

Beslissing nr. 2001-V/M-02 van 10 januari 2001

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door BBUSO tegen Landsbond Der Christelijke Mutualiteiten en Regionale Christelijke Ziekenfondsen.

Gezien de klacht ten gronde dd. 19 mei 2000 gekend onder nr. MEDE-PK-00/0026;

Gezien de brief neergelegd op 19 mei 2000 waarbij een verzoek om voorlopige maatregelen werd ingediend door de Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie, met maatschappelijke zetel te 1860 Meise, Roodborstjeslaan 16, geregistreerd onder nr. MEDE-VMP-00/0033, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

De Landsbond Der Christelijke Mutualiteiten, met zetel te 1031 Brussel, Haachtsesteenweg 579

en

Alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen, waaronder de Christelijke Mutualiteiten Ieper, met zetel te 8900 Ieper, Sint Jacobstraat 24;

Gezien het onderzoeksverslag van de Afdeling Prijzen en Mededinging in toepassing van artikelen 14 en 23 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, dat op 25 september 2000 aan het Korps Verslaggevers werd overgemaakt;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers in toepassing van artikel 35 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, overgemaakt op 29 september 2000;

Gehoord op de zitting van 31 oktober 2000 :

- De heer Bert Stulens, verslaggever a.i.
- De Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie (hierna BBUSO), vertegenwoordigd door Mr. Philippe Delsaut, advocaat te Brussel;
- De Landsbond der Christelijke Mutualiteiten, vertegenwoordigd door de heer Marc Justaert, Voorzitter en bijgestaan door Mr. Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De Christelijke Mutualiteit Antwerpen, het Ziekenfonds Landelijke Bediendencentrale en Vooruitzicht Buurtspoorwegen Antwerpen, het Christelijk Ziekenfonds Leuven, de Christelijke Mutualiteit Roeselaere, de Christelijke Mutualiteit Ieper, de Christelijke Mutualiteit Oudenaarde, de Christelijke Mutualiteit Meetjesland/Eeklo, de Christelijke Mutualiteit Gent, de Christelijke Mutualiteit Dendermonde, vertegenwoordigd per volmacht door Mr. Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De Christelijke Mutualiteit Mechelen, de Christelijke Mutualiteit Turnhout, de Christelijke Mutualiteit Sint-Michielsbond/Brussel, de Christelijke Mutualiteit Brugge, de Christelijke Mutualiteit Kortrijk, de Christelijke Mutualiteit Oostende-Veurne-Diksmuide, de Christelijke Mutualiteit Tielt, de Christelijke Mutualiteit Aalst, de Christelijke Mutualiteit Waasland/Sint-Niklaas, de Christelijke Mutualiteit Limburg/Hasselt, vertegenwoordigd per volmacht door dhr. M. Justaert, dr. R. Van Den Oever, dr. J. P. Mousset, dhr. E. Houtevels en dhr. C. Reubens.

Gezien de memorie door de LCM neergelegd op 15 november 2000;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.) en o.m. artikel 35 luidens hetwelk de Voorzitter van

de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

I. De feiten

1. De Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie (hierna verder "BBUSO") is een beroepsvereniging met rechtspersoonlijkheid opgericht krachtens de Wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen (B.S., 8 april 1898) en het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 genomen in uitvoering van artikel 6 van de Wet van 31 maart 1989 op de beroepsverenigingen (B.S., 23-24 augustus 1948).

Overeenkomstig artikel 3 van haar statuten, stelt de BBUSO zich tot doel :

- a) De licentiaten in de tandheelkunde, die houder zijn van een universitair getuigschrift van tandarts-specialist in de dento-faciale orthopedie, te groeperen, teneinde hun groepsbelangen te bestuderen, te beschermen en te ontwikkelen;
- b) Het bevorderen van een degelijke universitaire opleiding tot specialist in de dento-faciale orthopedie, en een kwalitatief hoogstaande orthodontie na te streven;
- c) Bij te dragen tot het scheppen en het bewaren van een doelmatig solidariteit en een onberispelijke beroepswaardigheid in de betrekkingen tussen haar leden, net als tussen deze en de patiënten;
- d) De andere licentiaten in de tandheelkunde, de geneeskundige gemeenschappen en de openbare machten;
- e) De beroepsbelangen van haar leden bij de overheden en andere beleids- en beroepsinstanties te vertegenwoordigen;
- f) Op algemene wijze zich bezig te houden met al hetgeen betrekking heeft op de licentiaten in de tandheelkunde;
- g) De vereniging heeft tot doel het onderwijs, continue bijscholing, research en elke wetenschappelijke activiteit welke verband houdt met de orthodontie en de dento-faciale orthopedie, voor zijn leden mogelijk te maken en te promoten.

2. De Landsbond der Christelijke Mutualiteiten (hierna verder "LCM") is een landsbond van ziekenfondsen erkend krachtens de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (B.S., 28 september 1990).

Artikel 6 van de Ziekenfondswet omschrijft de landsbonden als "vereniging van tenminste vijf ziekenfondsen met hetzelfde streefdoel als bedoeld in artikel 3 van deze wet en die krachtens de hiervoor genoemde wet van 9 augustus 1963 gemachtigd zijn, als verzekeringsinstellingen, mee te werken aan de uitvoering van de verplichte ziekte - en invaliditeitsverzekering".

3. De Regionale Christelijke Ziekenfondsen zijn mutualiteiten erkend krachtens de Ziekenfondswet.

Artikel 2, §1 van de Ziekenfondswet omschrijft de ziekenfondsen als “verenigingen van natuurlijke personen die het bevorderen van het fysiek, psychische en sociaal welzijn als streefdoel hebben in een geest van voorzorg, onderlinge hulp en solidariteit”.

Artikel 3 van de Ziekenfondswet omschrijft de opdracht van een ziekenfonds als volgt:

“De ziekenfondsen moeten minstens een dienst oprichten die als doel heeft:

a) Het deelnemen aan de uitvoering van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, geregeld bij de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering indien zij hiervoor toelating hebben verkregen van de Landsbond;

b) Het financieel tussenkomen voor hun leden en de personen ten hunnen laste, in de kosten voortvloeiend uit de preventie en behandeling van ziekte en invaliditeit of het toekennen van uitkeringen in geval van arbeidsongeschiktheid of wanneer zich een toestand voordoet waarbij het fysiek, psychische of sociaal welzijn bedoeld in artikel 2 kan worden bevorderd;

c) Het verlenen van hulp, voorlichting, begeleiding en bijstand met het oog op het bevorderen van het fysiek, psychisch of sociaal welzijn, onder meer bij het vervullen van de opdrachten vermeld onder a) en b).”

4. Sedert eind februari 2000 bieden de Christelijke Mutualiteiten (hierna de CM), in navolging van de andere ziekenfondsen, een aanvullende verzekering “orthodontie” aan aan hun leden. Dit zou een rechtstreeks gevolg zijn van het feit dat de huidige terugbetalingstarieven sinds jaren niet meer zijn aangepast.

De leden van de CM kunnen in het kader van deze aanvullende verzekering aanspraak maken op een bijkomende tegemoetkoming, wanneer twee voorwaarden cumulatief zijn vervuld:

- De patiënt moet behandeld worden door een practicus (tandarts) die onder de voorwaarden gesteld door de CM als orthodontist wordt gekwalificeerd;
- De tandarts respecteert de door de CM vooropgestelde maximumtarieven.

Gelet op de door CM opgelegde voorwaarden, is verzoekende partij van oordeel dat de CM de voorwaarden bepalen waaronder een practicus als orthodontist wordt beschouwd, waarbij de CM bovendien een lijst opgesteld hebben met tandartsen die volgens hen als orthodontist kunnen worden beschouwd, zodat de patiënten als het ware gelooft worden naar de krachtens deze lijst erkende orthodontisten. Daarnaast meent verzoekster dat de CM maximumprijzen opleggen aan de practicus door te stipuleren dat, indien de kosten voor zijn behandeling een bepaald bedrag overschrijden (75.000fr), zij aan de patiënt helemaal geen bijkomende tegemoetkoming toekennen (zelfs niet pro rata). Teneinde dit te controleren zouden de CM de practicus verplichten een standaardovereenkomst af te sluiten met de CM, waarin de practicus zich akkoord verklaart met de door de CM vastgestelde maximumtarieven.

5. Door de LCM werd op 19 november 1999 een raamakkoord afgesloten met de Vlaamse Vereniging van Orthodontisten (hierna VBVO) (een andere beroepsvereniging van orthodontisten die naast verzoekster bestaat), waarin uitwerking wordt gegeven aan bovengenoemde principes. Het akkoord gold vanaf 1 oktober 1999, doch werd op 17 mei 2000 door de VBVO opgezegd.

Het raamakkoord maakt melding van drie bijlagen, nl.:

- Collectieve overeenkomst orthodontie in het kader van de aanvullende verzekering
- Individuele overeenkomst orthodontie in het kader van de aanvullende verzekering
- Modelformulier aanvraag tegemoetkoming orthodontische behandeling.

In het modelformulier wordt o.m. vermeld:

“Richttarief

0 Hij/Zij verbindt zich tot het respecteren van volgende richttarieven voor de eerste twee categorieën (inclusief wettelijke tegemoetkomingen) :

- maximum voor de orthodontische behandeling tijdens de actieve behandelingsperiode overeenstemmend met 24 maandforfaits 75.000fr

....

0 Hij/Zij wijkt in deze behandeling af van de richttarieven omwille van volgende redenen :

.....”

De BBUSO roept een schending van artikel 2 §1 van de W.B.E.M. in, wegens het rechtstreeks en/of zijdelings bepalen van de prijzen (horizontale en/of verticale prijsbinding) in het kader van de door de CM aangeboden aanvullende verzekering orthodontie. De BBUSO vordert dringende en voorlopige maatregelen teneinde een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te voorkomen voor bepaalde tandheelkundigen (waaronder haar leden) en dit in het kader van de manier waarop de aanvullende verzekering orthodontie door de CM wordt georganiseerd. Volgens de verzoekende partij zouden de leden van de BBUSO hun cliënteel dreigen te verliezen aan de leden van VBVO die de voorwaarden van de CM wel hebben aanvaard alsook aan de pratici die individueel een overeenkomst met de CM hebben afgesloten.

6. De BBUSO heeft de LCM en de CM Ieper op 30 maart 2000 tevens gedagvaard in kort geding voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, waarbij gevorderd werd dat:

- verweersters verbod zou opgelegd worden om in hun aanvullende verzekering nog langer erkenningscriteria voor orthodontisten en/of een maximumprijs te hanteren onder verbeurte van een dwangsom van 100.000fr per dag dat deze praktijk wordt voortgezet vanaf de betekening van het bevelschrift;
- de verweersters verbod zou opgelegd worden om de door hen gehanteerde lijst van orthodontisten te gebruiken of de inhoud ervan publiek te maken of er ook maar op enige wijze naar te verwijzen onder verbeurte van een dwangsom van 100.000fr vanaf de betekening van het bevelschrift;
- aan de verweersters zou bevolen worden om de lijst van de orthodontisten, althans het bestand voor intern gebruik, aan aanlegster te overhandigen onder verbeurte van een forfaitaire dwangsom van 1.000.000fr;
- aan de verweersters het verbod zou opgelegd worden om een bijkomende tegemoetkoming te weigeren in de aanvullende verzekering voor orthodontie, hetzij omdat de tandarts niet op de lijst staat van de door de verweersters erkende orthodontisten hetzij omdat het dossier geen bestek bevat afgeleverd door de practicus hetzij omdat de honoraria de grens overschrijden van hetgeen door de verweersters als een maximumtarief naar voor werd geschoven onder verbeurte van een dwangsom van 100.000fr per vastgestelde inbreuk vanaf de betekening van het bevelschrift;
- de uitvoering van de overeenkomst met de Vlaamse Beroepsvereniging voor Orthodontie alsmede de uitvoering van de overeenkomsten afgesloten met ieder van de tandheelkundigen als

opgenomen in de door de verweersters opgemaakte “deelnemerslijst” zou geschorst worden en geschorst te houden tot de Raad voor de Mededinging of de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan.

Bij beschikking dd. 9 juni 2000 heeft de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel de vordering ongegrond verklaard, waarbij gesteld werd dat aanlegster geen hoogdringendheid bewezen had, nu de door aanlegster aangevoerde urgentie hoofdzakelijk aan haar eigen talmen te wijten zou zijn en bovendien uit de overgelegde stukken niet voldoende bleek dat de aangevochten maatregel ernstige ongemakken en/of nadelen teweegbracht.

7. De LCM is van oordeel dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen onontvankelijk, minstens ongegrond dient verklaard te worden.

Inzake de onontvankelijkheid merkt de LCM op dat de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging gebonden zou zijn door het gezag van gewijsde van de beschikking van 9 juni 2000 van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Ondergeschikt meent de LCM dat het verzoek ongegrond dient verklaard te worden, gezien de basisvoorwaarden van artikel 35 van de W.B.E.M. niet vervuld zouden zijn, in het bijzonder zouden noch een inbreuk prima facie op de mededingingsregels, noch de hoogdringendheid, noch het ernstig, onmiddellijk of onherstelbaar nadeel door de verzoekende partij bewezen worden. Ook het bijkomend stuk dat door de BBUSO werd neergelegd, is volgens de LCM niet van aard het verzoek tot voorlopige maatregelen te schragen.

Ter zitting wordt niet ontkend dat er een lijst van zogenaamde door de CM erkende orthodontisten zou bestaan.

De LCM heeft een memorie neergelegd op 15 november 2000.

II. De aanvraag tot voorlopige maatregelen

De BBUSO vraagt aan de Voorzitter van de Raad:

“- De vordering onontvankelijk en gegrond te verklaren;

- De LCM alsmede alle Regionale Christelijke Mutualiteiten, en onder meer de Christelijke Mutualiteiten Ieper verbod te horen opleggen in hun aanvullende verzekering nog langer een maximumprijs te hanteren, onder verbeurte van een dwangsom van 250.000fr per dag wegens het niet-naleven van de beslissingen getroffen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;
- De LCM alsmede alle Regionale Christelijke Mutualiteiten, en onder meer de Christelijke Mutualiteiten Ieper verbod te horen opleggen om de door hen gehanteerde lijst van orthodontisten te gebruiken of de inhoud ervan publiek te maken of er ook maar op enige wijze naar te verwijzen, onder verbeurte van een dwangsom van 250.000fr per dag wegens het niet-naleven van de beslissingen getroffen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;
- De LCM alsmede alle Regionale Christelijke Mutualiteiten, en onder meer de Christelijke Mutualiteiten Ieper verbod te horen opleggen om een bijkomende tegemoetkoming te weigeren in de aanvullende verzekering voor orthodontie, hetzij omdat het dossier geen bestek bevat afgeleverd door de practicus, hetzij omdat de honoraria de grens overschrijden van hetgeen door verweersters als een maximumtarief naar voren werd geschoven en dit eveneens onder verbeurte van een dwangsom van 250.000fr per dag wegens het niet-naleven van de beslissingen getroffen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;

- De uitvoering van de overeenkomst afgesloten met de VBVO alsmede de uitvoering van de overeenkomsten afgesloten met ieder van de tandheelkundigen als opgenomen op de door de LCM alsmede alle Regionale Christelijke Mutualiteiten, en onder meer de Christelijke Mutualiteiten Ieper, opgemaakte “deelnemerslijst” te schorsen en geschorst te houden totdat de Raad voor de Mededinging mocht geoordeeld hebben dat er geen sprake is van een verboden gedraging, dan wel de bodemrechter anders beslist;
- De beschikking onmiddellijk uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad.”

III. Het standpunt van de verslaggever

Het Korps Verslaggevers komt tot volgend algemeen besluit:

“Het Korps Verslaggevers is de mening toegedaan dat in het kader van dit dossier, door de klagende partij niet is voldaan aan de voorwaarden voorzien in artikel 35 van de wet voor het nemen van voorlopige maatregelen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging. M.a.w. aan de voorwaarden van ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel is niet voldaan”.

Het Korps Verslaggevers stelt de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dan ook voor voorliggend verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen als ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.

Bij de analyse van de toepassingsvoorwaarden van artikel 35 van de W.B.E.M. stelt de verslaggever evenwel o.m. als volgt : “Omdat, op het eerste zicht, door het ingevoerde systeem de mededinging tussen de orthodontisten wordt beperkt, lijkt aan de tweede voorwaarde - zijnde een prima facie inbreuk op de mededingingsregels - te zijn voldaan.” (zie pag.10, alinea 7)

Verder stelt de verslaggever: “Wat het raamakkoord betreft kan niet worden uitgesloten dat de VBVO door het afsluiten van dit raamakkoord, inderdaad binnen haar vereniging mogelijkerwijze een horizontale prijsafpraak tussen orthodontisten organiseert. Het is evenwel in het kader van deze procedure niet duidelijk in welke mate deze overeenkomst ook een bindend karakter heeft voor de leden van de VBVO. Dit zal nog moeten blijken tijdens het onderzoek ten gronde. Het volstaat evenwel in het kader van deze procedure te besluiten dat dergelijke overeenkomst inderdaad als een horizontale prijsafpraak kan worden beschouwd die mogelijkerwijze een inbreuk vormt op de mededingingswet”. (pag. 10 in fine en 11 bovenaan)

IV. Over de ontvankelijkheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen

De LCM is van oordeel dat het verzoek onontvankelijk dient verklaard te worden, gelet op het gezag van gewijsde dat kleeft aan de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dd.9 juni 2000. De LCM merkt immers op dat verzoekster op grond van identieke feiten als deze waarop zij zich voor Ons beroept identieke voorlopige maatregelen zou gevorderd hebben voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zetelend in kort geding. Deze vordering werd evenwel ongegrond verklaard, zodat de LCM van oordeel is dat de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging gebonden zou zijn aan het gezag van gewijsde van deze beslissing. De vordering van verzoekster ingesteld op grond van artikel 35 van de W.B.E.M. zou dan ook onontvankelijk dienen verklaard te worden wegens schending van het gezag van gewijsde van de beschikking dd.9 juni 2000.

Wij zijn echter van oordeel dat de LCM ten onrechte het gezag van gewijsde van de beschikking dd.9 juni 2000 inroept.

In vroegere rechtspraak werd reeds door Ons geoordeeld dat wij niet gebonden zijn door de vonnissen en arresten geveld door de gewone rechtbanken en hoven. Hierbij werd gesteld dat de taak van de gewone rechtbanken en hoven immers in beginsel volledig verschillend is van de taak van Dienst voor de Mededinging en van de Raad voor de Mededinging. Het onderzoek van de zaak door de Raad heeft immers als achtergrond het geheel van de desbetreffende markt en verheft zich over het particulier belang naar het algemeen economisch belang. De gewone rechter daarentegen zal vermoedelijk zeer veel belang hechten aan de individuele belangen van de partijen die voor hem verschijnen. Het is derhalve niet uitgesloten dat beslissingen genomen door rechters en raadsheren van de rechterlijke macht zouden kunnen afwijken van de beslissingen genomen door de mededingingsorganen, in zoverre deze laatste rekening houden met het geheel van de markt als achtergrond. (zie ook de Memorie van Toelichting bij de oorspronkelijke wet van 5 augustus 1991, Gedr. St., Kamer, 1282/1-89/90, p.34 waar als volgt gesteld werd :”(De bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging inzake mededingingspraktijken) belet niet dat de organen van de rechterlijke macht, voor het oplossen van conflicten die hen worden voorgelegd op basis van andere wetsbepalingen dan die van de huidige wet, ertoe gebracht worden om mededingingspraktijken te beoordelen. Hierdoor kan tussen de Raad en een Rechtbank of Hof een appreciatieverschil ontstaan over de beoordeling die aan deze praktijken moet worden gegeven; het zijn nochtans geen reële conflicten, omdat in dit soort van situaties, noch de gevraagde zaak (het herstel van een effectieve mededinging enerzijds, het respect van eerlijke handelspraktijken of het herstel van een delictuele of quasi-delictuele fout anderzijds), noch de wet waarop de eiser zich beroept, noch de betrokken partijen dezelfde zijn: de handelingen stellen zich op verschillende vlakken die elkaar niet overlappen (...) Het onderzoek van de zaak door de Raad heeft voortaan als achtergrond het geheel van de desbetreffende markt en verheft zich over het particulier belang naar het algemeen economisch belang”). (zie Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000 nr.MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen e.a. / CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001).

In dezelfde zin werd reeds geoordeeld dat het uitgesloten is het gezag van gewijsde in te roepen inzake een beslissing in kort geding (in eerste aanleg en in hoger beroep) ten aanzien van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, zetelend op grond van artikel 35 van de W.B.E.M., gezien de Raad een administratief rechtscollege is, in tegenstelling tot de gewone Hoven en Rechtbanken. De materiële bevoegdheden van beide jurisdicties en de volledig verschillende draagwijdte van hun beslissingen verzetten zich er derhalve tegen dat het gezag van gewijsde van één jurisdictie zou kunnen ingeroepen worden opzichts de andere jurisdictie, en dit los van de vraag of de vorderingen in het kader van de parallel gevoerde procedures al dan niet grotendeels identiek zijn. (zie Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 28 juni 2000 nr. 2000-V/M-22, ASA Systems / UPEA, B.S., 23 november 2000).

Volledigheidshalve (en voor zover relevant) merken Wij tenslotte op dat het door huidig verzoekster gevorderde voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel niet volledig overeenstemt met hetgeen thans in huidige procedure gevorderd wordt.

De LCM beroept zich derhalve ten onrechte op het gezag van gewijsde van de beschikking dd.9 juni 2000 van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Het verzoek is dienvolgens ontvankelijk.

V. Over de gegrondheid van het verzoek

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1996, 836).

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn.

1. Een klacht ten gronde.

De BBUSO heeft op 19 mei 2000 een klacht neergelegd wegens schending van artikel 2 §1 van de W.B.E.M. Er bestaat derhalve een klacht ten gronde zodat de eerste vereiste voldaan is.

2. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.

In het kader van artikel 35 van de W.B.E.M. volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor eindbeslissing (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr.98-VMP-1; Beslissing van de Voorzitter van de Raad van 30 augustus 2000, zaak nr.MEDE-V/M-27, reeds geciteerd).

In casu stellen Wij het volgende vast:

- Zowel de LCM als de diverse regionale Christelijke ziekenfondsen zijn rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven. Er kan geen twijfel over bestaan dat ziekenfondsen, wanneer zij een aanvullende verzekering zoals in casu inzake orthodontie aanbieden, als ondernemingen in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M. dienen aanzien te worden. (Vergelijk in dezelfde zin H.v.J., 16 november 1995, C-244/94, Fédération Française des sociétés d'assurance /Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Jur., 1995, I, 4013; J.T.dr.eur., 1996, 21; S.E.W., 1996, 2: in dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat een orgaan zonder winstoogmerk, belast met het beheer van een aanvullend stelsel van ouderdomsverzekering als een onderneming in de zin van (oud) artikel 85 (thans 81) van het E.G.-Verdrag moet beschouwd worden. Het Hof meende dat er wel degelijk sprake was van een economische activiteit, waardoor beconcurrereerd werd met de privé-verzekeraars). Wij stellen overigens vast dat de LCM als zodanig niet betwist dat zij als een onderneming in de zin van de W.B.E.M. dient aanzien te worden. De LCM beperkt zich ertoe te stellen dat zij in het kader van huidig geschil niet nader op deze problematiek wenst in te gaan.
- De LCM stelt dat er geen sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 2 §1 van de W.B.E.M. omdat de overeenkomst die aan de basis van de aangevochten praktijken zou liggen een verzekeringsovereenkomst is tussen een ziekenfonds en een individueel lid van dit ziekenfonds (en zich derhalve situeert op de markt van de aanvullende verzekering orthodontie) terwijl het mogelijk mededingingsprobleem zich hoogstens op de markt van de orthodontische behandelingen zou voordoen waarop de LCM niet actief zou zijn.

Wij zijn echter van oordeel dat de vereiste van een overeenkomst in de zin van artikel 2 §1 van de W.B.E.M. wel degelijk bewezen is. Niet alleen werd er een (formele) overeenkomst gesloten op 19 november 1999 tussen de LCM en de Vlaamse Beroepsvereniging voor Orthodontie (VBVO),

doch daarnaast is tevens sprake van individuele overeenkomsten orthodontie in het kader van de aanvullende verzekering (waarnaar overigens verwezen wordt in de bijlage bij het raamakkoord). Ook de modelformulieren die de LCM aan de orthodontisten voorlegt maken melding van de afgesproken bepalingen (het opleggen van richttarieven /maximumprijzen voor de orthodontische behandelingen). Dat de raamovereenkomst tussen de LCM en de VBVO opgezegd werd op 17 mei 2000, is niet van aard hierin verandering te brengen. De LCM hanteert immers klaarblijkelijk nog steeds de door haar opgestelde modelformulieren. Ook de individuele overeenkomsten (waarvan de LCM stelt dat ze niet zouden bestaan, terwijl er uitdrukkelijk aan gerefereerd wordt in de bijlage van het raamakkoord) blijven evenzeer klaarblijkelijk nog bestaan. Deze overeenkomsten hebben wel degelijk een invloed op de markt van de orthodontische behandelingen en beperken zich niet tot de markt van de aanvullende verzekering orthodontie. De wijze waarop de LCM haar aanvullende verzekering orthodontie immers organiseert, heeft eveneens een belangrijke impact op de markt van de orthodontische behandelingen zelf. Doordat sommige tandartsen wel en andere niet op de lijsten worden opgenomen, waarbij bovendien richttarieven/ maximumprijzen worden gehanteerd, ontstaat er mogelijkwijze een mededingingsprobleem op de markt van de orthodontische behandelingen.

Er is derhalve sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 2 §1 van de W.B.E.M.

- Tenslotte zijn Wij van oordeel dat de overeenkomsten prima facie ertoe strekken of tengevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Als restrictieve mededingingspraktijk worden o.m. beschouwd “het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden (artikel 2 §1, a) van de W.B.E.M.) en “het verdelen van, de markten of van de voorzieningsbronnen” (artikel 2 § 1, c) van de W.B.E.M.). De geografische markt bestaat hierbij uit de verschillende (Vlaamse + Brussel) deelgebieden waarbinnen de LCM en de regionale Christelijke Ziekenfondsen een lokale afdeling hebben.

De combinatie van de door de LCM en de regionale ziekenfondsen gehanteerde prijsafspraken, met de marktverdelingsafspraken (in het bijzonder de door de LCM en regionale ziekenfondsen gehanteerde lijsten van zgn. “erkende” orthodontisten) vormen prima facie een schending van artikel 2 §1 van de W.B.E.M.

3. Het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden.

Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek tenietdoet. (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, zaak nr.94-VMP-4, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lyon / S.A. Dior).

Voorlopige maatregelen mogen bovendien slechts genomen worden als het bestaan van een nadeel i.v.m. de aangeklaagde praktijk prima facie bewezen is. Dit nadeel moet van concurrentiele aard zijn, hetgeen impliceert dat niet alleen de situatie van de klager, maar ook die van de gehele betrokken markt in aanmerking dient genomen te worden (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 september 1995, zaak nr.95-VMP-1, Interrosane).

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming erdoor getroffen wordt. Het nadeel is onmiddellijk wanneer de uitwerking ervan op het ogenblik van het verzoek reëel of eminent is. Het nadeel is onherstelbaar wanneer de toestand zoals hij zou evolueren zonder de voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad. De hoogdringendheidsvereiste impliceert dat aan de hand van nieuwe feiten wordt aangetoond dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht, verergerd is.

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden in casu vervuld zijn met dien verstande dat de afwezigheid van één van de voorwaarden meteen tot de ongegrondverklaring van het verzoek tot voorlopige maatregelen aanleiding geeft, gezien deze voorwaarden cumulatief aanwezig dienen te zijn.

De LCM stelt ten onrechte dat de vereiste van hoogdringendheid niet bewezen zou worden, waarbij de LCM refereert aan de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dd. 9 juni 2000, waarin geoordeeld werd dat er geen sprake was van enige urgentie. Hoger werd reeds opgemerkt dat Wij niet gebonden zijn door de beschikking dd.9 juni 2000. Bovendien dient opgemerkt te worden dat de hoogdringendheidsvereiste in het kader van artikel 35 van de W.B.E.M. met een zekere flexibiliteit gehanteerd wordt. Zo werd reeds geoordeeld dat het feit dat de klagers +/- 9 maanden gewacht hadden om een verzoek tot voorlopige maatregelen in te dienen, geen afbreuk aan het dringend karakter van het verzoek doet, wanneer partijen reeds voordien diverse rechtsvorderingen hadden ingeleid (Beslissing van de Voorzitter de Raad voor de Mededinging van 4 april 1996, zaak nr.96-VMP-2, Occasie Markt De Arend BVBA e.a. /Honda Belgium N.V. e.a.).

Wij zijn van oordeel dat de vereiste van hoogdringendheid aanwezig is, nu de LCM op 19 november 1999 een raamovereenkomst met de VBVO sloot, dewelke slechts op 17 mei 2000 werd opgezegd, terwijl verzoekster haar verzoek op 19 mei 2000 heeft neergelegd. Er dient bovendien vastgesteld te worden dat de individuele overeenkomsten klaarblijkelijk nog verder blijven bestaan en de door de CM opgestelde modelformulieren nog verder gehanteerd worden, zodat verzoekster wel degelijk aan de vereiste van hoogdringendheid voldoet.

Wij zijn echter van oordeel dat verzoekster niet bewijst dat er sprake is van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel.

In haar verzoek tot voorlopige maatregelen stelt verzoekster immers enkel als volgt : “De BBUSO vreest immers dat de manier waarop de CM momenteel uitvoering geven aan hun aanvullende verzekering “orthodontie”, waaronder het bepalen van maximumprijzen, zich onder andere voor de bij de BBUSO aangesloten leden in een niet te verwaarlozen beweging van cliënteel zal vertalen (zijnde naar practici die wel de eisen opgelegd door de CM hebben aanvaard).”

Verder stelt verzoekster: “De gevolgen resulteren nu al in een niet te verwaarlozen beweging van cliënteel die de BBUSO kwalificeert als een ernstig, moeilijk en onherstelbaar nadeel voor bepaalde practici, waaronder leden van de BBUSO.”

Nadat het Korps Verslaggevers om bijkomende inlichtingen verzocht had, heeft verzoekster zich ertoe beperkt een louter theoretische berekening van de mogelijke schade voor haar leden als antwoord te verstrekken. Deze is als volgt:

- Een gemiddelde van 200 behandelstarts per jaar;
- Een tarief van 75.000fr per behandeling;
- Ongeveer 60% van de patiënten zouden CM-leden zijn;
- Dit betekent een verlies per practicus van 9.000.000fr per jaar.

Deze louter theoretische berekening is niet van aard het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te bewijzen.

Ook het nieuwe ter zitting van 31 oktober 2000 door verzoekster neergelegd stuk bewijst geenszins het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel. Het betreft enkel een brief vanwege de CM-Leuven, waarin aan een lid van verzoekster wordt medegedeeld dat hij/zij niet als een “tandarts met een bijzonder bekwaming in de orthodontie” kan gekwalificeerd worden, waardoor het betrokken lid niet op de lijst van erkende orthodontisten van de CM wordt opgenomen, daar waar betrokkene wel aan de vereisten zou voldoen.

Het loutere feit dat één lid van verzoekster niet op de lijst van zgn. erkende orthodontisten van de LCM wordt opgenomen, volstaat niet om het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te bewijzen.

Bij gebreke aan één voorwaarde, zoals in casu, dient derhalve het verzoek tot voorlopige maatregelen ongegrond verklaard te worden wegens het ontbreken van het bewijs van het bestaan van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang. Wij menen niettemin dat prima facie een inbreuk dient vastgesteld te worden. (vergelijk Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak nr. MEDE-V/M-27, reeds geciteerd; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, zaak nr.98-VMP-1, reeds geciteerd: in beide uitspraken werd geoordeeld dat prima facie een inbreuk was, niettegenstaande het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden, niet bewezen werd).

Besluitend zijn Wij van oordeel dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk doch ongegrond dient verklaard te worden wegens het ontbreken van het bewijs van het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, waarbij Wij niettemin van oordeel zijn dat er prima facie een inbreuk dient vastgesteld te worden.

Om deze redenen

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter ad interim van de Raad,

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk.

Stellen een inbreuk prima facie vast.

Oordelen niettemin dat er geen redenen zijn om voorlopige maatregelen te treffen in de zin van artikel 35 W.B.E.M., gezien het bestaan van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang, niet bewezen wordt.

Aldus beslist op 10 januari 2001 door Béatrice Ponet, Voorzitter ad interim van de Raad voor de Mededinging.