De feiten die aan de basis liggen van deze procedure zijn partijen genoegzaam gekend en werden reeds omstandig uiteengezet door de eerste rechter in het bestreden vonnis, zodat naar deze uiteenzetting kan worden verwezen, die bij deze als integraal hernomen dient te worden beschouwd. Bij dagvaarding, betekend op 13 oktober 2008, vorderde appellante: (1) te horen zeggen voor recht dat geïntimeerde door haar weigering om de film “Loft” ter beschikking te stellen van appellante een inbreuk begaat op artikel 94/3 WHPC; (2) geïntimeerde te verplichten om de film “Loft” aan appellante ter beschikking te stellen, en dit binnen de twaalf uur na de betekening van het tussen te komen vonnis, minstens de staking te bevelen van de onrechtmatige verkoopweigerings en geïntimeerde te verbieden om het ter beschikking stellen van de film “Loft” aan appellante te weigeren; (3) veroordeling van geïntimeerde in gebreke blijft aan de hoofdveroordeling te voldoen, met ingang van de dag na de betekening van het tussen te komen vonnis; (4) de verwijzing van geïntimeerde in de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding; (5) de voorlopige tenuitvoerlegging van het tussen te komen vonnis toe te staan.

In voormeld vonnis van 30 oktober 2008 nam de eerste rechter op basis van de door hem weerhouden motieven, de volgende beslissingen; (1) de vordering van appellante is ontvankelijk, doch wordt afgewezen als ongegrond; (2) appellante wordt verwezen in de gedingkosten; (3) het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad zoals voorzien in artikel 100 WHPC.

Grievens – voorwerp van het hoger beroep

3. Appellante houdt staande dat de weigering van geïntimeerde om appellante een kopie van de film “Loft” te bezorgen rechtsmisbruik inhield en een handeling uitmaakte die strijdig was met de eerlijke handelspraktijken (inbreuk op artikel 94/3 WHPC). De verkoopweigering van geïntimeerde kon niet gerechtvaardigd worden op objectieve gronde, zodat het belang dat geïntimeerde bij de verkoopweigering nastreefde niet rechtmatig was. Appellante zou een onredelijk nadeel ondervonden hebben door geen kopie van de film te hebben mogen ontvangen. Verder verwijt appellante aan geïntimeerde misbruik te hebben gemaakt van haar economische machtspositie (inbreuk op artikel 3, tweede lid, 2° en 3° WBEM).

Geïntimeerde benadrukt voorafgaandelijk dat appellante haar oorspronkelijke vordering in graad van hoger beroep aanpast en niet langer de afgifte van een kopie van de film “Loft” vordert, noch te staking vordert van een beweerde onrechtmatige verkoopweigering. De voorzitter van de rechtbank van koophandel zou als stakingsrechter niet louter het bestaan van een inbreuk op de WHPC kunnen vaststellen zonder de staking ervan te bevelen, zodat het hoger beroep dient te worden afgewezen als ongegrond.

Geïntimeerde poogt haar distributiesysteem te verantwoorden door het argument dat zij tracht haar eigen kosten (de minimumgarantie voor de filmrechten, de totale kostprijzen van de kopies van een film, de kosten voor marketing en publiciteitscampagne e.d.) te recupereren en haar winsten te maximaliseren. Bij de verdeling van de kopies van een film houdt zij rekening met het gemiddeld aantal toeschouwers van de filmzalen op jaarbasis, de regionale spreiding van de filmzalen, het comfort dat de filmzalen kunnen bieden, de kwaliteit van de installaties waarover de filmzalen beschikken en het bestaan van een courante handelsrelatie.

4. Appellante vraagt het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, het bestreden vonnis teniet te doen en opnieuw wijzende te zeggen voor recht dat geïntimeerde artikel 94/3 WHPC heeft geschonden door te weigeren een kopie van de productie “Loft” ter beschikking te stellen van appellante. Verder vraagt zij de geïntimeerde te verwijzen in de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen begroot aan de zijde van appellante op 1.200 EUR in eerste aanleg en op 1.200 EUR in hoger beroep, minstens de rechtsplegingsvergoedingen tussen partijen te compenseren, en het tussen te komen arrest uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal, zonder borgstelling en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

Geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep, met verwijzing van appellante in de gedingkosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen begroot aan de zijde van geïntimeerde op 1.200 EUR in eerste aanleg en op 1.200 EUR in hoger beroep.

Beoordeling

5. De film “Loft” is in première gestart op 22 oktober 2008.

Geïntimeerde betwist niet dat de in eerste aanleg door appellante gevorderde staking van de verkoopweigering van geïntimeerde een voorwerp had ten tijde van de dagvaarding (met name 13 oktober 2008) en de oorspronkelijke vordering van appellante ontvankelijk was.

Het tijdsverloop tijdens de hangende huidige procedure en in het bijzonder het feit dat de film “Loft” inmiddels niet meer wordt vertoond in filmzalen en reeds verkrijgbaar is op DVD en op digitale televisie, brengt met zich mee dat het onderdeel van de oorspronkelijke vordering van appellante m.b.t. de verplichte terbeschikkingstelling van een kopie van de film en de staking van de contractweigering, onder verbeurte van een dwangsom, op heden zonder voorwerp is.

Appellante blijft evenwel in beroep nog steeds gerechtigd de handelswijze van geïntimeerde te laten beoordelen en de vaststelling te vorderen van het bestaan van een inbreuk op artikel 94/3 WHPC. Appellante heeft er belang bij het bestreden vonnis op dat punt te horen wijzigen zonder de staking van de inbreuk te moeten eisen.

6. Krachtens artikel 94/3 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichtingen en bescherming van de consument (B.S. 29 augustus 1991, hierna afgekort: WHPC) is verboden elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, waardoor een verkoper de beroepsbelangen van één of meerdere andere verkopers schaadt of kan schaden.

De mogelijkheid tot verkoop- of contractweigering vloeit voort uit het beginsel van de wilsautonomie en uit de vrijheid van handel en is op zicht dus geoorloofd. De individuele vrijheid om zijn contractpartners te kiezen levert enkel een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige praktijk op wanneer ze rechtsmisbruik oplevert of de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (B.S. 29 september 2006, hierna genoemd WBEM) wordt geschonden.

Rechtsmisbruik inzake verkoop- of contractweigering is voorhanden wanneer het belang om niet te leveren ontbreekt, met andere woorden wanneer de weigering willekeurig en zuiver discriminatoir is, of wanneer de weigering een kenmerkend onevenwicht in de belangen van de partijen creëert. Krachtens artikel 3, eerste lid WBEM is het verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing nodig is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan o.m. bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers (artikel 3, tweede lid, 2° WBEM) of in het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkeneend bij de mededinging (artikel 3, tweede lid, 3° WBEM).

Onder het begrip “machtspositie” dient te worden verstaan “de positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen” (artikel 1, 2° WBEM).

Appellante verwijt geïntimeerde zowel rechtsmisbruik als misbruik van machtspositie op de Belgische markt.

Het behoort aan appellante het bewijs te leveren van het voorhanden zijn van rechtsmisbruik of van een eventuele inbreuk op de WBEM.

7. Appellante stoelt haar vordering in de eerste plaats op de theorie van het rechtsmisbruik. Zij verwijt geïntimeerde kopies van de film ter beschikking te hebben gesteld aan filmzalen met een lagere referteschiif dan de referteschiif van haar zaal Liberty in Brugge (voor 2008: 977). Een aantal van de filmzalen die een kopie ontvingen (bijvoorbeeld Beverly Screens in Knokke), zouden geen vaste klanten zijn van geïntimeerde. Gezien de bestaande handelsrelatie tussen partijen zou geïntimeerde op de hoogte zijn dat de technische uitrusting van de zaal Liberty in Brugge voldoet aan alle technische vereisten. In de stad Oostende zou de film wel vertoond zijn in twee filmzalen, terwijl Oostende minder inwoners telt dan Brugge.

Aan een verdeler van films mag niet de principiële vrijheid ontzegd worden zelf zijn commerciële strategie, met inbegrip van zijn distributiebeleid, te bepalen.

Ongeacht de precieze kostprijs van een kopie van een film (zijnde een geschilpunt tussen partijen) dient een verdeler van films erop te letten dat het ter beschikking stellen van een film een voor hem renderende en winstgevendende operatie betekent. Een filmverdelers moet zich erop kunnen beroepen dat het geven van een kopie aan een bepaalde uitbater van een filmzaal economisch niet interessant zou zijn. Aan de verdeler mag het nemen van financiële risico's niet opgedrongen worden.

Geïntimeerde blijkt van de film “Loft” 32 kopies in omloop te hebben gebracht (stuk 14 bundel appellante).

Artikel 2 van het ministerieel besluit van 13 maart 1986 betreffende de huurprijs van de films bestemd voor commerciële vertoning (B.S. 20 maart 1986) bepaalt dat de huurprijs van de vertoonde films voor elk volledig programma, de actualiteiten niet inbegrepen, niet meer mag bedragen dan 50% van de netto-ontvangst. Wanneer voor de vertoning van een volledig programma het aantal verkochte entreekaartjes 50% meer bedraagt dan de referteschiif, wordt dit maximumpercentage op 55% van de netto-ontvangst gebracht.

Voor de bioscoopzalen met een referteschiif gelijk aan of minder dan 300 verkochte entreekaartjes per vertoningsweek, met uitzondering van de bioscoopzalen uitgebaat door eenzelfde uitbater en in eenzelfde gebouwencomplex ondergebracht, mag de huurprijs van de vertoonde films voor elk volledig programma, de actualiteiten niet inbegrepen, niet meer bedragen dan 35% van de netto-ontvangst. Wanneer voor de vertoning van een volledig programma

het aantal verkochte entreekaartjes 50% meer bedraagt dan de referteschiif, wordt het maximumpercentage op 40% van de netto-ontvangst gebracht (artikel 3 M.B. van 13 maart 1986).

Bij het bepalen van de maximum huurprijs van films is de referteschiif van een filmzaal, zijnde het gemiddelde van de in de betrokken filmzaal verkochte entreekaartjes per vertoningsweek, berekend over het cinematografisch jaar dat aan het lopende voorafgaat, determinerend.

Een verdeler van films die met het ter beschikking stellen van een bepaalde film waarvan wordt verwacht dat deze succesrijk zal zijn, zoals in casu, een maximale omzet wenst te behalen, heeft, gelet op voornoemde artikelen 2 en 3 van het M.B. van 13 maart 1986, er financieel belang bij de film te verdelen onder de filmzalen met een referteschiif van meer dan 300 verkochte entreekaartjes per vertoningsweek.

Na onderzoek van de stukken, in het bijzonder de lijst van de filmzalen waar de film “Loft” in première is gestart op 22 oktober 2008 (stuk 14 bundel appellante) en de lijst met de referteschiif voor 2008 (stuk 9 bundel geïntimeerde) die van toepassing waren vanaf de eerst volledige filmweek van april 2008 (stuk 2 bundel geïntimeerde), stelt het hof vast dat al de filmzalen waaraan geïntimeerde een kopie van de film “Loft” ter beschikking heeft gesteld een referteschiif voor 2008 hadden van meer dan 300 verkochte entreekaartjes per vertoningsweek, en geïntimeerde bij de verdeling van de film “Loft” derhalve heeft getracht een maximale omzet te genereren.

De discussie tussen partijen omtrent de mogelijkheid van geïntimeerde om aan appellante te factureren op basis van het M.B. van 13 maart 1986, in het bijzonder nopens de hoegrootheid van de (al dan niet erkende) referteschiif van de zaal Liberty voor 2008, en de vraag of een aantal van de 32 filmzalen waar de film “Loft” werd vertoond voor 2008 al dan niet een lagere referteschiif hadden dan de filmzaal Liberty in Brugge, zijn dan ook irrelevant.

Geïntimeerde heeft er alle belang bij haar goede commerciële relaties met vaste klanten, met wie zij een belangrijke omzet kan verwezenlijken, in stand te houden. Bij de verdeling van de kopies mag zij rekening houden met de infrastructuur van de filmzalen.

Dat een aantal van de filmzalen die een kopie van de film “Loft” ontvingen, geen vaste klant waren/zijn van geïntimeerde, kan niet worden afgeleid uit het dossier. Het staat daarentegen wel vast dat tussen partijen nimmer een vaste handelsrelatie heeft bestaan. Appellante erkent dat geïntimeerde weinig films verdeelt die haar doelgroep aanspreken en dat zij enkel in 1995 en in 2001 één film bij geïntimeerde heeft gehuurd.

Appellante betwist niet dat de filmzaal Cine Rialto in Oostende en Kinopolis Oostende vaste klanten zijn van geïntimeerde en, in tegenstelling tot de filmzaal Liberty, meerdere zalen hebben.

Of de 32 filmzalen zich tegenover geïntimeerde contractueel verbonden om de film “Loft” dagelijks meermaals te vertonen

gedurende minimum zes opeenvolgende weken en appellante geen dagelijkse vertoning kon aanbieden, blijkt nergens uit, doch doet geen afbreuk aan hogervermelde vaststellingen van het hof.

Appellante beweert dat het feit dat zij geen kopie van de niet substitueerbare film “Loft” mocht ontvangen, met een groot omzetverlies voor het ganse najaar van 2008 als gevolg, haar een onevenredig nadeel berokkent. De niet-afgifte van een kopie aan appellante zou de dominante positie van de Kinopolis-groep versterkt hebben zodat het voortbestaan van de filmzaal Liberty op termijn onmogelijk zou worden.

Deze beweringen kunnen niet worden beaamd. Geen bewijs ligt voor dat de aangroei van het bezoekerscijfer in de 32 filmzalen ten gevolge van de vertoning van de film “Loft” voor appellante een onevenredig verlies van bezoekers in het najaar van 2008 met zich meebracht. Jaarlijks komen er talrijke films uit. Appellante is reeds jaren bedrijvig op de filmmarkt zonder films te huren van geïntimeerde (op twee films na) zodat de aangeklaagde weigering de levenskansen van appellante niet in het gedrang bracht. De film “Loft” werd niet enkel verdeeld onder de grote filmzalen, doch tevens onder middelgrote filmzalen.

Het hof is dan ook van oordeel, waarbij de eerste rechter wordt bijgetreden, dat geïntimeerde haar weigering om een kopie van de film “Loft” ter beschikking te stellen aan appellante op objectieve bedrijfseconomische motieven kan rechtvaardigen en enig rechtsmisbruik in hoofde van geïntimeerde niet bewezen voorkomt.

8. Appellante houdt verder voor dat geïntimeerde een economische machtspositie heeft op de Vlaamse markt die beperkt is tot de verdelers van de film “Loft”, minstens tot de verdelers van Vlaamse films, waarbij zij benadrukt dat geïntimeerde de exclusieve verdeler was van de niet substitueerbare film “Loft”.

Zij klaagt als een misbruik van machtspositie aan het feit dat geïntimeerde zonder objectieve gronden een kopie van de film heeft geweigerd aan appellante, waardoor de leefbaarheid van appellante in het gedrang werd gebracht, het feit dat een kopie werd verhuurd aan uitbaters van kleinere filmzalen met een vergelijkbare of zelfs minder gunstige positie dan appellante en het feit dat de machtspositie van de Kinopolis-groep werd versterkt (inbreuk op artikel 3, tweede lid, 2° en 3° WBEM). Appellante legt daarbij de nadruk op het feit dat de film “Loft” in de stad Brugge exclusief ter beschikking werd gesteld van de Kinopolis-groep. Ter staving van haar stelling verwijst zij naar een beslissing van de Raad voor de Mededinging van 1 oktober 2008 (stuk 17).

In tegenstelling tot de beperkende omschrijving van de betrokken markt door appellante is het hof van oordeel dat de betrokken productmarkt deze is van het verdelen van films onder de uitbaters van de bioscopen in België.

Opdat bepaalde producten tot dezelfde markt zouden behoren, is vereist dat zij in voldoende mate onderling substitueerbaar zijn. Producten die slechts in beperkte mate substitueerbaar zijn, behoren niet tot de relevante productmarkt.

Appellante voert de substitutieanalyse te summier uit. In casu dient de markt van de verdeling van films onder de uitbaters van de bioscopen in België te worden onderzocht en de marktpositie van geïntimeerde op die markt. Het volstaat niet om vast te stellen dat een bepaalde film als weinig substitueerbaar voorkomt. Uit het door appellante opgesteld overzicht van de films die geïntimeerde de afgelopen jaren zou hebben verdeeld (synthesebesluiten p. 15) blijkt dat geïntimeerde niet uitsluitend Vlaamse films verdeelt.

Nergens blijkt dat geïntimeerde een machtspositie inneemt op de markt van het verdelen van films in België. Appellante brengt geen stukken naar voor nopens het marktaandeel van geïntimeerde op de betrokken markt, de positie van concurrenten van geïntimeerde op dezelfde markt, de naambekendheid van geïntimeerde ed. Volgens haar syntheseconclusies (p. 15) zou geïntimeerde gemiddeld per jaar slechts vier films verdelen (over gans België).

Van het bestaan van een dominante positie van geïntimeerde op de betrokken markt wordt geen enkel bewijs geleverd. Het hoger beroep wordt dan ook afgewezen als ongegrond.”

Commentaar

1. Het arrest onderzoekt de beweerde inbreuk o.m. vanuit het oogpunt van artikel 94/3 van de handelspraktijkenwet van 14 juli 1991. Na het arrest, is deze wet opgeheven en vervangen door de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (B.S. 12.04.2010). De nieuwe wet bevat in artikel 95 echter een gelijkaardige bepaling als het oude artikel 94/3 zodat de nieuwe wet deze analyse niet verandert.

2. Het arrest maakt in punt 6 een toepassing van de leer van het Cassatiearrest van 7 januari 2000 (Arr. Cass. 2000, afl. 1 40; Bull. 2000, afl. 1, 39; Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2000, 405; R.C.J.B. 2001, 249, noot J. Stuyck.; R.W. 1999-00, 1269 met conclusie X. De Riemaecker; S.E.W. 2001, 363; T.B.H. 2000 (verkort), 369. Voor enkele commentaren zie o.m. J. Stuyck., “L’effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce”, R.C.J.B. 2001, 256-269; J. Stuyck., Handelspraktijken E. Story Scientia, 2004, randnr. 226-229; H. Swennen, “Na tien jaar, toch opnieuw: de wet economische mededinging en de wet handelspraktijken” in *De Belgische mededingingswet anno 2003*, J. Stuyck, P. Wytinck (Eds.), Kluwer, Mechelen, 2003, 224 e.v.; D. Vandermeersch, « een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijd op zich niet met de eerlijke handelspraktijken : de verkoopsweigering opnieuw bekeken » T.B.H. 2000, 372-377; D. Vandermeersch., *De mededingingswet*, Kluwer, 2007, p. 21-23; P. Wytinck, “De beperkende werking van de kartelwet op de wetgeving inzake onrechtmatige mededinging in België”, S.E.W. 2001, 338-341; P. Wytinck, “Enkele facetten van de relatie kartelwet-wetgeving inzake onrechtmatige

mededinging”, in *De wet handelspraktijken anno 2008*”, Kluwer, 2008, 167-186). Deze leer is ondertussen bij de “gewone” rechters goed ingeburgerd (zie o.m. Antwerpen, 30 juni 2005, *Jaarboek handelspraktijken en mededinging 2005*, 824; Vz. Kh. Antwerpen., 5 april 2007, A/06/08827. Zie eveneens Vz. Kh. Antwerpen, 1 maart 2007, A/06/09355; Vz. Kh. Antwerpen., 20 januari 2005, A/04/15598; Vz. Kh. Gent, 12 juli 2004, A/04/02031)

3. Interessant is verder dat het arrest van oordeel is dat er geen misbruik van recht is, maar vervolgens toch nog onderzoekt of er een inbreuk is op artikel 3 WEM. Een praktijk die niet in strijd is met artikel 2-3 WEM, kan volgens de theorie van het cassatiearrest van 7 januari 2000 nog wel een misbruik van recht uitmaken. Omgekeerd echter, indien er geen misbruik van recht is, is het niet evident dat er nog een inbreuk op artikel 3 WEM kan zijn, tenminste wanneer de rechter vaststelt dat er een objectieve rechtvaardiging is voor de verkoopsweigerings. In de analyse onder artikel 3 WEM, is nl. één van de criteria dat er geen misbruik is indien er een objectieve rechtvaardiging is tot verkoopsweigerings. Het is niet duidelijk in het besproken arrest of het Hof meende dat de twee begrippen niet overlappen, dan wel dat het Hof daar geen uitspraak over gedaan heeft omdat het reeds om andere redenen tot de conclusie kwam dat er geen inbreuk was op artikel 3 WEM.

Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel

29 juni 2010

Apotheek Simon bvba / Algemene Pharmaceutische Bond beroepsvereniging

Ondernemingsvereniging – voorwaarden toelating tot algemene vergadering – afweging belangen van volksgezondheid en economische orde

De Algemene Pharmaceutische Bond (de “APB”) is de overkoepelende beroepsfederatie die op nationaal vlak de beroepsbelangen van de Belgische officina-apothekers behartigt. De leden van APB zijn dus (federaties van) beroepsverenigingen.

De zaakvoerder van Apotheek Simon bvba, lid van een bij APB aangesloten beroepsvereniging, werd toegang tot de algemene vergadering van APB geweigerd. De reden voor die weigering is gelegen in de vaststelling dat die zaakvoerder geen apotheker is. Om diezelfde reden werd de zaakvoerder evenmin toegelaten tot de algemene vergadering als volmachtdrager van zijn echtgenote die wel apotheker is.

APB beroept zich hiervoor op art. 10 van zijn statuten dat als volgt luidt: “De Algemene Vergadering bestaat uit de afge-

vaardigden van alle effectieve leden. Zij komt geldig samen ongeacht het aantal aanwezige afgevaardigden, behalve in de uitzonderingsgevallen bepaald door de artikelen 38 en 39. Iedere apotheker die lid is van een Beroepsvereniging, mag de Algemene Vergadering bijwonen, maar heeft geen stemrecht. De toegevoegde leden, corresponderende leden en de ereleden kunnen de vergaderingen bijwonen op uitnodiging van het Bestuurscomité, maar ook zij hebben geen stemrecht.” APB interpreteert het begrip “apotheker” als apotheker-natuurlijke persoon en niet als apotheker-rechtspersoon.

Apotheek Simon bvba meent dat deze interpretatie een ongeoorloofd onderscheid inhoudt waardoor de mededinging op de Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan wordt beperkt. De weigeringsbeslissing, alsook art. 10 van de statuten van APB, moet worden beschouwd als een beperking van de mededinging in strijd met art. 2, §1 WBEM. Deze beperking kan volgens Apotheek Simon bvba niet worden gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de volksgezondheid. Dit doel kan immers op een minder ingrijpende manier worden bereikt, m.n. door het niet toekennen van stemrecht aan de apotheker. Apotheek Simon bvba wenst voor het concurrentiële nadeel dat zij daardoor ondervindt, te worden vergoed.

De rechtbank overweegt als volgt:

“18. Partijen zijn het erover eens dat de statuten van de APB geen effect hebben op de tussenstaatse handel, zodat art. [101 VWEU] niet moet worden toegepast. Er dient enkel toepassing te worden gemaakt van de Belgische mededingingswet.”

“20. De APB betwist niet dat haar statuten worden beschouwd als een besluit van een ondernemingsvereniging.”

“22. Een apotheker is een natuurlijke persoon die houder is van het wettelijk diploma van apotheker en die derhalve de artseneerbereidkunde mag uitoefenen (art. 4, §1 Koninklijk Besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen (B.S. 14 november 1967, err. 12 juni 1968)).

Een rechtspersoon kan geen apotheker zijn, maar enkel vergunninghouder voor het openen van een apotheek. Indien de vergunninghouder een rechtspersoon is, duidt hij één of meerdere apothekers-titularissen aan met het oog op het verzekeren van de verantwoordelijkheid voor de apotheek. Iedere apotheker-titularis is strafrechtelijk, burgerrechtelijk en tuchtrechtelijk verantwoordelijk voor de farmaceutische handelingen, voor het beheer van de apotheek voor zover dit rechtstreeks invloed heeft op de farmaceutische handelingen en voor het toepassen van de wetgeving, waaronder de bepalingen inzake goede farmaceutische praktijken in de apotheek (art. 4, §2ter Koninklijk Besluit nr. 78).

23. *Aangezien het doel van de APB erin bestaat de professionele belangen van het farmaceutisch corps te bestuderen, te bevorderen, te beschermen en te verdedigen, en hierbij in ieder geval rekening moet worden gehouden met de volksgezondheid, is het niet discriminerend om enkel apothekers toe te laten tot de algemene vergadering. Rechtspersonen-vergunninghouders worden geenszins van de algemene vergadering uitgesloten, maar moeten vertegenwoordigd worden door de apotheker-titularis, die de verantwoordelijkheid draagt voor de farmaceutische handelingen, voor het beheer van de apotheek voor zover dit rechtstreekse invloed heeft op de farmaceutische handelingen en voor het toepassen van de wetgeving. Gelet op het algemeen belang van de volksgezondheid dat primeert boven economische, financiële belangen, is het geoorloofd en verantwoord enkel houders van een diploma van apotheker tot de algemene vergadering van de APB toe te laten.*

Het feit dat de apothekers-rechtspersonen moeten worden vertegenwoordigd door een apotheker (houder van het wetelijk diploma) vormt geen beperking van de mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel ervan.

24. *De bvba APOTHEEK SIMON wijst erop dat huidige discussie geen alleenstaand geval is en verwijst naar een zaak voor het Europees Hof van Justitie, met name Europese Commissie tegen Italië (zaak C-531/06), waarbij om de toetsing van het vigerende Italiaanse recht met het [VWEU] wordt verzocht omwille van het feit dat volgens Italiaans recht het houden van een apotheek enkel voorbehouden is aan natuurlijke personen, houder van een diploma van apotheker en aan rechtspersonen, exclusief bestaande uit natuurlijke personen, houder van het diploma van apotheker.*

In deze zaak werd op 19 mei 2009 een arrest gewezen, waarbij het beroep van de Europese Commissie werd verworpen.

25. *Aangezien art. 10 van de statuten van de APB art. 2, §1 WBEM niet schendt, is deze bepaling niet van rechtswege nietig en dient de vordering tot schadevergoeding wegens de beweerde schending te worden afgewezen als ongegrond.”*

Commentaar

Het vraagstuk naar de spelregels inzake lidmaatschap die een beroepsfederatie ingevolge het mededingingsrecht moet respecteren, is door het Gerecht uitgekristalliseerd (zie bijv. Gerecht, *Métropole télévision SA e.a. t/ Europese Commissie*, gevoegde zaken T-528/93 en T-546/93, *Jur.* 1996 II-649).

Ditmaal staan niet de regels inzake lidmaatschap zelf ter discussie, maar de toegang (zonder stemrecht) tot de algemene vergadering van een beroepsfederatie. Het betreft daarenboven een overkoepelende beroepsfederatie, wiens leden dus beroepsfederaties zijn die op hun beurt de eigenlijke beroepsbeoefenaars vertegenwoordigen. De vraag stelt zich of dergelijke overkoepelende beroepsfederatie vrijelijk de toegang van de beroepsbeoefenaars tot haar algemene

vergadering kan regelen, dan wel dat zij hierin wordt beperkt door het mededingingsrecht.

Het hierboven weergegeven vonnis gaat niet in op dit vraagstuk aangezien de rechtbank van oordeel is dat in de hem voorgelegde zaak het algemeen belang van de volksgezondheid dient te primeren op de economische belangen.

Een eigenlijke mededingingsrechtelijke analyse had o.i. vooreerst een antwoord gevergd op volgende vraag: kan de individuele deelname aan de algemene vergadering van APB een merkbare impact hebben op de concurrentiële positie van een apotheker? Het is enkel indien deze vraag positief wordt beantwoord dat art. 10 van de statuten en de weigeringsbeslissing van APB verder dienen te worden getoetst aan het mededingingsrecht. Het vonnis laat alvast toe een tweetal vaststellingen te doen die een positief antwoord in de weg lijken te staan. Vooreerst zal de apotheker in geen geval stemrecht hebben zodat hij geen directe impact op de besluitvorming heeft. Bovendien wordt de apotheker reeds in APB (en in het bijzonder in de algemene vergadering) vertegenwoordigd door zijn eigen beroepsfederatie. *Prima facie* valt daarom niet in te zien hoe de weigeringsbeslissing een merkbare impact kan hebben op de concurrentiële positie van een apotheker. Een mededingingsrechtelijke analyse lijkt derhalve tevens tot een afwijzing van de vordering te leiden.