

Beslissing nr. 2001-V/M-22 van vrijdag 11 mei 2001

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de Unie der Belgische Ambulancediensten t/ het Belgische Rode Kruis

Op 16 oktober 1996 heeft de Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging een klacht ontvangen vanwege de Unie der Belgische Ambulancediensten (UBA) tegen beweerde praktijken van het Belgische Rode Kruis met betrekking tot het niet-dringend ziekenvervoer.

De klacht werd geregistreerd onder het nummer I/O - 97/04.

Deze klacht werd aangevuld met bijkomende documenten ter staving door de klager bij brief d.d. 8 december 1996.

Op 6 februari 1997 heeft de Algemene Inspectie dan verder een verzoek ontvangen vanwege de UBA tot het nemen van voorlopige maatregelen in het kader van art. 35 van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna: WBEM), bestemd om 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.

Het verzoek om voorlopige maatregelen werd geregistreerd onder het nummer I/O - 97/05 en vormt het voorwerp van huidige procedure.

Door de Algemene Inspectie werd op 20 februari 1997 een verslag neergelegd inzake het verzoek om voorlopige maatregelen.

Door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging werd bij beslissing van 16 april 1997 (nr. 97-VMP-2) aan de Algemene Inspectie een bijkomende onderzoeksopdracht gegeven, met het verzoek om een bijkomend verslag neer te leggen tegen uiterlijk 16 mei 1997.

Door de Algemene Inspectie werd op 16 mei 1997 een aanvullend verslag neergelegd.

Gehoord de partijen ter preliminaire zitting d.d. 10 november 2000, waarbij de conclusietermijnen werden overeengekomen ;

Gelet op alle door de partijen neergelegde besluiten ;

Gezien de door partijen neergelegde stukkenbundels ;

Gehoord dhr. Johan Isselée én de raadslieden van partijen ter zitting d.d. 30 maart 2001 ;

A) Analyse van de feiten

Afdeling I. De betrokken partijen

I.1 De verzoekende partij

De Unie der Belgische Ambulancediensten (hierna: de UBA) is gevestigd te 9050 Gent, Steenvoordelaan 50. Het is een beroepsvereniging, opgericht overeenkomstig de Wet van 31 maart 1898, met als doel o.m.: de beroepsbelangen van haar aangesloten leden, de professionele ambulancediensten, te bestuderen, te beschermen en te bevorderen.

De vereniging is erkend onder nr. ABR/73795 van het Ministerie van Arbeid en Tewerkstelling.

Uit het aanvullend onderzoek in 1997 vanwege de Algemene Inspectie bleek dat er toen in België ongeveer een 350-tal privé-vervoerders actief waren. De UBA bleek de enige beroepsvereniging te zijn binnen deze sector en vertegenwoordigde toen een 30-tal leden, zijnde 10% van het totaal aantal privé-vervoerders in België.

I.2 De verwerende partij

Het Belgische Rode Kruis (hierna: het Rode Kruis) is een instelling van openbaar nut met rechtspersoonlijkheid en heeft haar zetel te 1050 Brussel, Vleurgatsesteenweg 98.

Het Rode Kruis werd gesticht op 4 februari 1864. De oprichting van het Rode Kruis is gebaseerd op de verdragen van Genève van 12 augustus 1949, waartoe België is toegetreden, en op de fundamentele beginselen van de internationale Rode Kruis- en Rode Halve Maan-beweging.

Het Rode Kruis heeft zich gesplitst in twee vleugels met een eigen beheerscomité: het Rode Kruis Vlaanderen en het Croix-Rouge de Belgique - Communauté Francophone. Tot op dit niveau zijn alléén beroepskrachten tewerkgesteld.

In elke provincie is een provinciaal comité gevormd, deels uit beroepskrachten, deels uit vrijwilligers bestaande. Daaronder is een verdere organisatie per gewest en in lokale afdelingen (ongeveer per gemeente) die volledig uit vrijwilligers bestaat. Naast deze "humanitaire sector" bestaat ook nog de Dienst voor het Bloed, die instaat voor ongeveer 2/3 van het betaald personeel.

Tot de activiteiten van het Rode Kruis behoren:

- humanitaire hulpacties, steun bij internationale rampenwerking, familiehereniging, verspreiding van het internationaal humanitair recht ;
- dringend en niet-dringend ziekenvervoer ;
- de preventieve hulpdienst bij grote manifestaties ;
- de dienst voor het bloed ;
- de hulpverlening met aanvullende uitleendienst (voor o.a. speciale en/of dure apparatuur) en sociale hulpverlening ;
- het runnen van ziekenhuisbibliotheken ;
- de werking van het Jeugd Rode Kruis ;
- de leergangen die o.a. cursussen EHBO, brancardier, enz. .. verzorgen ;
- het runnen van de asielcentra voor de overheid ;
- de gezondheidspromotie ;
- de dienst voor psycho-sociale interventie.

De statuten van het Belgische Rode Kruis werden, wat Vlaanderen betreft, goedgekeurd door het Besluit van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 10 maart 1993 (B.S. 1 april 1993, blz. 7044 tot 7051), alsook door de andere gemeenschapsministeries.

Het maatschappelijk voorwerp en de voornaamste doeleinden van het Belgische Rode Kruis zijn opgesomd in Titel II van de statuten, onder artikel 4:

“Titel II - Maatschappelijk voorwerp.

Art.4 Het Belgische Rode Kruis heeft tot doel het lijden te voorkomen en te verzachten, in overeenstemming met de onder artikel 1 vermelde Fundamentele Beginselen van de Beweging. Te dien einde heeft het Belgische Rode Kruis, als helper van de overheid, de opdracht:

1. om op te treden in geval van gewapend conflict (en er zich reeds in vreedstijd op voor te bereiden) op elk gebied voorzien bij de Verdragen van Genève en hun Aanvullende Protocolen, in het belang van alle oorlogsslachtoffers, zowel burgers als militairen ;
2. om bij te dragen tot de verbetering van de gezondheid, het voorkomen van ziekten en het verzachten van het lijden door middel van vormings- en hulpprogramma's ten dienste van de bevolking, aangepast aan de internationale, nationale, communautaire en plaatselijke behoeften en omstandigheden ;
3. om mee te werken aan de organisatie van de dringende hulpverlening voor slachtoffers van rampen van eender welke aard, zowel op internationaal als nationaal vlak ;
4. om het nodige personeel aan te werven, op te leiden en ter beschikking te stellen voor het vervullen van de haar toevertrouwde taken ;
5. om deelneming van iedereen, en in het bijzonder van de jeugd, aan de Rodekruisactiviteiten te stimuleren ;
6. om de Fundamentele Beginselen van de Beweging en het Internationaal Humanitair Recht te verspreiden, ten einde op die manier bij de bevolking de ideeën van vrede, respect en wederzijds begrip tussen alle mensen en alle volkeren te ontwikkelen.”

In uitvoering van punt 3 van deze doeleinden onderhoudt het Rode Kruis een voertuigenpark aan ambulances die steeds kunnen ingezet worden in geval van rampenbestrijding over het totale grondgebied van België. Daartoe is een zekere spreiding van middelen nodig om ten allen tijde op snelle en adequate wijze te kunnen interveniëren. Daarnaast zorgt zij eveneens voor de vorming van personeel (punt 4). Gezien haar voluntaristisch karakter, gaat het in het merendeel over vrijwilligers. Daarom neemt het Rode Kruis ook actief deel aan oefeningen i.v.m. het testen en uitvoeren van rampenplannen.

In aansluiting daarop heeft een bijzondere Algemene Vergadering, nà goedkeuring door de Gemeenschapsraden en de Nationale Raad, op 22 maart 1997 eenparig een wijziging aan de statuten goedgekeurd, waardoor een artikel 4bis wordt toegevoegd:

“Art. 4bis:

Het Belgische Rode Kruis kan alle initiatieven nemen die rechtstreeks of onrechtstreeks te maken hebben met zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste doeleinden zoals omschreven in artikel 4, en/of die van aard zijn om dit voorwerp en deze doeleinden te bevorderen.

Het Belgische Rode Kruis kan eveneens in ondergeschikte orde alle daden stellen van welke aard ook, voor zover deze bijdragen tot de realisatie van zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste

doeleinden, en voor zover het eventuele resultaat uitsluitend gebruikt wordt om dit voorwerp en deze doeleinden te bereiken.

Met dit doel verzekert het Belgische Rode Kruis eveneens het beheer en de instandhouding van de roerende en onroerende goederen en waarden die het bezit, in overeenstemming met zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste doeleinden.”

I.3 De Mutualiteiten

Inzake de organisatie en de rechtspersoonlijkheid van de mutualiteiten, kan verwezen worden naar de Ziekenfondswet van 6 augustus 1990 (zie art.1 tot 3 inzake de rechtspersoonlijkheid).

Wat de verplichte verzekeringen betreft in het kader van de wetgeving op de ziekteverzekering hebben de Commissie van de EG en het Hof van Justitie beslist dat de mutualiteiten voor wat de uitvoering van deze regelgeving betreft, géén ondernemingen zijn.

Alléén voor bepaalde activiteiten die kaderen in de vrije aanvullende verzekeringen, kunnen de mutualiteiten als ondernemingen worden beschouwd (zie zaken C-159/91 en C-160/91, betreffende prejudiciële vragen aan het Hof).

De tussenkomst die de mutualiteiten aan hun leden betalen voor het ziekenvervoer valt voor een stuk onder deze vrije aanvullende verzekering ; een deel daarentegen valt onder de verplichte verzekering, zoals het vervoer i.v.m. nierdialyse, chemotherapie, onderzoeken i.v.m. transplantaties, enz....

Afdeling II. Feitelijke aanleiding tot het geschil

Het vervoer van patiënten per ziekenwagen van en naar het ziekenhuis is een bijzonder dure aangelegenheid. Zo'n vervoer is echter een bittere noodzaak, omdat het transport met eigen wagen of met het openbaar vervoer onpraktisch is en in veel gevallen onmogelijk is (bij bejaarde patiënten bijv.).

In het overgrote deel van de gevallen is géén tussenkomst voorzien van de wettelijke ziekteverzekering, zodat deze patiënten het volledige bedrag van het ziekenvervoer uit eigen zak moeten betalen.

Het Verbond der Christelijke Mutualiteiten Oostende-Veurne-Diksmuide zette een systeem op om dergelijk vervoer voor haar leden financieel haalbaar te maken en sloot overeenkomsten af met externe vervoerdiensten. Genoemde CM had verschillende contracten van “aangenomen ziekenvervoer” afgesloten zowel met leden van de UBA uit voormelde regio, als met het Rode Kruis.

Volgens deze overeenkomsten van onbepaalde duur, staan de betrokken ambulancediensten in principe in voor het niet-dringend zittend en liggend ziekenvervoer en slechts uitzonderlijk voor het dringend ziekenvervoer, in zoverre het niet geregeld worden door de Wet van 8 juli 1964 betreffende de inrichting van dringende medische hulpverlening ten behoeve van personen die zich op de openbare weg of op een openbare plaats bevinden en wier gezondheidstoestand onmiddellijke verzorging vereist.

Wanneer de aangesloten leden van de CM een beroep doen op de aangenomen vervoerder, genieten zij - mits betaling van een bijzondere bijdrage - van een grotere tussenkomst in de vervoersprijs.

In september 1996 zegde de CM Oostende-Veurne-Diksmuide de overeenkomsten met de leden van de UBA op tegen 31/12/96 en vatte onderhandelingen aan met het oog op het afsluiten van nieuwe contracten per 1 januari 1997. De leden van de UBA wensten van deze onderhandelingen gebruik te maken om gunstiger prijzen te bedingen (stuk 37 Rode Kruis), wat genoemde Mutualiteit als onbetaalbaar beoordeelde.

Op 19 november 1996 sloot de CM Oostende-Veurne-Diksmuide een contract af met het Belgische Rode Kruis, waarbij deze exclusief werd belast met het niet-dringend ziekenvervoer zoals omschreven in art.1.2 van de overeenkomst. Deze overeenkomst werd gesloten voor de duur van 2 jaar, ingaande op 1 januari 1997, met stilzwijgende verlenging met telkens één jaar bij gebrek aan opzeg per aangetekende brief minstens 6 maanden voor de vervaldag.

Nà 1 januari 1997 konden de leden van de Christelijke Mutualiteit nog een beroep blijven doen op de leden van de UBA, doch in dat geval zou de terugbetaling door de CM echter beperkt zijn tot het bedrag van de tussenkomst voor ziekenvervoer door de niet-erkende vervoerders.

Afdeling III. Het verzoek tot voorlopige maatregelen

Op 16/10/96 ontving de Algemene Inspectie een klacht vanwege de UBA, gericht tegen het Belgische Rode Kruis op grond van art.2 §1 en art.3 WBEM. Volgens klager zou het Rode Kruis op de markt van het ziekenvervoer, sector ambulancediensten, restrictieve mededingingspraktijken voeren, nl.:

- het voeren van een éénvormig oproepnummer "105" waarmee een agressieve campagne zou worden gevoerd om de markt van het ziekenvervoer binnen te rijden, hierin zou een overeenkomst vervat liggen tussen het Belgische Rode Kruis én de overheid ;
- het drijven van handel wat in strijd zou zijn met de statuten, internationale statuten van het Rode Kruis en met de Wet van 27 juni 1921 ;
- het inzamelen van gelden via acties e.d. die daarna voor commerciële doeleinden zouden worden aangewend, met name de aankoop van ambulancewagens wat concurrentie is voor de ambulancediensten ;
- het Rode Kruis krijgt subsidies van lokale overheden om ambulancewagens te kopen, dit zou duiden op overeenkomsten tussen het Rode Kruis, de Belgische staat en de lokale overheden ;
- het inschakelen van werklozen bij de (commerciële) activiteiten van het Rode Kruis, het inzetten van DAC-ers en TWW-ers zou de mededinging scheeftrekken ;
- het hanteren van commercieel onverantwoorde prijzen in onderhandelingen met mutualiteiten en overheden, overeenkomsten die mededingingsbeperkend zouden zijn ;
- de ambulanciers van het Rode Kruis zouden niet behoorlijk opgeleid zijn, het zouden daarenboven vrijwilligers zijn die bovendien "bijzondere betalingen" zouden genieten. Het statuut van vrijwilliger, bij Decreet geregeld, zou door het Rode Kruis misbruikt worden ;
- een deel van de verzekeringspremie motorvoertuigen wordt afgedragen aan het Belgische Rode Kruis ; de ambulancediensten krijgen dit niet, zodat dit een toepassing van ongelijke voorwaarden zou inhouden ;
- het Belgische Rode Kruis sluit overeenkomsten af met mutualiteiten en gemeenten, waarbij zij onder de werkelijke prijs zou gaan ;
- het Rode Kruis zou momenteel een intense campagne voeren om de sector van het ziekenvervoer alléén te beheersen, hierbij misbruik makend van een "op illegale wijze ontstane" machtspositie ;

De UBA vraagt de Raad in deze klacht dat een onderzoek zou worden gevoerd naar (a) de werking van het Rode Kruis, in haar relatie tot de diverse overheden, mutualiteiten en anderen evenals de steunmaatregelen toegekend door overheden en verzekeringen, (b) de vormen van tewerkstelling bij het Rode Kruis, en (c) de betaling van tewerkgestelden en vrijwilligers van het Rode Kruis.

De UBA vraagt de Raad in haar klacht de volgens haar bestaande restrictieve mededingingspraktijken van het Rode Kruis en de ondernemingen waarmee deze handelt, te verbieden onder verbeurte van een dwangsom van 250.000 Fr./dag, naast eventuele andere geldboetes.

Op 06/02/97 diende de UBA bij de Voorzitter van de Raad een verzoek in tot het opleggen van voorlopige maatregelen om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp uitmaken van voormelde klacht, te schorsen.

B) Beoordeling van de vordering

Afdeling I. Voorafgaande incidenten inzake procedure

1.

De destijds in de Wet bepaalde termijnen (art.35 §1 - 15 dagen voor het verslag en art. 35 §2 - 15 dagen voor een beslissing van de Voorzitter) waren géén vervaltermijnen.

Ten onrechte stelt het Rode Kruis derhalve dat op dit punt de wettelijke procedure zou zijn geschonden met nietigheid tot gevolg.

2.

De UBA stelt dat de Algemene Inspectie niet op objectieve wijze haar verslagen zou hebben opgesteld. In haar eerste besluiten, geregistreerd op 10 januari 2001, wenst de UBA dhr. Johan Isselée, dhr. Bert Stulens en mevr. Ann Grootjans gewraakt te zien en ze vraagt dat het onderzoek verder zou gevoerd worden door andere verslaggevers van de Dienst voor de Mededinging.

Op dit verzoek tot wraking kan niet worden ingegaan:

- Er is in de WBEM géén procedure voorzien welke zou toelaten personeelsleden van de Dienst voor de Mededinging te wraken ;
- Indien de mogelijkheid zou bestaan om de verslaggever(s) uit het onderzoek te weren, telkenmale een partij het niet eens is met zijn/haar/hun standpunt(en), zou dit leiden tot een ontoelaatbare verlamming van de procedure ;
- Het verzoek tot wraking werd in casu pas voor het eerst in besluiten, geregistreerd op 10 januari 2001, dus manifest laattijdig geformuleerd, gezien de betrokken verslagen reeds dateren van 1997.
- Tenslotte dient in casu opgemerkt te worden dat er volgens Ons nergens sprake is van een “tendentieus” verslag.

Afdeling II. Gevolgen van de procedures voor de gewone jurisdicties

Bij vonnis d.d. 19/02/97 beval de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel als “stakingsrechter” dat het Rode Kruis zijn activiteiten van ziekenvervoer moest staken, in zoverre deze niet kaderden in zijn statutair doel.

Bij arrest d.d. 29/10/97 hervormde het Hof van Beroep te Brussel dit vonnis, stellende dat het Rode Kruis verder niet-dringend ziekenvervoer mocht organiseren.

Bij arrest d.d. 09/09/99 verbrak het Hof van Cassatie dit arrest. De zaak werd naar het Hof van Beroep te Gent verwezen en is aldaar nog hangende.

Volgens de UBA was het Rode Kruis hierdoor verplicht om sindsdien opnieuw het niet-dringend ziekenvervoer te staken en moet het vonnis d.d. 19/02/97 uitgevoerd worden.

Volgens het Rode Kruis heeft de stakingsrechter bij vonnis d.d. 19/02/97 bevolen om dit ziekenvervoer te staken in zoverre dit niet kadert in zijn statutair doel.

Nadien heeft het Rode Kruis zijn statuten gewijzigd, door het toevoegen van een nieuw art.4bis (stuk 3 Rode Kruis):

Het Belgische Rode Kruis kan alle initiatieven nemen die rechtstreeks of onrechtstreeks te maken hebben met zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste doeleinden zoals omschreven in artikel 4, en/of die van aard zijn om dit voorwerp en deze doeleinden te bevorderen.

Het Belgische Rode Kruis kan eveneens in ondergeschikte orde alle daden stellen van welke aard ook, voor zover deze bijdragen tot de realisatie van zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste doeleinden, en voor zover het eventuele resultaat uitsluitend gebruikt wordt om dit voorwerp en deze doeleinden te bereiken.

Met dit doel verzekert het Belgische Rode Kruis eveneens het beheer en de instandhouding van de roerende en onroerende goederen en waarden die het bezit, in overeenstemming met zijn maatschappelijk voorwerp en voornaamste doeleinden.”

Deze statutenwijziging werd goedgekeurd door de gemeenschapsraad en de nationale raad op 22 maart 1997 (B.S. 10 juli 1997).

Deze discussie is echter voor huidige procedure niet relevant:

De Raad voor de Mededinging heeft in twee beslissingen reeds geoordeeld dat het uitgesloten is om het gezag van gewijsde in te roepen van beslissingen van de gewone Hoven en Rechtbanken (in het bijzonder in kortgeding) ten aanzien van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, zetelend op grond van art.35 WBEM, o.a. gezien de Raad een administratief rechtscollege is, in tegenstelling tot de gewone Hoven en Rechtbanken.

Er werd geoordeeld dat de onderscheiden materiële bevoegdheden van beide jurisdicties en de volledig verschillende draagwijdte van hun beslissingen zich ertegen verzetten dat het gezag van gewijsde van één jurisdictie zou kunnen ingeroepen worden t.o.v. de andere jurisdictie (zie: Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 28 juni 2000, nr. 2000-V/M-22, ASA SYSTEMS t/ UPEA, B.S. 23 november 2000 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, nr. 2001-V/M-02, BBUSO t/ Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en Regionale Christelijke Ziekenfondsen).

De Raad steunt hierbij terecht haar stelling op de voorbereidende werken van de oorspronkelijke Wet van 5 augustus 1991: “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: de Raad beoordeelt de situatie die hem wordt voorgelegd (of het nu om een klacht, een verzoek of een aanmelding gaat) vanuit het oogpunt van de mededinging en beveelt, indien nodig, het herstel van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken economische sector ; hij is niet gebonden of beperkt door de vraag van de klager of van hem die een aanmelding deed.” (Memorie van Toelichting bij de oorspronkelijke Wet van 5 augustus 1991, Gedr. St., Kamer, 1282/1 - 89/90, blz. 34).

Afdeling III. Omtrent de ontvankelijkheid van het verzoek

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van art.35 WBEM te kunnen toekennen, moeten 3 cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld zijn:

- (1) het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager ;
- (2) het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM ;
- (3) 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.a. Brussel, 18 december 1996, NV HONDA BELGIUM e.a. t/ BELGISCHE STAAT, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996, 836).

De procedure van voorlopige maatregelen dient als een uitzonderingsmaatregel aanzien te worden en bovenvermelde voorwaarden moeten restrictief geïnterpreteerd worden.

Door de rechtspraak wordt vooral de voorwaarde van hoogdringendheid benadrukt, waar het moet gaan om een situatie die van aard is om een ernstig en onherstelbaar nadeel te berokkenen aan de klager of onaanvaardbaar is voor het algemeen belang (vgl. Hof van Justitie EG, 17 januari 1980, zaak nr. 792/79 R, CAMERA CARE LTD t/ de Commissie). Een afweging tussen de belangen van de klager en het algemeen belang is eveneens in bepaalde gevallen aangewezen.

1ste voorwaarde: het bestaan van een klacht ten gronde

De eerste vereiste - het bestaan van een klacht ten gronde - strekt ertoe te verhinderen dat de Voorzitter zou gevat kunnen worden zonder dat er ten gronde reeds een onderzoek loopt (zie: Brussel, 26 juni 1997, IVERLEK e.a. t/ BELGISCHE STAAT & EUROSPORT, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1997, 724).

Op 16/10/96 ontving de Algemene Inspectie een klacht vanwege de UBA, gericht tegen het Belgische Rode Kruis op grond van art.2 §1 en art.3 WBEM. Op 06/02/97 diende de UBA bij de Voorzitter van de Raad een verzoek in tot het opleggen van voorlopige maatregelen om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp uitmaken van voormelde klacht, te schorsen. Er werd dus een instantie ten gronde gevat.

2de voorwaarde: het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM

(1) is de WBEM in casu van toepassing ?

Bij beslissing d.d. 16 april 1997 werd reeds geoordeeld in deze zaak dat het Rode Kruis beantwoordt aan het begrip “onderneming” in de zin van art.1 WBEM, dat van toepassing is op elke entiteit die activiteiten van economische of commerciële aard voert, welke ook de juridische vorm van de onderneming is en ongeacht het al dan niet bestaan van een winstoogmerk.

Er werd tevens reeds geoordeeld dat de activiteit van “niet-dringend ziekenvervoer”, uitgeoefend door het Rode Kruis, een economische activiteit is en het hierbij onverschillig is of deze activiteit geheel of gedeeltelijk aansluit bij zijn opdrachten van algemeen belang.

Het niet-dringend ziekenvervoer is een dienst welke zelfs valt onder art.1.2. WHPC en een objectieve daad van koophandel vormt conform art.2, 4° WKH.

Deze prestaties moeten als “diensten” beschouwd worden, ongeacht de hoedanigheid van de dienstenverstrekker, zodat het niet noodzakelijk is dat deze prestaties worden verricht door een handelaar of in het kader van een beroepsactiviteit (zie DE VROEDE P., Algemene definities, in “Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument”, die Keure, Brugge 1992, blz.9 ; WYTINCK P., “Het toepassingsgebied van de WHPC”, Overzicht van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, in Handelspraktijken anno 1996, Kluwer 1996, blz. 1 e.v., nr.17).

De WBEM is dus in huidig geval van toepassing.

(2) de statuten van het Rode Kruis

De omstandigheid dat het Rode Kruis een commerciële activiteit ontplooit, is niet in strijd met de oprichtingswet van 30 maart 1891 en haar statuten.

Een rechtspersoon die, wettelijk en statutair géén winstoogmerk nastreeft (zoals een VZW, een instelling van openbaar nut, een beroepsvereniging) is gerechtigd om, ondanks haar wettelijke en statutaire specialiteit, bijkomstige of ondergeschikte handelsactiviteiten te voeren, wanneer cumulatief aan volgende voorwaarden is voldaan: (a) de lucratieve activiteit moet in vergelijking tot de niet-commerciële, kwantitatief minder belangrijk zijn wat betreft de allocatie der middelen, (b) de handelsactiviteit moet noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van het ideële oogmerk dat de vereniging nastreeft, en (c) de opbrengsten van de handelsactiviteit worden aangewend ter verwezenlijking van datzelfde niet-economisch oogmerk (Cass., 3 oktober 1996, T.R.V. 1997, blz. 217; VAN OMMESLAGHE & DIEUX, Examen de jurisprudence, 1979-1990, Les sociétés commerciales, R.C.J.B. 1992, 573 e.v., nr. 1bis ; G. STRAETMANS, "Consument en markt", Kluwer 1998, 158).

In het geheel van de talrijke activiteiten van het Rode Kruis, vormt het niet-dringend ziekenvervoer slechts een beperkt onderdeel (zie haar balans en resultatenrekening voor 1998), waarvoor slechts een klein gedeelte van de beschikbare menselijke en materiële middelen worden ingezet.

De voor deze activiteit ingezette middelen zijn géén andere dan deze die ook worden ingezet in het kader van het wettelijk en statutair doel van het Rode Kruis.

In tegenstelling tot wat de UBA meent, is de hoegrootheid van de inkomsten, gegenereerd door de commerciële activiteit, niet determinerend voor de beoordeling van het al dan niet ondergeschikt karakter van deze activiteit (zie DENEFF M., "Over VZW's, volks-toerisme en handelsactiviteiten met of zonder winstoogmerk", noot onder Cass., 3 oktober 1996, T.R.V. 1997, blz. 217 e.v. in het bijzonder voetnoot 23). De commerciële activiteit moet daarentegen worden beoordeeld in verhouding tot de overige activiteiten van het Rode Kruis.

Art.1 van de wet van 30 maart 1891 stelt dat het doel van het Rode Kruis er in bestaat "bij oorlogstijd hulp te verlenen aan gewonde of zieke soldaten", wat in art.4 wordt gepreciseerd als: "In de mate harer middelen voorziet de vereeniging in de zorgen bij oorlogstijd te verlenen aan zieken en gewonden in hare inrichtingen opgenomen en in de begraving van soldaten. Bij vreedstijd verschaft en regelt zij de noodige middelen tot volvoering harer zending en mag zij die voor gezondheidsdoeleinden gebruiken; zij zal de vereischte maatregelen treffen om, in geval van oorlog, te kunnen beschikken over een materieel van veldhospitalen, over verbandtoestellen, over heelkundige werktuigen, enz.....". Dit doel is verder uitgewerkt en naar huidige tijd vertaald in art.4 van de statuten, zoals goedgekeurd bij Ministerieel Besluit van 10 maart 1993.

Het wettelijk en statutair doel van het Rode Kruis impliceert dat zij, om haar taak te kunnen uitvoeren in geval van gewapend conflict, gehouden is in vreedstijd niet alleen een ganse infrastructuur aan menselijke en materiële middelen uit te bouwen en operationeel te houden, maar ook de financiële middelen moet verzamelen die haar hiertoe in staat moeten stellen.

Concreet betekent dit dat het Rode Kruis enerzijds de verplichting heeft om o.a. een vloot van ziekenwagens uit te bouwen, deze te bemannen en operationeel te houden, en anderzijds - o.a. via het gebruik van deze ziekenwagens voor ziekenvervoer tegen betaling - financiële middelen moet realiseren om haar activiteiten te financieren.

Het is voor het Rode Kruis evident dat het haar toevertrouwde materiaal kan ingezet worden, onderhouden en getest in allerlei omstandigheden ; vandaar ook de inzet van het Rode Kruis in het kader van de preventieve gezondheidsdienst, bij allerlei manifestaties zoals sportevenementen, openlucht concerten, massamanifestaties, e.d.m. De stap naar het niet-dringend ziekenvervoer is in feite logisch met het oog op het materiaal en het personeel dat steeds inzetbaar moet zijn in het kader van haar opdrachten.

De commerciële winstgevende activiteit die het Rode Kruis voert blijkt noodzakelijk te zijn om haar in staat te stellen om haar niet-commerciële doelstellingen te realiseren.

Het Rode Kruis gebruikt deze opbrengsten niet voor haar eigen verrijking, noch in het persoonlijk voordeel van haar leden.

Hieruit volgt dat het Rode Kruis, als instelling van openbaar nut, géén verboden handelsactiviteit uitoefent door het organiseren van niet-dringend ziekenvervoer tegen betaling.

(3) derde-medeplichtigheid aan contractbreuk

Uit de studie van de stukken blijkt nergens dat in 1996 het Verbond der Christelijke Mutualiteiten Oostende-Veurne-Diksmuide de overeenkomsten van "aangenomen vervoerder", afgesloten met diverse leden van de UBA, op onregelmatige wijze zou hebben opgezegd op 5 september 1996.

Genoemd Verbond heeft slechts op 19 november 1996 een nieuwe overeenkomst gesloten met het Rode Kruis, met uitwerking vanaf 1 januari 1997, dus op een ogenblik dat de contracten - voorheen afgesloten met de leden van de UBA (nergens blijkt dat deze leden destijds exclusiviteit hadden) - afgelopen waren.

Bij brief liet het Verbond aan haar leden weten dat zij reeds met ingang van 25/11/96 beroep konden doen op vervoer door het Rode Kruis, doch het ging enkel over het aanvragen van ziekenvervoer, zodat het niet vaststaat dat het gaat om prestaties welke reeds voor 1 januari 1997 effectief moesten uitgevoerd worden.

Er is hier dus géén sprake van contractbreuk in hoofde van voornoemd Verbond en dus evenmin van derde-medeplichtigheid hieraan in hoofde van het Rode Kruis.

(4) restrictieve mededingingspraktijken ?

1.

Dat het afsluiten van het contract in 1996 tussen het Rode Kruis en de Christelijke Mutualiteiten er gekomen was na afspraken tussen deze twee partijen, gericht op de verbreking van de daarvoor bestaande contracten met privé-vervoerders, wordt niet bewezen.

Uit de inlichtingen die de Algemene Inspectie inwon blijkt dat het feit dat de CM haar contracten met de privé-vervoerders niet hernieuwde, gewoon een reactie was op de druk uitgeoefend door het gezamenlijk initiatief van de leden van de UBA. Deze laatsten hadden een nieuw voorstel tot contract gedaan in naam van alle bij de UBA aangesloten leden om tegen een uniforme, voor de CM onaanvaardbaar hoge, afgesproken prijs niet-dringend ziekenvervoer te doen.

De CM kon noch met de voorgestelde prijs, noch met deze manier van handelen akkoord gaan en wendde zich vervolgens tot het Rode Kruis dat - op verzoek van de CM - een voorstel op papier zette.

Wanneer in 1996 de privé-vervoerders in de regio Oostende een bepaalde schade zouden hebben ondergaan wegens het niet hernieuwen van hun contracten met de CM, dan hebben zij dit louter en alléén aan hun eigen handelswijze te wijten. Er is trouwens géén causaal verband tussen deze beweerdte schade én de aangeklaagde praktijken van het Rode Kruis.

2.

De principes van het Rode Kruis zijn menselijkheid, onpartijdigheid, neutraliteit, onafhankelijkheid, vrijwilligheid, eenheid en universaliteit. Het is een beweging voor vrijwillige en belangeloze hulpverlening. Géén enkele vrijwilliger werkt mee om zich financieel of maatschappelijk te verbeteren.

Zoals in het Europees gemeenschapsrecht gebeurt, dient hier ook een afweging van belangen te gebeuren. De afweging tussen het belang van de verzoekende partij enerzijds én de mogelijke aantasting door de te bevelen maatregelen van het belang van de wederpartij, derden of het algemeen belang anderzijds, vormt één van de grondvoorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen door de Europese Gemeenschapsjurisdicties.

In het verleden is gebleken dat het stopzetten van de activiteiten van het Rode Kruis in het niet-dringend ziekenvervoer, een ernstige aantasting meebracht van belangen van derden en van het algemeen belang.

Zo blijkt het vonnis d.d. 19/02/97 van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, zetelend zoals in kortgeding, waarbij het Rode Kruis werd verboden om nog langer niet-dringend ziekenvervoer uit te voeren, o.a. tot gevolg te hebben gehad dat zich in deze sector aanzienlijke prijsstijgingen voordeden, dat mensen minder beroep deden op ambulancediensten en alternatief vervoer door vrienden of kennissen zochten, dat in schaarsbevolkte gebieden problemen ontstonden die diverse burgemeesters noopten tot het opvorderen van de diensten van het Rode Kruis, dat er een aantal schrijnende gevallen (medisch noch sociaal verantwoord) aan het licht kwamen waarbij patiënten niet werden geholpen, enz.

Uit het dossier blijkt dat er toen een onaanvaardbare situatie is ontstaan in een sector van de volksgezondheid, dewelke toch het algemeen belang raakt.

Er dient rekening gehouden te worden met het feit dat een patiënt in zijn keuzevrijheid van vervoerder in deze sector erg beperkt is. De hoofdrol bij deze keuze wordt gespeeld door factoren als praktische bereikbaarheid, financiële overwegingen i.v.m. terugbetaling van zijn kosten (een chemotherapie of nierdialysebehandeling kan vlug ettelijke tientallen sessies bedragen waardoor de transportkosten voor de patiënt - meestal dan nog economisch niet-actieve of oudere financieel minder draagkrachtige personen - snel té zware lasten vormen), de dienstverlening door de vervoerder, enz. ...

Het niet-dringend ziekenvervoer mag dan wel een economische activiteit uitmaken (zie boven), toch dient het gezondheidsaspect eveneens gerespecteerd te worden. De medische noodzaak in hoofde van de patiënt, die aan de grondslag ligt voor het ziekenvervoer, mag niet genegeerd worden ten voordele van de commerciële logica van vraag en aanbod of winstmaximalisatie.

3.

Art.2 §1 WBEM verbiedt: “Alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.”

Er moet vastgesteld worden dat de meeste beweerde inbreuken waarnaar de UBA verwijst géén overeenkomsten zijn, noch verenigingsbesluiten, noch onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen.

Bepaalde voordelen die het Rode Kruis zou genieten ingevolge al dan niet lokale overheidssteun of giften, het éénvormig oproepnummer “105”, de bij M.B. verleende machtiging om in het kader van tewerkstellingsprojecten personeel aan te werven, de machtiging en erkenning als officiële vrijwilligersorganisatie, enz. ..., kunnen niet beschouwd worden als overeenkomsten tussen ondernemingen.

Deze voordelen zijn toegestaan bij éénzijdige en reglementaire beslissing vanwege de federale of lokale overheid.

4.

Volgens de UBA zou het Rode Kruis géén vrijwilligers mogen tewerkstellen in zijn commerciële activiteiten o.a. het niet-dringend ziekenvervoer, als zijnde strijdig met het Decreet van 23 maart 1994 betreffende het georganiseerde vrijwilligerswerk in de welzijns- en gezondheidssector (het Decreet vrijwilligerswerk). Dit standpunt kan niet worden gevolgd:

Het Rode Kruis is een wettelijk erkende vrijwilligersorganisatie, die voldoet aan de voorwaarden van het Decreet: zie het M.B. van 16 maart 1995 - stuk 6 Rode Kruis.

Het toepassingsgebied van het Decreet is beperkt en stelt enkel de erkennings- en subsidiëeringsvoorwaarden vast. Het bekomen van de voorziene subsidies is de essentiële beweegreden om het Decreet na te leven (Vlaamse Raad, stukken, advies van de Raad van State, stuk 449, 1993-1994, I, 42).

Het Decreet biedt derhalve slechts een indirecte rechtsbescherming die wel door de overheid, doch niet door de beoogde begunstigde of een derde, zoals in casu de UBA, kan worden afgedwongen.

De enige sanctie verbonden aan de niet-ervulling van de erkenningsvoorwaarden, is de mogelijke intrekking van de erkenning en een terugvordering van de subsidie door de betrokken overheid (Decreet, artikel 12). Wanneer in casu het Rode Kruis een inbreuk zou begaan op het Decreet, kan het enkel zijn subsidie in dit kader verliezen. Dit heeft echter géén enkele invloed op de toelaatbaarheid voor het Rode Kruis om vrijwilligers in te schakelen in het kader van de organisatie van het niet-dringend ziekenvervoer.

Art.2 van het Decreet bepaalt wat moet verstaan worden onder “vrijwilligerswerk”: “Activiteiten, die zich onderscheiden van en/of complementair zijn aan de activiteiten die gewoonlijk door professionelen worden verricht en die in een gestructureerd verband, niet verplicht en onbezoldigd worden uitgevoerd door natuurlijke personen die zich inzetten voor het welzijn en de gezondheid van individuen en groepen”.

Een prima facie onderzoek van de voorgelegde dossiers laat géénszins toe te besluiten dat het Rode Kruis zou handelen in strijd met het Decreet Vrijwilligerswerk.

Een klacht van de UBA bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling tewerkstelling, m.b.t. vermeende misbruiken inzake de tewerkstellingsprogramma's door het Rode Kruis (DAC en GESCO) werd trouwens inmiddels afgewezen.

(5) misbruik van machtspositie ?

Art.3, 1° WBEM stelt: “Het is verboden dat één of meer ondernemingen misbruik maken van hun machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan.”

Art.3 WBEM verbiedt enkel het misbruik van een machtspositie. Het bestaan van een machtspositie of het verkrijgen van een machtspositie zijn op zich niet verboden (VAN DER MEERSCH D., De Mededingingswet, Antwerpen, Kluwer 1994, 146).

Volgens vaste rechtspraak levert een zéér aanzienlijk marktaandeel, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, op zich het bewijs van een machtspositie. Wanneer de ondernemer over een relatief lange periode een marktaandeel heeft van 50% of méér, kan worden aangenomen dat er sprake is van een machtspositie (Hof van Justitie, 3 juli 1991, AKZO t/ Commissie, zaak C-62/86, Jur. 1991, I-3359, nr. 60).

Een marktaandeel groter dan 40% levert daarentegen slechts een sterke indicatie op van een dominante positie. Een marktaandeel beneden de 30% zal, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, géén indicatie van dominantie zijn (VAN DER MEERSCH D., De Mededingingswet, o.c., 153).

Uit de per analogie van toepassing zijnde rechtspraak van het Hof van Justitie inzake artikel 82 (ex artikel 86) EG-Verdrag blijkt dat ondernemingen die over een marktaandeel beschikken tussen 30% en 50%, mogelijks over een machtspositie op deze markt kunnen beschikken, doch dat in voorkomend geval bijkomende factoren in de beoordeling dienen betrokken te worden, teneinde tot een machtspositie te kunnen besluiten (zie o.m. Hof van Justitie, 14 februari 1978, UNITED BRANDS t/ de Commissie, 27/76, 276 ; Hof van Justitie, 13 februari 1979, HOFFMANN - LA ROCHE t/ de Commissie, 85/76, 461).

Uit de stukken van het dossier blijkt dat het aandeel van het Rode Kruis in de markt van het ziekenvervoer slechts 20 à 25% bedraagt. Er zijn ook géén andere gegevens waaruit zou blijken dat het Rode Kruis op de markt van het niet-dringend ziekenvervoer een machtspositie zou innemen. Waar géén machtspositie wordt aangetoond, kan er a fortiori géén sprake zijn van misbruik van machtspositie.

Uit het eenvoudig feit dat het Rode Kruis in 1996 met de CM Oostende-Veurne-Diks-muide een contract afsloot inzake het niet-dringend ziekenvervoer van haar leden, kan uiteraard niet afgeleid worden dat zij een machtspositie zou hebben op de Belgische markt en hiervan misbruik zou maken. De leden van genoemde CM vormden slechts een miniem onderdeel van het potentieel aan te vervoeren personen in België.

Er is bijgevolg niet voldaan aan de tweede vereiste.

3de voorwaarde: een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel in verband met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden

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

Hoewel de UBA een erkende beroepsvereniging is, kan er ernstig getwijfeld worden aan de representativiteit van deze vereniging. Uit haar ledenlijst blijkt dat zij amper 30 leden telt, terwijl er in België ongeveer 350 privé-vervoerders aan niet-dringend ziekenvervoer doen.

De UBA vertolkt derhalve slechts het standpunt van een kleine minderheid van de private sector die zich met niet-dringend ziekenvervoer inlaat (zie brief A.S.A.P. d.d. 17 september 1999 - stuk 31 Rode Kruis).

Het gaat dus in casu niet om het conflict van “de private ambulancediensten” tegen het Rode Kruis. Het gaat om de concurrentieslag door een kleine minderheid van private ziekenvervoerders die het Rode Kruis als marktspeler in bepaalde grote agglomeraties willen uitschakelen, met als uitsluitend doel dit marktaandeel in te palmen.

In haar aanvullend stuk 1 geeft de UBA een lijst van 12 leden die sinds 1997 hun activiteiten hebben gestopt als ambulancedienst. Dat deze stopzetting een gevolg is van het feit dat het Rode Kruis ook marktspeler is gebleven op de markt van het niet-dringend ziekenvervoer, wordt niet bewezen. De oorzaak van het stopzetten van hun bedrijf door de betrokken UBA-leden, wordt nergens aangetoond. De UBA slaagt dan ook nergens in haar bewijslast nopens een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel.

In casu moet ook vastgesteld worden dat er géén hoogdringendheid voorhanden is die het nemen van voorlopige maatregelen conform art.35 §1 WBEM rechtvaardigt:

Nà het indienen van de klacht door de UBA is de feitelijke situatie dermate gewijzigd in de regio Oostende-Veurne-Diksmuide dat er géén nadeel meer kan zijn voor leden van de UBA. De bestaande overeenkomsten tussen het Rode Kruis én de Mutualiteiten werden nl. op 22 maart 1999 opgezegd.

Sinds 1 januari 2000 is het Rode Kruis géén aangenomen vervoerder meer in de betrokken regio. Dit betekent niet dat de leden van de mutualiteiten géén beroep meer kunnen doen op de ziekenwagens van het Rode Kruis. Wanneer zij dit doen, zal de terugbetaling echter beperkt zijn tot het bedrag van de tussenkomst voor ziekenvervoer door niet-erkende vervoerders. Er zijn dus géén exclusieve contracten meer tussen het Rode Kruis en de Christelijke Mutualiteiten in deze regio.

Belangrijk is ook dat het Rode Kruis, in haar onderhandelingen met de mutualiteiten, de prijznemer is en niet de prijszetter.

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 (zie Brussel, 18 december 1996, NV HONDA BELGIUM e.a. t/ DE BELGISCHE STAAT, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996, 836, nrs. 7.2 en 7.3.). In casu is dit zeker het geval niet.

Op basis van een territoriaal en zéér beperkt conflict rond de leden van het Verbond der Christelijke Mutualiteiten Oostende-Veurne-Diksmuide, heeft de UBA een ganse reeks procedures opgestart om te bekomen dat het Rode Kruis in het hele land zijn niet-dringend ziekenvervoer (Diensten 105) volledig zou moeten stopzetten.

In huidige procedure is niet voldaan aan de voorwaarden tot het verlenen van voorlopige maatregelen, zodat het verzoek als niet-ontvankelijk moet worden afgewezen.

Om deze mededinging

Wij, Frank Deschoolmeester, lid van de Raad voor de Mededinging, aangeduid om de Voorzitter te vervangen bij beschikking van 20 december 2000 door mevr. Béatrice Ponet, voorzitter a.i. van de Raad voor de Mededinging.

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Wijzen het verzoek tot voorlopige maatregelen af als niet-ontvankelijk ;

Aldus beslist op 11 mei 2001 door Frank Deschoolmeester.