

Rep. nr. 03/16

*

AR. NB-011-14
E/XXXX

*

Tegensprekelijke
eindbeslissing
d.d. 28 januari 2016

*

Beroep tegen de
beslissing van de Kamer
van eerste aanleg van 24
september 2014

*

VAN RECHTSWEGE
UITVOERBAAR BIJ
VOORRAAD
NIETTEGENSTAANDE
CASSATIEBEROEP

KAMER VAN BEROEP die met volle rechtsmacht kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten worden behandeld, ingesteld bij de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, bij artikel 144 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

BESLISSING

In de zaak van:

A..., met maatschappelijke zetel te XXXX,

Appellante, vertegenwoordigd door mr B... *loco* mr. C..., advocaat te XXXX.

Tegen:

RIZIV – DIENST VOOR GENEESKUNDIGE
EVALUATIE EN CONTROLE, openbare instelling
van sociale zekerheid, met zetel te 1150 Brussel,
Tervurenlaan 211,

geïntimeerde, voor wie zijn verschenen, mevrouw D... apotheker-inspecteur en mevrouw E..., attaché, ambtenaren bij geïntimeerde.

*
* *

Op de openbare terechtzitting van 22 oktober 2015 heeft geen enkele partij de toepassing gevraagd van artikel 18, § 2, tweede lid, van het Koninklijk besluit van 9 mei 2008 tot bepaling van de werkingsregels en het Procedurereglement van de Kamers van eerste aanleg en van de Kamers van beroep bij de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle van het RIZIV.

VOORGAANDEN IN DE PROCEDURE

Gelet op de gedingstukken, in het bijzonder:

- het verzoekschrift van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van het RIZIV, neergelegd ter griffie van de Kamer van eerste aanleg op 3 juli 2013;
- de beslissing van de Kamer van eerste aanleg van 24 september 2014, ter kennisgeving gebracht aan de A... op 29 september 2014;

- het verzoekschrift tot hoger beroep van de A... van 23 oktober 2014, ontvangen ter griffie van de Kamer van beroep op 25 oktober 2014;
- de conclusie voor de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van 9 januari 2015, neergelegd bij de griffie van de Kamer van beroep op 9 januari 2015;
- de beroepsconclusie voor de A... van 13 april 2015, ontvangen ter griffie van de Kamer van beroep op 15 april 2015;
- de syntheseconclusie voor de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van 23 april 2015, neergelegd bij de griffie van de Kamer van beroep op 23 april 2015;
- de vaststelling van rechtsdag op 22 oktober 2015.

Gehoord op de openbare terechtzitting van 22 oktober 2015:

- mr B... in de uiteenzetting van de middelen en conclusies namens de A... (appellante);
- mevrouw E... en mevrouw D... in de uiteenzetting van de middelen en conclusies namens de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (geïntimeerde).

De geïntimeerde verklaarde ter terechtzitting van 22 oktober 2015 dat het standpunt nopens de administratieve geldboete werd gewijzigd, in die zin dat er geen opsplitsing in de tijd wordt gemaakt, maar dat de zwaarste sanctie wordt gevorderd.

De appellante verklaarde hiertegen bezwaar te maken en wierp op dat een mondelinge wijziging niet toelaatbaar is en dat een wijziging in de huidige stand van de zaak ook niet mogelijk is.

De beide partijen verklaarden zich akkoord om de zaak in beraad te laten nemen in de stand waarin zij zich bevond.

De debatten werden gesloten, de zaak werd in beraad genomen en voor uitspraak gesteld op de buitengewone openbare terechtzitting van 26 november 2015, en vervolgens verdaagd wegens verdere beraad naar de buitengewone openbare terechtzitting van 23 december 2015 en van heden.

*
* *

1. De tenlasteleggingen

De A... is een apotheekgroep gespecialiseerd in het leveren van medicatie aan instellingen zoals woonzorgcentra, rusthuizen, rust- en verzorgingstehuizen, serviceflats en psychiatrische centra. De groep beschikt over 11 apotheken.

De A... levert de geneesmiddelen volgens de klassieke methode en volgens de geautomatiseerde "Individuele Medicatie Voorbereiding" (Multidosis IMV). De IMV wordt hoofdzakelijk gebruikt bij levering aan residenten. Het betreft een methode waarbij de medicatie per resident en per innamemoment in afzonderlijk verpakte zakjes wordt geleverd.

Aan de A... werd, als ontvanger van de ten onrechte aangerekende bedragen en als rechtspersoon die de zorgverleners tewerkstelt, ten laste gelegd ten onrechte de sommen te hebben ontvangen die door de apotheker-titularis van de apotheek, gelegen te XXXA, ten onrechte werden aangerekend voor farmaceutische specialiteiten waarvan de unieke streepjescode meermaals werd ingelezen.

De tenlasteleggingen worden gesitueerd in de periode van **01/11/2010 tot en met 30/06/2012**. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen:

Tenlastelegging 1

Het ten onrechte aanrekenen aan de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen van farmaceutische specialiteiten, waarvan de unieke streepjescode zowel in de apotheek F...(APB nr. XXXX), gelegen XXXA, als in een andere Belgische apotheek werd ingelezen.

Tenlastelegging 2

Het ten onrechte aanrekenen aan de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen van farmaceutische specialiteiten waarvan de unieke streepjescode werd meermaals in de apotheek F...(APB nr. XXXX), gelegen XXXA ingelezen.

Als wettelijke basis voor de tenlasteleggingen wordt door de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle verwezen naar:

- de artikelen 2, 42, 48, §1, 72bis, §1, 73bis, 77quater, 138, 142, §1, 142, §2 en 146, §1 van de Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 (ZIV-wet 1994);

- de artikelen 2 en 90, §2 van het koninklijk besluit van 21 december 2001 tot vaststelling van de procedures, termijnen en voorwaarden inzake de tegemoetkoming van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen in de kosten van farmaceutische specialiteiten;

- artikel 5, C 19bis van het koninklijk besluit van 15 juni 2001 tot vaststelling van de gegevens inzake te tarifieren verstrekkingen die de tarifieringsdiensten aan de verzekeringsinstellingen moeten overmaken.

- artikel 3, A 2°bis van het koninklijk besluit van 22 januari 2004 tot vaststelling van de gegevens inzake te tarifieren verstrekkingen die de verzekeringsinstellingen aan het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering moeten overmaken.

- de artikelen 2 en 8, §6 van de nationale overeenkomst tussen de apothekers en de verzekeringsinstellingen (in werking getreden op 1 januari 1996).

In de synthesesnota besluit de Dienst voor Geneeskundige Controle tot een volgend aantal ten onrechte aangerekende verpakkingen:

TLL 1 vóór 18/03/2012:

Van 1238 verpakkingen van een farmaceutische specialiteit werd de unieke streepjescode een tweede maal ingelezen in de eigen apotheek, die reeds een eerste maal werd ingelezen in een andere Belgische apotheek, en dit voor een bedrag van € 30.521,16.

TLL 2 vóór 18/03/2012 :

Van 1030 verpakkingen van een farmaceutische specialiteit werd de unieke streepjescode meermaals ingelezen in de eigen officina en dit voor een bedrag van € 22.899,89.

TLL 1 vanaf 18/03/2012 :

Van 514 verpakkingen van een farmaceutische specialiteit werd de unieke streepjescode een tweede maal ingelezen in de eigen apotheek, die reeds een eerste maal werd ingelezen in een andere Belgische apotheek, en dit voor een bedrag van € 12.941,22.

TLL 2 vanaf 18/03/2012 :

Van 177 verpakkingen van een farmaceutische specialiteit werd de unieke streepjescode meermaals ingelezen in de eigen officina en dit voor een bedrag van € 4.967.

Het totaal ten onrechte aangerekende bedrag werd bepaald op de som van **€ 71 329,49**.

Het proces-verbaal van vaststelling werd opgemaakt op 19 november 2012 en aangetekend verzonden aan de A... op 20 november 2012.

*
* *

2. De bestreden beslissing van de Kamer van eerste aanleg

2.1. Bij verzoekschrift van 3 juli 2013, neergelegd ter griffie van de Kamer van eerste aanleg, vordert de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle de veroordeling van de A... tot terugbetaling van de waarde van de ten onrechte aangerekende farmaceutische verstrekkingen voor een bedrag van € 71.329,49.

Er werd tevens gevraagd om aan de A... een administratieve geldboete op te leggen van € 28.237,66, namelijk :

- voor de periode van 1 november 2010 tot en met 17 maart 2012 overeenkomstig artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek een administratieve geldboete van € 250 (x 5,5 opdecimen), zijnde € 1.375;
- voor de periode van 18 maart 2012 tot en met 30 juni 2012 overeenkomstig artikel 142, §1, 1° van de ZIV-wet een administratieve geldboete van 150 % of € 26.862,66.

2.2. De Kamer van eerste aanleg verklaarde de vordering van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle bij beslissing van 24 september 2014 integraal gegrond.

De A... werd veroordeeld tot terugbetaling van de waarde van de ten onrechte aangerekende farmaceutische verstrekkingen voor een bedrag van € 71.329,49.

Zij werd tevens veroordeeld tot betaling van een administratieve geldboete voor een bedrag van € 28.237,66.

*

Deze beslissing is in het bijzonder gesteund op volgende motieven.

De Kamer van eerste aanleg stelde vast dat het onderzoek op een correcte wijze is gevoerd en dat de wijze waarop het is gestart zonder belang is. Er werd tevens geoordeeld dat er geen reden is om de rechtsgeldigheid van de processen-verbaal of de duur van het onderzoek in vraag te stellen. De Kamer van eerste aanleg oordeelde dat de rechten van verdediging werden gerespecteerd en dat de bijstand van een advocaat bij het verhoor (Salduz-leer) niet van toepassing is.

De A... werd volgens het eigen organisatiemodel verantwoordelijk geacht voor het leveren van de geneesmiddelen. Het feit dat daarbij beroep werd gedaan op derden (groothandels/firma's gespecialiseerd in software) volstaat volgens de Kamer van eerste aanleg niet om de verantwoordelijkheid af te wijzen.

Het feit dat de A... de terugname van reeds eerdere verkochte geneesmiddelen toeliet zonder daaraan onmiddellijk de vernietiging ervan vast te koppelen, is volgens de Kamer van eerste aanleg haar uitsluitende verantwoordelijkheid en kan niet aan een fout van het informaticasysteem worden toegeschreven. Het betreft een foutief opgezet systeem, waarvan het teruggevorderde bedrag aantoont dat het om systematisch misbruik gaat, hetgeen opzet impliceert.

De terugvordering werd om deze redenen terecht geacht. Om dezelfde reden is er volgens de Kamer van eerste aanleg geen enkele aanleiding om rekening te houden met verzachtende omstandigheden bij het bepalen van de administratieve geldboete.

3. De vordering van de partijen in hoger beroep

3.1. De A... (de appellante) vordert in het kader van het hoger beroep de beslissing van de Kamer van eerste aanleg van 24 september 2014 te vernietigen en opnieuw wijzend te zeggen voor recht dat de tenlastegelegde feiten niet bewezen zijn en derhalve niet kunnen worden weerhouden.

Zij vraagt tevens te zeggen voor recht dat de processen-verbaal die deel uitmaken van het dossier van de rechtspleging nietig zijn.

In ondergeschikte orde, wordt gevraagd te zeggen voor recht dat de appellante geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor de ingeroepen inbreuken en de appellante hiervan vrij te spreken. Zij vraagt minstens te zeggen voor recht dat haar geen schuld treft gelet op de strafuitsluitingsgrond van de onwetendheid/onoverkomelijke dwaling.

In nog meer ondergeschikte orde, vraagt de appellante toepassing te maken van artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek en haar minstens op basis van deze strafuitsluitingsgrond vrij te spreken van de ten laste gelegde inbreuken.

In uiterst ondergeschikte orde, vordert de appellante om haar het voordeel van de opschorting, minstens uitstel te verlenen, dan wel minstens een milde toepassing te maken met betrekking tot de administratieve geldboete en deze volledig met opschorting op te leggen.

3.2. De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van het RIZIV (de geïntimeerde) vraagt bij beroepsconclusies het hoger beroep ontvankelijk te verklaren doch af te wijzen als ongegrond en de beslissing van de Kamer van eerste aanleg te bevestigen.

Ter openbare terechtzitting van 22 oktober 2015 werd door de geïntimeerde verklaard dat de vordering wordt aangepast in die zin dat voor alle tenlasteleggingen de zwaarste sanctie wordt gevorderd.

4. De grieven van het hoger beroep

4.1. De appellante vat de grieven samen als volgt:

“De Kamer van eerste aanleg beperkt zich ertoe te stellen dat zij niet twijfelt aan de regelmatigheid van het onderzoek gevoerd door de DGEC. Nochtans heeft appellante in haar besluiten in eerste aanleg verschillende procedure nietigheden opgeworpen en gemotiveerd.

De Kamer van eerste aanleg stelt enkel zeer algemeen dat zij geen reden ziet om te twifelen aan de regelmatigheid van het onderzoek.

Dit maakt een schending uit van de wet van 29.07.91 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen.

Bovendien is het standpunt van de Kamer van eerste aanleg dewelke stelt dat het informaticasysteem van appellante een foutief opgezet systeem betreft erg verregaand.

Appellante is ten zeerste gegriefd dat de Kamer van eerste aanleg zonder enig bewijs stelt dat het om een systematisch misbruik zou gaan, quod non.

De Kamer van eerste aanleg gaat hierbij geheel voorbij aan artikel 2268 B.W. dat stelt dat goede trouw steeds wordt vermoed.

Indien de Kamer van eerste aanleg van oordeel is dat in hoofde van appellante sprake is van opzet, en aldus kwade trouw, kan zij dit enkel indien deze kwade trouw bewezen wordt.

In casu heeft appellante te goeder trouw uiteengezet dat zij na de vaststellingen van de sociale inspecteurs zelf een nazicht en controle heeft laten uitvoeren. Hier is dan gebleken dat er fouten zijn opgedoken in het informaticasysteem, waar zij zelf uiterst verontwaardigd over was.

Indien appellante het informaticasysteem zou hebben willen misbruiken om alzo tot winstmaximalisatie te komen, quod certe non, zou zij uiteraard niet openlijk hebben weergegeven op welke wijze haar informaticasysteem bij nader inzien gefaald heeft.

Tot slot stelt appellante vast dat de Kamer van eerste aanleg volledig heeft nagelaten uitspraak te doen over de aansprakelijkheid in hoofde van appellante en meer bepaald de toepassing van art. 5, lid 2 S.W. te onderzoeken.

Dit maakt eveneens een schending uit van de motiveringsplicht."

De appellante herneemt vervolgens integraal de uiteenzetting in eerste aanleg en vult deze aan.

Daarbij wordt achtereenvolgens ingeroepen:

- in hoofdorde : dat de vordering van de geïntimeerde onontvankelijk is bij gebrek aan bewijs en/of schending van artikel 6 EVRM;
- in ondergeschikte orde: dat de appellante geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor de voorgehouden inbreuken;
- in meer ondergeschikte orde: dat toepassing moet worden gemaakt van artikel 5, tweede lid Strafwetboek en er moet worden nagegaan wie de zwaarste fout heeft begaan in vergelijking met de rechtspersoon;
- in uiterst ondergeschikte orde : dat bij de strafmaat met verzachtende omstandigheden rekening te houden is en dat, mede gelet op de afwezigheid van precedenten, een uitstel van de tenuitvoerlegging van een eventuele veroordeling, minstens een milde toepassing van de strafsancities gevraagd wordt.

4.2. De geïntimeerde acht de grieven ongegrond.

De geïntimeerde betwist dat er sprake zou zijn van een schending van artikel 6 EVRM en stelt dat het onderzoek en de verhoren volkomen volgens de toepasselijke wettelijke bepalingen zijn verlopen.

De geïntimeerde stelt vast dat de tenlastelegging niet wordt betwist, doch dat de appellante stelt dat zij hiervoor geen verantwoordelijkheid draagt.

De redenen die daartoe worden aangehaald, kunnen volgens de geïntimeerde deze stelling echter niet staven.

De geïntimeerde betwist een toepassing van artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek, omdat het strafrecht op de huidige procedure niet van toepassing is en de appellante aansprakelijk wordt gesteld op basis van artikel 2n van de ZIV-wet 1994.

De geïntimeerde stelt ten slotte dat het gebrek aan foutmelding door het computersysteem geen rechtvaardigingsgrond inhoudt en dat ook het gebrek aan antecedenten niet uitsluit dat een administratieve geldboete wordt opgelegd.

*
* *

5. Beoordeling

5.1. De ingeroepen schending van de motiveringsplicht door de Kamer van eerste aanleg

De appellante werpt vooraf op dat de beslissing van de Kamer van eerste aanleg een schending inhoudt van de wet van 29 juli 1991 betreffende de motivering van bestuurshandelingen.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden.

5.1.1. Vooreerst past het op te merken dat de Kamer van eerste aanleg geen bestuursorgaan is, maar een administratief rechtscollege.

Als dusdanig dient de beslissing van dit rechtscollege te worden gemotiveerd overeenkomstig artikel 149 van de Grondwet (zie ook artikel 19, § 6 van het Procedurereglement van 9 mei 2008). De voormelde wet van 29 juli 1991 is niet van toepassing.

De motiveringsplicht bepaald in artikel 149 van de Grondwet betreft een vormvereiste.

De omstandigheid dat een motief verkeerd zou zijn, in rechte of in feit, kan geen schending van dit artikel opleveren (RvSt., 19 december 2007, X, nr. 178.063; RvSt., 25 april 2008, X, nr. 182.367; RvSt., 27 juni 2008, Vigier, nr. 184.904).

De verplichting als rechtscollege om te antwoorden op de regelmatig voorgedragen middelen, houdt niet de verplichting in om te antwoorden op de argumenten die tot staving van die middelen zijn aangevoerd en geen afzonderlijke middelen vormen (cf. Cass. 5 juni 1998, www.juridat.be).

5.1.2. De appellante toont naar het oordeel van de Kamer van beroep niet aan de Kamer van de eerste aanleg haar motiveringsplicht zou hebben miskend.

Bij grondige nalezing van de bestreden beslissing van 24 september 2014 blijkt dat de middelen die door de appellante zijn ingeroepen inzake de bewijsvoering, de schending van het recht van verdediging, het gebrek aan verantwoordelijkheid en de gevorderde sanctie, werden beantwoord.

Dit geldt ook voor de vraag van de appellante om de toepassing te onderzoeken van artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek, dat betrekking heeft op het verantwoordelijk stellen van de rechtspersoon uitsluitend wegens het optreden van een natuurlijke persoon.

De Kamer van eerste aanleg oordeelde immers dat indien medewerkers of derden fouten zouden hebben begaan het aan de appellante is om daarvan het bewijs te leveren en stelde tegelijk vast dat de fout, nl. het toelaten van terugname van eerder verkochte geneesmiddelen zonder onmiddellijke vernietiging, de uitsluitende verantwoordelijkheid van de appellante betreft (cf. blz. 11 beslissing Kamer van eerste aanleg van 24 september 2014).

Het middel betreffende de schending van de motiveringsplicht door de Kamer van eerste aanleg is niet gegrond.

5.2. De ontvankelijkheid van de vordering en de ingeroepen schending van artikel 6 EVRM

5.2.1. De appellante stelt dat het onderzoek werd gevoerd door de geïntimeerde in strijd met de rechten van verdediging zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM.

Deze stelling wordt betwist en werd ook niet gestaafd.

5.2.1.1. De appellante beroept zich vooreerst op het feit dat de aanleiding tot het onderzoek niet kenbaar is gemaakt door de geïntimeerde.

Deze vaststelling is correct, doch laat niet toe om te besluiten dat de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle zijn wettelijke opdracht zou hebben miskend, noch dat de rechten van verdediging zouden zijn geschonden.

De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (DGEC) is belast met het voeren van het onderzoek naar de realiteit en de conformiteit van de aanrekening van de verstrekkingen aan de ziekteverzekering (cf. art. 139, tweede lid, 3° ZIV-wet 1994).

De procedure volgens welke de onderzoeken worden ingesteld en uitgevoerd, wordt bepaald door het Comité bij het DGEC die hierop ook toezicht kan uitoefenen, zonder afbreuk te doen aan het initiatiefrecht van de Dienst en het geheim van het onderzoek zolang dit onderzoek nog niet voltooid is (art. 141, § 1, 3° ZIV-wet 1994).

De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle gaat over tot ieder onderzoek of iedere vaststelling, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van zijn Comité of op behoorlijk gemotiveerd verzoek van de minister, een van de bijzondere diensten van het instituut, de verzekeringsinstellingen of een in het Comité van de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle vertegenwoordigde beroepsorganisatie (art. 146, §2 ZIV-wet 1994).

In het licht van de voormelde wettelijke bepalingen toont de appellante niet aan dat de Dienst gehouden was de aanleiding of reden tot onderzoek kenbaar te maken, noch dat bij gebrek hieraan haar rechten van verdediging in het gedrang zouden gebracht zijn.

De appellante verwijst daartoe naar de rechten bepaald in artikel 6 lid 3 EVRM welke gelden ten aanzien van de persoon die wordt vervolgd of in beschuldiging is gesteld.

Deze rechten blijken ter zake te zijn nageleefd vanaf het ogenblik dat er sprake was van enige tenlastelegging.

Aan de hand van het proces-verbaal van vaststelling werd de appellante immers in kennis gesteld van de aard en de reden van de tenlasteleggingen. Deze werden ook herhaald in het inleidend verzoekschrift neergelegd door de geïntimeerde bij de Kamer van eerste aanleg. Alvorens hierover een beslissing werd genomen door de Kamer van eerste aanleg werd haar de nodige tijd en faciliteiten geboden voor de voorbereiding van haar verdediging, werd de mogelijkheid geboden en ook benut om zich te laten bijstaan door een advocaat en was het tevens mogelijk om een verzoek tot getuigenverhoor in te dienen.

In zoverre de argumentatie van de appellante betrekking heeft op het voorafgaand onderzoek/verhoor, werden de rechten van verdediging gewaarborgd door de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek en is er evenmin een reden om van een schending van artikel 6 EVRM te besluiten (cf. infra punt 5.2.1.3. en 5.2.1.4.).

5.2.1.2. De appellante werpt ten aanzien van het onderzoek ook op dat het tergend lang zou hebben geduurd alvorens dit werd opgestart en dat haar intussen de mogelijkheid om fouten recht te zetten werd ontzegd.

Ook deze stelling kan echter niet worden bijgetreden.

Het onderzoek betreft de vraag of de prestaties conform de ZIV-wet werden aangerekend aan de ziekteverzekering. Dit betreft de verantwoordelijkheid van de appellante, van wie mag worden verwacht dat zij hiermee als zorgverlener en medewerker van een openbare dienst (nl. de verplichte ziekteverzekering) zorgvuldig omgaat. Een onderzoek naar de aanrekening van prestaties over de afgelopen twee jaar kan binnen deze context dan ook niet geacht worden tergend te zijn, noch de rechten van verdediging te schenden.

5.2.1.3. De appellante stelt verder dat de processen-verbaal van verhoor nietig zouden zijn omdat de sociale inspecteurs zich van de zgn. getuigen stukken lieten overhandigen, buiten haar medeweten, en er geen kopie van de processen-verbaal aan de appellante werden verzonden.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden.

Eens te meer blijkt dat de inspecteurs hebben gehandeld conform de wettelijke voorschriften.

Overeenkomstig artikel 146, §1 ZIV-wet 1994 is het inspecterend personeel van de DGEC sociaal inspecteur in de zin van artikel 16, 1° van het Sociaal Strafwetboek.

Als dusdanig zijn de inspecteurs bevoegd om over te gaan tot elk onderzoek, elke controle, elk verhoor en het inwinnen van inlichtingen die zij nodig achten om zich te vergewissen van de naleving van de bepalingen waarop zij toezicht uitoefenen (art. 26 Sociaal Strafwetboek).

Zij mogen kopieën nemen of zich laten verstrekken binnen de grenzen bepaald in het Sociaal Strafwetboek (cf. art. 34 Sociaal Strafwetboek). Ook de gehoorde personen hebben het recht om te vragen dat de documenten in hun bezit bij het proces-verbaal van verhoor worden gevoegd (art. 62 Sociaal Strafwetboek). Dat de overhandiging van de stukken op zich moet gebeuren met medeweten van andere personen (zoals de werkgever), is nergens bepaald. Uit artikel 63 van het Sociaal Strafwetboek betreffende het recht van de persoon die werd verhoord om kosteloos een kopie van de tekst van zijn verhoor te verkrijgen, kan evenmin worden afgeleid dat dergelijke kopie aan andere personen over te maken is.

Dat de wettelijke bepalingen inzake het verhoor, het overhandigen van documenten of het verzenden van een kopie van het verhoor, zouden zijn geschonden, werd door de appellante niet aangetoond.

De vraag tot nietigverklaring van deze processen-verbaal werd evenmin gestaafd. Hierop kan bijgevolg niet worden ingegaan.

Zoals hierna uiteengezet, toont de appellante ook niet aan dat de naleving van de voormelde wettelijke voorschriften ter zake een schending zou uitmaken van de rechten van verdediging.

5.2.1.4. De appellante werpt op dat de rechten bepaald in artikel 6 EVRM zouden zijn geschonden omdat de apothekers-titularissen en de algemeen directeur tijdens hun verhoor niet werden bijgestaan door een advocaat, noch werden gewezen op hun zwijgrecht en niet de mogelijkheid kregen tot consultatie van een advocaat voorafgaand aan het verhoor.

Deze stelling is niet gesteund op een schending van artikel 62 van het Sociaal Strafwetboek, waarin is bepaald dat ieder verhoor aanvangt met de mededeling aan de ondervraagde persoon betreffende de rechten waarover hij beschikt (inzake weergave van alle vragen en antwoorden en inzake het verrichten van (onderzoeks)maatregelen binnen de bevoegdheid van de sociaal inspecteur), alsook betreffende het feit dat zijn verklaringen in rechte kunnen worden gebruikt. Er werd ook niet ingeroepen of aangetoond dat deze bepalingen zouden zijn geschonden.

De appellante beroept zich ter staving van de schending van de rechten van verdediging op artikel 6 EVRM en de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens betreffende het recht op bijstand van een advocaat in de fase van het verhoor (de zgn. Salduz-leer).

5.2.1.4.a) Het recht op bijstand van een advocaat gewaarborgd bij artikel 6.3. EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens, houdt in dat er in beginsel gedurende het volledige vooronderzoek toegang moet zijn tot een advocaat.

Het recht op bijstand van een advocaat is verbonden met de cautieplicht (de verplichting om de persoon voorafgaand aan het verhoor te informeren over zijn recht op stilzwijgen en op bijstand), met het zwijgrecht en het feit dat niemand kan verplicht worden om zichzelf te beschuldigen.

Deze rechten gelden evenwel in personam : een derde kan zich niet beroepen op de miskening van die rechten betreffende de belastende verklaringen, afgelegd lastens hem door een verdachte of beklagde die voor hem slechts een getuige is (cf. Cass. 29 november 2011, T. Strafr. 2011/6, 444, punt 23).

Volgens de synthesesnota opgemaakt door de geïntimeerde werden er zes personen gehoord, nl. vier apothekers, 1 technisch farmaceutisch assistent en 1 directielid, en dit als getuigen.

De inbreuken werden enkel ten laste gelegd aan de appellante, A....

De appellante kan zich ten aanzien van de verhoren van de voormelde personen (ex)werknemers), ten aanzien van wie geen inbreuken ten laste zijn gelegd, niet beroepen op een schending van het recht op bijstand van een advocaat, noch op de voormelde, hieraan verbonden rechten. Het betreft immers enkel een persoonlijk recht van de verhoorde persoon.

De appellante stelt weliswaar dat zij ook zelf werd verhoord, doch toont dit niet aan. In zoverre dit slaat op het verhoor van de algemeen directeur, staaft zij niet dat deze de bevoegdheid had om haar daarbij te vertegenwoordigen (als orgaan of bijzonder gemandateerde).

De ingeroepen schending van de rechten van verdediging kan bijgevolg niet worden bijgetreden.

5.2.1.4.b) Zelfs indien de appellante zou zijn verhoord in de persoon van de algemeen directeur, blijft overigens de vaststelling dat artikel 6 EVRM niet kan geacht worden te zijn geschonden.

Het recht op toegang tot een advocaat, zoals uitgelegd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens, is immers enkel aan de orde in zoverre de betrokkene zich in een kwetsbare positie bevindt (cf. EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, Salduz/Turkije, §54; Cass. 17 april 2012, P.11.0975.N/3, www.juridat.be).

Dit laatste blijkt ter zake niet het geval te zijn : de inspecteurs van de DGEC beschikken niet over de mogelijkheid om de vrijheid te benemen van de personen onderworpen aan hun toezicht, noch om andere dwangmaatregelen te nemen. De hen toegekende beperkte bevoegdheden hebben niet tot gevolg dat de appellante in voorkomend geval bij een verhoor door deze inspecteurs kan geacht worden zich in een kwetsbare positie te bevinden (cf. Cass. 17 april 2012, P.11.0975.N/3, www.juridat.be).

5.2.1.4.c) Ter staving van haar stelling roept de appellante nog een aantal bijkomende elementen in, doch deze laten niet toe om anders te oordelen.

Dit geldt vooreerst voor de verwijzing door de appellante naar artikel 47bis, § 1 van het Wetboek van Strafvordering. Deze verwijzing strekt er enkel toe om aan te tonen dat de vraag of de betrokkene al dan niet reeds

verdacht werd bij het verhoor, niet doorslaggevend is voor de toepassing van dit artikel 47bis, doch deze bepaling is ter zake niet van toepassing.

Ook de verwijzing naar de bijstand van een advocaat in het kader van een tuchtrechtelijke vervolging, laat niet toe om ter zake enige conclusie te trekken ten aanzien van de vraag of artikel 6 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens, van toepassing is.

Tenslotte kan de stelling dat minstens de beginselen van behoorlijk bestuur en de hieraan verbonden rechten van verdediging zouden geschonden zijn, evenmin worden bijgetreden. Deze beginselen betreffen het optreden van het actief bestuur (cf. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, blz. 58, nr. 47, voetnoot 106). De inspecteurs van de DGEC zijn echter niet als dusdanig opgetreden en zijn daartoe ook niet bevoegd. De bestreden beslissing werd ook niet door een bestuursorgaan, maar door een rechtsprekende instantie (de Kamer van eerste aanleg) genomen. Ten aanzien van deze instantie wordt niet ingeroepen dat de rechten van verdediging of het recht op een onpartijdige rechter zouden zijn geschonden.

*

Op grond van de voormelde overwegingen besluit de Kamer van beroep dat de ingeroepen schending van artikel 6 EVRM niet werd gestaafd door de appellante. Op de ingeroepen gevolgen hiervan dient niet te worden ingegaan.

5.3. De tenlasteleggingen en de terugvordering

5.3.1. Aan de appellante wordt in essentie ten laste gelegd dat zij in de periode van 1 november 2010 tot en met 30 juni 2012 ten onrechte farmaceutische specialiteiten liet aanrekenen aan de verplichte ziekteverzekering in het geval de unieke streepjescode een tweede maal werd ingelezen in de apotheek te XXXA en dit nadat zij eerder hetzij in een andere Belgische apotheek, hetzij in dezelfde apotheek was ingelezen.

De appellante betwist de vastgestelde dubbele aanrekening niet, noch dat dit op zich inhoudt dat ten onrechte farmaceutische specialiteiten worden aangerekend voor een verstrekking die niet werd afgeleverd (cf. beroepsconclusie appellante, blz. 37).

Overeenkomstig artikel 73bis van de ZIV-wet 1994 is het de zorgverleners en gelijkgestelden verboden, op straffe van maatregelen voorzien in artikel 142, § 1 van dezelfde wet om

“1° reglementaire documenten die de terugbetaling toelaten van de geneeskundige verstrekkingen op te stellen, te laten opstellen, af te leveren of te laten afleveren wanneer de verstrekkingen niet werden verleend of afgeleverd”.

Artikel 142, § 1 van de ZIV-wet 1994 bepaalt dat, onverminderd eventuele strafrechtelijke en/of tuchtrechtelijke sancties, de zorgverleners en

gelijkgestelden die zich niet schikken naar de bepalingen van artikel 73bis van dezelfde wet de hierna volgende maatregelen opgelegd :

“1° de terugbetaling van de waarde van de verstrekkingen die ten onrechte aan de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging werden ten laste gelegd en een administratieve geldboete van 50pct. tot 200 pct. van de waarde van de terugbetaling, bij een inbreuk op de bepalingen van artikel 73bis, 1° .”

De vaststelling dat er sprake is van een aanrekening van verstrekkingen die niet werden afgeleverd, heeft conform deze bepalingen in beginsel tot gevolg dat deze ten onrechte zijn aangerekend, dat de zorgverlener tot terugbetaling ervan gehouden is en dat een administratieve geldboete wordt opgelegd. Dit geldt ook voor de gelijkgestelde, zoals de appellante die de zorgverleners tewerkstelt en de zorgverlening en de inning van de door de ZIV-verzekering verschuldigde bedragen organiseert (cf. art. 2n. ZIV-wet 1994).

5.3.2. De appellante betwist dat deze gevolgen kunnen worden verbonden aan de vaststelling van de dubbele aanrekening van verstrekkingen omdat haar geen enkele fout of nalatigheid kan worden ten laste gelegd.

Zij stelt dat zij in dwaling zou zijn gebracht door het informaticasysteem die een dubbele lezing van dezelfde barcode niet als foutief aangaf en dat zij bijgevolg in onwetendheid was, terwijl zij zich als een redelijk en normaal voorzichtig persoon in dezelfde omstandigheden heeft gedragen.

Dit verweer kan niet worden bijgetreden.

Binnen de context van het huidig geschil werd vooreerst niet aangetoond dat de appellante erop kon vertrouwen dat het informaticasysteem waarop zij een beroep heeft gedaan specifiek bij elke dubbele inlezing van barcodes een foutmelding diende te geven. Dergelijke garantie staat niet te lezen in de informatie die de appellante betreffende de website van XXXX weergeeft. Enige andere garantieverklaring werd ook niet voorgelegd. Bijgevolg is het argument dat de appellante hierdoor in dwaling zou zijn gebracht, niet door de feiten onderbouwd.

Daarenboven blijkt ook de stelling dat de appellante zich als een zorgvuldig persoon heeft gedragen, niet terecht te zijn.

Het probleem betreft het beleid ten aanzien van de (ev. virtuele) terugkeer van medicatie die reeds was aangerekend aan de ziekteverzekering.

Een dubbele inlezing van dezelfde barcode is immers slechts mogelijk indien er geen duidelijke scheiding wordt gemaakt in de behandeling van de instroom van medicatie tussen nieuwe en teruggekeerde producten of in het geval men toelaat dat teruggekeerde producten die reeds werden aangerekend, opnieuw in dit circuit terecht komen. De organisatie en richtlijnen hieromtrent dienen duidelijk te zijn. Daarop dient bovendien de

nodige controle te worden toegepast.

Door een en ander in de organisatie van de apotheek op een voorzichtige en doeltreffende manier aan te pakken, wordt een dubbele aanrekening bij voorbaat vermeden en stelt men zich niet afhankelijk van het al dan niet ontbreken van een sticker van de apotheek op de verpakking of de instelling van het computersysteem.

Aangezien er van dergelijke aanpak evenwel geen sprake, noch spoor is en de verklaringen afgelegd door de apothekers in deze zaak op het tegendeel wijzen, dient te worden vastgesteld dat de appellante in de periode waarin de dubbele aanrekeningen ten laste zijn gelegd, een fout heeft begaan, minstens bestaande uit nalatigheid. Hetzelfde geldt voor de controle betreffende een dubbele inlezing in het computersysteem. Zo zij de proef op de som zou hebben genomen, zou zij immers hebben vastgesteld dat zij zich niet op het computersysteem kon verlaten en dat zij de nodige maatregelen diende te nemen.

Meteen is het ook duidelijk waarom het feit dat de appellante niet gealarmeerd werd door de tarificatiedienst, evenmin een argument is om te stellen dat zij te goeder trouw in onwetendheid zou zijn geweest. Zo zij de nodige initiatieven had genomen, in de zin zoals voormeld, kon zij immers zelf het probleem tijdig vaststellen en hieraan verhelpen. Van een onoverkomelijke dwaling kan er geen sprake zijn.

Op grond van de voormelde overwegingen besluit de Kamer van beroep dat de inbreuken die de appellante ten laste zijn gelegd in de periode van 1 november 2010 tot 30 juni 2012 integraal te weerhouden zijn.

5.3.3. Gelet op deze inbreuken is de appellante gehouden tot de terugbetaling van de waarde van de ten onrechte aangerekende verstrekkingen.

Deze werd in totaal bepaald op € 71.329,49 en wordt cijfermatig niet betwist.

De beslissing van de Kamer van eerste aanleg in zake de plicht tot terugbetaling van deze som is dan ook integraal te bevestigen.

5.4. De administratieve geldboete

5.4.1. De Kamer van eerste aanleg oordeelde dat de appellante gehouden is tot het betalen van een administratieve geldboete, bepaald op de som van € 28.237,66.

Deze som is samengesteld uit

- voor de periode van 1 november 2010 tot en met 17 maart 2012 overeenkomstig artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek een administratieve geldboete van € 250 (x 5,5 opdecimen), zijnde € 1.375;

- voor de periode van 18 maart 2012 tot en met 30 juni 2012 overeenkomstig artikel 142, §1, 1° van de ZIV-wet een administratieve geldboete van 150 % of € 26.862,66.

Ter openbare terechtzitting van 22 oktober 2015 werd door de geïntimeerde verklaard dat de vordering wordt aangepast in die zin dat voor alle tenlasteleggingen de zwaarste sanctie wordt gevorderd.

Op deze mondeling aangepaste vordering kan de Kamer van beroep niet ingaan.

In zoverre een hervorming van de beslissing van de Kamer van eerste aanleg wordt gevorderd door de geïntimeerde, diende zij incidenteel beroep in te stellen en dit bij conclusie (cf. artikel 2 en 1054 Gerechtelijk Wetboek).

Bij gebrek aan een rechtsgeldig incidenteel beroep kan de Kamer van beroep niet oordelen over een vordering tot verhoging van de administratieve geldboete.

5.4.2. De appellante betwist dat haar een boete kan worden opgelegd en verwijst in de eerste plaats naar artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek. Dit artikel bepaalt :

“Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.” (eigen onderstreping).

Afgezien van de vraag naar de toepasselijkheid van deze bepaling, is het duidelijk dat dit artikel hoe dan ook het opleggen van een administratieve geldboete aan de appellante niet in de weg staat.

Ter zake wordt de appellante immers niet uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon verantwoordelijk gesteld.

Zoals hoger vastgesteld, betreft de fout een nalatigheid in het beleid ten aanzien van de terugname van medicatie die reeds werd aangerekend in het kader van de ziekteverzekering.

Dat dit aan het optreden van welbepaalde natuurlijke persoon toe te schrijven is, blijkt niet en werd door de appellante ook niet ingeroepen.

De verwijzing naar artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek is hoe dan ook niet ter zake dienend;

5.4.3. De vordering tot het opleggen van een administratieve geldboete aan de appellante is overeenkomstig artikel 142, §1, 1° ZIV-wet 1994 principieel gegrond (cf. hoger punt 5.3.1.).

Gelet op de aard van de inbreuk en op de omvang van het aantal ten onrechte aangerekende verstrekkingen, is de Kamer van beroep van oordeel dat het bedrag van de boete door de eerste rechter terecht werd bepaald op € 28.237,66.

Het argument dat de ten onrechte aangerekende prestaties slechts een gering percentage uitmaken van de totale omzet van de appellante, laat niet toe om hierover anders te oordelen. Dit is immers geen reden om dit probleem te minimaliseren.

Naar het oordeel van de Kamer van beroep zijn er ter zake wel redenen om de boete met uitstel op te leggen.

Dat de appellante met opzet of bedrieglijk inzicht zou hebben gehandeld, blijkt vooreerst niet. Bovendien wordt ook niet betwist dat zij vooralsnog geen antecedenten kent.

In deze omstandigheden beslist de Kamer van beroep dat de administratieve geldboete overeenkomstig artikel 157 van de ZIV-wet 1994 wordt opgelegd met uitstel over een periode van drie jaar.

OM DIE REDENEN,

DE KAMER VAN BEROEP die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten behandeld worden,

Gelet op de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, in het bijzonder op de artikelen 144 en 145, en op artikel 112 van de Gezondheidswet van 13 december 2006;

Na beraadslaging in overeenstemming met het bepaalde in artikel 145 van de gecoördineerde wet, en artikel 19 van het Procedurereglement;

Recht doende op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep van de A... ontvankelijk.

Verklaart het hoger beroep van de A... gedeeltelijk gegrond, zoals hierna bepaald.

Bevestigt de beslissing van de Kamer van eerste aanleg van 24 september 2014 in zoverre de tenlasteleggingen weerhouden werden en de A... werd veroordeeld tot de terugbetaling van de waarde van de ten onrechte aangerekende prestaties voor een bedrag van € 71.329,49.

Vernietigt de beslissing van de Kamer van eerste aanleg van 24 september 2014 in zoverre aan de A... een effectieve administratieve geldboete van € 28.237,66 werd opgelegd.

Opnieuw wijzend.

Legt aan de A... een administratieve geldboete op van € 28.237,66 en verleent uitstel van de uitvoering ervan op voorwaarde dat de A... binnen een termijn van drie jaar met ingang van heden geen inbreuken pleegt op de ZIV-wet en haar uitvoeringsbesluiten.

Wijst het meer gevorderde af als niet toelaatbaar, minstens ongegrond.

Aldus uitgesproken door de Voorzitter op de buitengewone openbare terechtzitting van 28 januari 2016 van de Kamer van beroep die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten behandeld worden, ingesteld bij de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsuitkering, opgericht bij artikel 144 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, en ondertekend door:

- Marijke Demedts, magistraat, Voorzitter van de Kamer van beroep;
- Martin Volcke, griffier.

Volgen de handtekeningen:

De griffier,

De Voorzitter,

Martin Volcke

Marijke Demedts

De Kamer van beroep die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands behandeld moeten worden, die in die taal de zaak heeft gehoord en er in die taal over beraadslaagde, was samengesteld uit mevrouw Marijke Demedts, magistraat, stemgerechtigd Voorzitter, dokters André Tielens en Rafaël Vanstechelman, adviesgerechtigde leden, voorgedragen door de verzekeringsinstellingen, alsmede mevrouw Dorothy Goethals en de heer Paul Perdieu, adviesgerechtigde leden voorgedragen door de representatieve organisatie van het apothekerskorps.

De Kamer van beroep werd bijgestaan door de heer Martin Volcke, griffier.

De beslissingen van de Kamer van beroep zijn van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande beroep (artikel 156, § 1, eerste lid). De verschuldigde sommen worden binnen de dertig dagen volgend op de kennisgeving van de in het eerste lid bedoelde beslissingen betaald. Bij gebrek aan betaling binnen die termijn, brengen de nog verschuldigde sommen van rechtswege interesten op tegen de wettelijke rentevoet in sociale zaken zoals voorzien in artikel 2, § 3, van de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening, te rekenen vanaf het verstrijken van die termijn. (artikel 156, § 1, tweede

lid).