

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, lid 1, van de Mededingingswet.

Nummer 2455/40

Betreft zaak: Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging Rotterdam vs Zilveren Kruis Achmea

I. INLEIDING

1. Op 12 april 2001 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een klacht ontvangen van de Stichting Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging Rotterdam (hierna: de Stichting) wegens vermeend misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw) door Zilveren Kruis Achmea, bestaande uit de weigering om met de Stichting een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten.
2. Naar aanleiding van deze klacht is onderzocht of er sprake is van overtreding van artikel 24 Mw.

II. BETROKKEN PARTIJEN

A. *Klager*

3. De Stichting Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging, gevestigd te Rotterdam, bestaat uit tandheelkundige behandelcentra waarin medewerkers (tandartsen, kindertandverzorgenden/ mondhygiënist, tandartsassistenten, baliemedewerksters en begeleiders/ chauffeurs) tandheelkundige zorg verlenen voornamelijk ten behoeve van kinderen uit de allochtone gemeenschap in Rotterdam. De Stichting is een toegelaten instelling als bedoeld in artikel 8a Ziekenfondswet (hierna: Zfw).

B. *Beklaagde*

4. De Onderlinge Waarborgmaatschappij Zilveren Kruis Achmea Ziekenfonds U.A. (hierna: Zilveren Kruis), gevestigd te Noordwijk, maakt deel uit van het Achmea-concern. De onderneming is actief op het gebied van het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen. Het Zilveren Kruis is het ziekenfonds met het grootste marktaandeel in de regio Rotterdam.

III. FEITELIJKE ACHTERGROND

5. Ziekenfondsverzekerden hebben aanspraak op verstrekkingen in natura ter voorziening in hun geneeskundige verzorging, waaronder op basis van artikel 8, lid 1, sub g, Zfw ook tandheelkundige zorg valt. Het ziekenfonds dient ervoor te zorgen dat de bij hem ingeschreven verzekerden een beroep op deze aanspraken kunnen doen. Hiervoor sluit het ziekenfonds op basis van artikel 44, lid 1, Zfw zogenaamde medewerkersovereenkomsten met zorgverleners. Artikel 7 van het Verstrekkingenbesluit¹ bepaalt dat de tandheelkundige zorg voor verzekerden beneden de 18 jaar door of vanwege een instelling voor jeugdtandverzorging, door een tandarts of door een tandarts-specialist verleend kan worden.
6. Op grond van artikel 47, eerste lid, Zfw bestaat voor ziekenfondsen een verplichting om met iedere instelling binnen haar werkgebied op haar verzoek een medewerkersovereenkomst te sluiten, behalve indien het ziekenfonds hiertegen “ernstige bezwaren” heeft. Artikel 47, tweede lid, Zfw bepaalt dat per algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat het eerste lid van dit artikel niet geldt voor de bij die maatregel aangewezen categorieën van instellingen. Op grond van artikel 1 van het Besluit erkenning categorieën van instellingen Zfw² zijn bepaalde soorten instellingen als categorie toegelaten om op grond van de Zfw zorg te verlenen; deze behoeven derhalve geen individuele toelating. Artikel 2 van dit besluit bepaalt dat artikel 47, eerste lid, Zfw onder andere niet van toepassing is op instellingen die tandheelkundige zorg³ verlenen en dat daarvoor geen contracteerplicht bestaat.
7. De Stichting zelf stelt zich op het standpunt dat het Zilveren Kruis een contracteerplicht heeft met betrekking tot de Stichting. Het College voor Zorgverzekeringen (hierna: CVZ) heeft echter, naar aanleiding van een verzoek van de NMa om inlichtingen hierover, aangegeven dat er op basis van de nieuwe regelgeving geen contracteerplicht voor instellingen voor jeugdtandverzorging bestaat. Derhalve kan ervan worden uitgegaan dat het Zilveren Kruis op basis van de Zfw niet verplicht is om een nieuwe medewerkersovereenkomst met de Stichting aan te gaan.
8. Het Zilveren Kruis heeft sinds 1988 medewerkersovereenkomsten voor bepaalde tijd met de Stichting gesloten. Op grond van de huidige medewerkersovereenkomst verleent de Stichting tandheelkundige hulp aan haar doelgroep – de jeugdige verzekerden – conform het bepaalde in de Regeling tandheelkundige hulp ziekenfondsverzekering en declareert zij de daarvoor verschuldigde vergoedingen rechtstreeks bij het Zilveren Kruis. Volgens de Stichting is 95% van haar patiënten bij het Zilveren Kruis verzekerd.

¹ Stb. 374 van 2 augustus 1995.

² Stb. 272 van 22 juni 1999.

³ Dit geldt sinds 1 februari 2000 ook voor instellingen voor jeugdtandheelkundige zorg.

9. De ten tijde van het indienen van de klacht vigerende overeenkomst op grond van artikel 44 Zfw had een contractuele looptijd van 1 juli 1998 tot en met 31 december 2000, welke geldigheidsduur krachtens artikel 44, lid 8, Zfw nog tot en met 30 juni 2001 is verlengd om partijen in de gelegenheid te stellen in onderhandeling te treden over een nieuwe overeenkomst en deze tijdig af te ronden.
10. Medio december 2000 heeft de Stichting aan het Zilveren Kruis kenbaar gemaakt dat sluiting van één van hun drie behandelcentra, namelijk de vestiging Rotterdam-Zuid, met ingang van 1 februari 2001 dreigde. De Stichting voert tegenover de NMa als reden hiervoor aan dat er een acuut personeelsgebrek was. Zo waren op dat moment nog slechts 2,3 fte's tandartsen beschikbaar, die werden bijgestaan door 3,2 fte's kindertandverzorgenden. De Stichting stelt dat op grond van gezondheidsrechtelijke wetgeving per behandelcentrum minimaal één tandarts aanwezig moet zijn bij de dagelijkse praktijkvoering. Derhalve zou zij niet langer in staat zijn dit behandelcentrum operationeel te houden.
11. De partijen verschillen van mening over de redenen voor dit personeelstekort. Het Zilveren Kruis verwijst naar de antwoorden van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) op vragen van de Tweede Kamer, waarin de Minister aangeeft dat zij uit gesprekken met het Zilveren Kruis en de afdeling Rotterdam e.o. van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde concludeert dat de oorzaak van het personeelstekort binnen de Stichting vooral ligt in de interne aansturing van de organisatie. Volgens het Zilveren Kruis kon het personeelstekort in principe ook door inschakeling van externe tandartsen opgelost worden. Het Zilveren Kruis geeft aan dat het mogelijk is dat hierbij problemen hebben kunnen ontstaan, omdat de directie van de Stichting in Rotterdam een slechte naam heeft. Het Zilveren Kruis stelt dat een andere tandarts die bereid is de jeugd tandverzorging in Rotterdam te verzorgen, geen problemen heeft om gekwalificeerd personeel te vinden en in te schakelen.
12. De Stichting heeft aangegeven dat het antwoord van de Minister van VWS op vragen van de Tweede Kamer (zie overweging 11) over gebreken in de interne aansturing van de Stichting op informatie van het Zilveren Kruis zelf berust en een verdere indicator voor de invloed en de machtspositie van het Zilveren Kruis is. Volgens de Stichting is het personeelstekort na een groot aantal jaren van krapte een landelijk probleem en vooral nijpend in Rotterdam, waar van oudsher al een tekort aan tandartsen bestaat. De Stichting heeft er in de afgelopen jaren alles aan gedaan om hier een oplossing voor te vinden, onder andere door overleg met zorgverzekeraars, brieven aan regering en parlement en andere initiatieven. De Stichting stelt dat ook de uitspraak van het Zilveren Kruis dat externe tandartsen hadden kunnen worden ingeschakeld, niet op feiten berust. De Stichting heeft voorgesteld om buitenlandse tandartsen te werven. Het Zilveren Kruis heeft hieraan echter niet meegewerkt. De Stichting heeft ook contact opgenomen met de Rotterdamse Tandartsen Vereniging en de Afdeling

Rotterdam van het NMT, die begrip voor de situatie toonden, maar geen hulp konden bieden.

13. Het Zilveren Kruis was het niet eens met de gang van zaken rond de sluiting van de vestiging Rotterdam-Zuid, aangezien volgens haar de Stichting zonder voorafgaand overleg en zonder enige waarschuwing eenzijdig hiertoe had besloten. De Stichting daarentegen stelt dat zij wel bereid was tot overleg, maar dat het Zilveren Kruis geen concrete oplossingen voor het probleem heeft aangedragen. Het Zilveren Kruis heeft tevergeefs door middel van een kort geding geprobeerd de Stichting ervan te weerhouden om het behandelcentrum Rotterdam-Zuid te sluiten.
14. Het Zilveren Kruis heeft hierna geweigerd om voor de resterende twee vestingen een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten met de Stichting en heeft haar medegedeeld dat zij niet bereid was om hierover nader overleg te plegen. Het Zilveren Kruis geeft hiervoor tegenover de NMa twee redenen aan. Ten eerste stelt zij dat de sluiting van de vestiging Rotterdam-Zuid wanprestatie oplevert en dat ze daarom geen vertrouwen meer heeft in de Stichting. Ten tweede ziet het Zilveren Kruis niet hoe de Stichting ooit aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen indien er wel een nieuwe overeenkomst tot stand zou komen. Volgens het Zilveren Kruis wordt bij de goedgekeurde begroting van de Stichting uitgegaan van een bepaald aantal behandelingen.
15. Volgens de Stichting is er geen sprake van wanprestatie. Het Zilveren Kruis heeft zich jegens de Stichting nimmer kritisch over de kwaliteit van de hulpverlening uitgelaten. Verder verwijst de Stichting naar het TNO-rapport "Evaluatie Regionale Instellingen voor Jeugd tandverzorging 1992-1998," waaruit blijkt dat de jeugdige patiëntenpopulatie die door de Stichting wordt behandeld veel minder gaatjes heeft en beter verzorgd wordt. Op grond van artikel 4 van de destijds vigerende overeenkomst is de Stichting uitsluitend verantwoordelijk voor een kwalitatief goede en doelmatige tandheelkundige hulpverlening, voor een goede organisatie van de hulp en voor het ontwikkelen dan wel in stand houden van een zorgbeleid. Verder moet de Stichting er zorg voor dragen dat de aan haar verbonden beroepsbeoefenaren over de kennis en kunde beschikken die voor een verantwoorde hulp noodzakelijk is. Volgens de Stichting zijn geen afspraken omtrent contractsvolume of aantal behandelcentra in de medewerkersovereenkomst opgenomen. Wat betreft haar capaciteit om in de toekomst aan haar contractuele verplichtingen te voldoen, stelt de Stichting dat de continuïteit van de tandheelkundige zorgverlening door haar adequaat optreden is gewaarborgd en dat zij zeer wel in staat is om aan haar verplichtingen uit hoofde van de nieuwe medewerkersovereenkomst te voldoen.
16. Na mislukte onderhandelingen om een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten, heeft de Stichting zich in februari 2001 bereid verklaard om de drie behandelcentra over te dragen.

Het Zilveren Kruis heeft voor de overname een gegadigde aangewezen. De onderhandelingen hierover zijn echter gestrand. De partijen geven uiteenlopende redenen hiervoor aan. Volgens het Zilveren Kruis, dat als bemiddelaar is opgetreden bij de onderhandelingen, is de voornaamste reden van het mislukken van de overname dat de Stichting geen openheid in de boeken wilde geven. De Stichting is een andere mening toegedaan, namelijk dat het Zilveren Kruis de onderhandelingen heeft gedwarsboomd door geen concrete en uitgewerkte overnamevoorstellen te presenteren. Verder vindt de Stichting dat het een verkeerde voorstelling van zaken is dat zij geen openheid in de boeken heeft gegeven. De Stichting heeft ingestemd met een uitgebreid due diligence- onderzoek, dat op 27 februari 2001 heeft plaatsgevonden en waarbij alle relevante informatie en documentatie volledig ter beschikking is gesteld en onderzocht.

IV. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

A. Procedures in kort geding

17. Het Zilveren Kruis heeft de Stichting in januari 2001 gedagvaard voor de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam. Op deze wijze heeft het Zilveren Kruis nakoming van de destijds vigerende medewerkersovereenkomst gevorderd. De President van de rechtbank heeft na de mondelinge behandeling van dit kort geding partijen terugverwezen naar de onderhandelingstafel.
18. Bovendien heeft de Stichting op 5 april 2001 het Zilveren Kruis gedagvaard om op 23 april 2001 in kort geding te verschijnen voor de President van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam. De Stichting heeft de President primair verzocht om – kort gezegd –het Zilveren Kruis te bevelen binnen vijf dagen met de Stichting een nieuwe overeenkomst te sluiten, krachtens welke de jeugd tandverzorging in Rotterdam zou worden verstrekt door de Stichting op kosten van het Zilveren Kruis. Subsidiair is gevorderd dat in elk geval over een nieuw te sluiten overeenkomst door partijen wordt onderhandeld en dat, zolang die onderhandelingen duren, de vergoedingen voor verrichtingen op de gebruikelijke wijze door het Zilveren Kruis worden voldaan.
19. Bij vonnis d.d. 1 mei 2001 heeft de President de gevraagde voorzieningen afgewezen. Door de Stichting is binnen de wettelijke termijn spoedappel ingesteld. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest d.d. 28 juni 2001 het vonnis van de President van de Rechtbank te Rotterdam d.d. 1 mei 2001 vernietigd en het Zilveren Kruis onder meer gelast om een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten met de Stichting.

B. Procedure bij de NMa

20. Bij brief d.d. 12 april 2001 heeft de Stichting een aanvraag om toepassing van artikel 56 Mw, daarin begrepen een verzoek om vaststelling van overtreding van artikel 24 Mw, ingediend (hierna: verzoek ten gronde).
21. Op 27 april 2001 en 9 mei 2001 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) telefonisch contact gehad met de advocaat van de Stichting over de door haar ingediende klacht. Op 9 mei 2001 heeft de NMa het Zilveren Kruis telefonisch op de hoogte gesteld van de door de Stichting ingediende klacht.
22. Bij brief d.d. 9 mei 2001 heeft de Stichting een verzoek om toepassing van artikel 83 Mw ingediend. Na ontvangst van dit verzoek heeft de NMa op 10 mei 2001 het Zilveren Kruis hiervan telefonisch op de hoogte gesteld en bij fax vragen gesteld. De antwoorden op deze vragen zijn ontvangen op 16 mei 2001. Op 14 mei 2001 heeft de NMa aanvullende informatie van de Stichting ontvangen.
23. Op 18 mei 2001 hebben de zaakbehandelaars de gegevens die zij voornemens waren in het besluit te laten opnemen per fax aan de Stichting voorgelegd teneinde deze in de gelegenheid te stellen eventuele onjuistheden aan te geven. Op 23 mei 2001 heeft de Stichting hierop per fax gereageerd. Ten slotte heeft de Stichting per fax op 29 mei 2001 aanvullende informatie verstrekt met betrekking tot de contracteerplicht.
24. Bij besluit d.d. 8 juni 2001 heeft de d-g NMa het verzoek om toepassing van artikel 83 Mw afgewezen. Een afschrift van het besluit is op 8 juni 2001 per fax aan (de raadsman van) de Stichting en het Zilveren Kruis toegezonden.
25. Op 9 juli 2001 heeft de NMa aanvullende informatie ontvangen van de klager. Op 5 november 2001 heeft de NMa vragen gesteld aan het Zilveren Kruis. De antwoorden zijn ontvangen op 3 december 2001.

V. ARGUMENTEN VAN KLAGER

26. De aanvraag van de Stichting om toepassing van de Mededingingswet richt zich op artikel 24 Mw. Naar het oordeel van de Stichting maakt het Zilveren Kruis misbruik van haar economische machtspositie door geen nieuwe medewerkersovereenkomst met de Stichting te sluiten.

A. Economische machtspositie

27. In haar klacht heeft de Stichting aangegeven de inkoopmarkt voor jeugdtandheelkundige zorg te beschouwen als de relevante productmarkt. Ziekenfondsen zijn op grond van artikel 7 Zfw verplicht om tandheelkundige zorg voor verzekerden beneden de 18 jaar in te kopen. De klager stelt dat derhalve voor ziekenfondsen geen substitutiemogelijkheden bestaan en dat de inkoopmarkt voor jeugdtandheelkundige zorg een aparte markt is. Op deze markt zijn drie groepen aanbieders aanwezig, namelijk tandartsen, tandartsspecialisten en instellingen voor jeugdtandverzorging.
28. Met betrekking tot de geografische afbakening van de relevante markt geeft de klager aan dat deze door de vraag van de verzekerden wordt bepaald. Vanuit de verzekerden gezien is de relevante markt lokaal of regionaal. De Stichting beschouwt op grond daarvan de omvang van de relevante markt als regionaal of zelfs lokaal.
29. De Stichting geeft aan dat op deze markt hoofdzakelijk ziekenfondsen als vragers optreden. Volgens de Stichting is 85% van alle ziekenfondspatiënten in de regio verzekerd bij het Zilveren Kruis. Het Zilveren Kruis heeft volgens de Stichting derhalve een economische machtspositie op de relevante markt.

B. Misbruik van een machtspositie

30. Verder voert de Stichting aan dat een leveringsweigering volgens de Memorie van Toelichting op de Mw als misbruik van een economische machtspositie kan worden aangemerkt. De sluiting van het behandelcentrum in Rotterdam-Zuid was onvermijdelijk wegens acute personeelsproblemen. De Stichting beklemtoont dat het algemene personeelstekort in de gezondheidssector een algemeen erkend probleem is en dat de weigering van het Zilveren Kruis dit te erkennen "bezwaarlijk serieus kan worden genomen." De Samenwerkende Regionale Instellingen voor Jeugdtandverzorging hebben gepoogd het probleem in de tweede helft van de jaren 90 door brieven en door overleg onder de aandacht van de politiek en van Zorgverzekeraars Nederland te brengen en tot gezamenlijke oplossingen te komen. De ontstane problemen kunnen derhalve niet worden gezien als een toerekenbare tekortkoming van de Stichting. Verder zijn er in de vigerende medewerkersovereenkomst geen afspraken opgenomen omtrent contractsvolume of het aantal behandelcentra. Het Zilveren Kruis kan derhalve haar weigering om met de Stichting een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten in ieder geval niet baseren op een toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van de vigerende medewerkersovereenkomst.
31. Voorts staat volgens de Stichting het aangaan van een medewerkersovereenkomst met betrekking tot de twee resterende vestigingen los van de sluiting van het behandelcentrum

Rotterdam-Zuid. De Stichting stelt dat de continuïteit van de jeugd tandverzorging voor de verzekerden van deze twee vestigingen gewaarborgd is.

32. Ten slotte stelt de Stichting dat zelfs indien de sluiting van een vestiging voor een onderneming zonder economische machtspositie reden zou kunnen zijn om geen nieuwe medewerkersovereenkomst aan te gaan, dit dan nog niet aan het Zilveren Kruis is toegestaan. "Haar economische machtspositie brengt mee dat zij met cliënte [de Stichting] een nieuwe medewerkersovereenkomst moet sluiten, omdat anders de mededinging op de hiervoor beschreven relevante markt wordt beperkt."

VI. ARGUMENTEN VAN BEKLAAGDE

33. Volgens het Zilveren Kruis bedraagt haar marktaandeel in de regio Rotterdam, Hoogvliet, Pernis en Hoek van Holland [80-90%]⁴ van de ziekenfondsverzekerden. Volgens het Zilveren Kruis kan in het midden worden gelaten of die positie moet worden aangemerkt als een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, omdat er geen sprake is van misbruik.
34. Het Zilveren Kruis stelt dat, indien zij weigert in onderhandeling te treden over een nieuwe overeenkomst met een partij die wanprestatie heeft gepleegd en die vervolgens te kennen geeft nimmer aan haar verplichtingen te kunnen voldoen en indien het Zilveren Kruis bovendien aanbiedt medewerking te verlenen aan het opvangen van de gevolgen van die beslissing, er dan geen sprake kan zijn van misbruik van een machtspositie.

VII. BEOORDELING

A. Toepasselijkheid van artikel 24 Mw

35. Krachtens artikel 24, lid 1, Mw is het ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie. Overtreding van artikel 24 Mw is aan de orde, indien wordt vastgesteld dat een onderneming, in casu het Zilveren Kruis, beschikt over een economische machtspositie ten aanzien van bepaalde goederen of diensten, binnen een afgebakend geografisch gebied, en van die positie misbruik maakt of heeft gemaakt. Blijkens het bepaalde in hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting op de Mw zullen voor de interpretatie van het verbod van artikel 24 Mw de Europeesrechtelijke beschikkingspraktijk en jurisprudentie als leidraad dienen.⁵

⁴ [...] bevat vertrouwelijke gegevens.

⁵ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 1995-1996*, 24707.

Onderneming

36. Artikel 1, sub f, Mw verwijst voor een uitleg van het begrip 'onderneming' naar het ondernemingsbegrip zoals gehanteerd in artikel 81, lid 1, EG (ex artikel 85, lid 1 EG-verdrag). Dit artikel bevat zelf geen definitie van het begrip. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen hanteert een functionele benadering en heeft het begrip 'onderneming' uitgelegd als 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.'⁶
37. Met betrekking tot de vraag of het Zilveren Kruis wat betreft haar ziekenfondsactiviteiten een onderneming is in de zin van de Mededingingswet, dient gekeken te worden naar de aard van de activiteiten die worden verricht. In eerdere besluiten heeft de d-g NMa reeds aangegeven dat ziekenfondsen met betrekking tot hun activiteiten in het tweede compartiment met betrekking tot het inkopen van zorg, moeten worden beschouwd als ondernemingen.⁷ Het Zilveren Kruis is derhalve wat betreft haar ziekenfondsactiviteiten een onderneming.

Economische machtspositie

38. In artikel 1, sub i, Mw, wordt een economische machtspositie als volgt gedefinieerd: 'positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.'
39. Om te bepalen of sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. De relevante markt wordt zowel bepaald door de aard van de desbetreffende producten of diensten als door het gebied in geografische zin waarbinnen de betrokken onderneming moet concurreren en de objectieve mededingingsvoorwaarden voor alle ondernemingen gelijk zijn.

Relevante markt

40. In het kader van dit besluit kan men ervan uitgaan dat de relevante productmarkt de inkoop van jeugdtandheelkundige zorg ten behoeve van ziekenfondsverzekerden in het kader van de Zfw is. Zoals de klager aangeeft kan deze zorg door tandartsen, tandartsspecialisten en instellingen voor jeugdtandverzorging geleverd worden. De klager stelt dat de geografische

⁶ Zie bijvoorbeeld zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, Jur. 1991, I-1979, r.o. 21.

⁷ Zie het besluit van de d-g NMa van 29 december 1998 in zaak 1165/ *Anova-ZAO - Anoz Verzekeringen*, ov. 14 en het besluit van de d-g NMa van 19 juni 1999 in zaken 882 en 407/ *Amicon-Texticare*, ov. 44.

omvang van deze productmarkt de gemeente Rotterdam is. Het kan in het midden worden gelaten of de geografische omvang van de markt lokaal of regionaal is, omdat de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed.

Machtspositie

41. Blijkens artikel 1 sub i Mw en de vaste jurisprudentie is er sprake van een economische machtspositie indien een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen ten opzichte van concurrenten, afnemers of leveranciers.⁸

42. De beoordeling aan de hand van de voormschreven factoren is casuïstisch van aard. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is evenwel ten aanzien van de marktpositie een bepaalde marktaandeel-grens aangegeven, waarboven het, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, aannemelijk is dat er sprake is van een economische machtspositie. Dit marktaandeel bedraagt ongeveer 50%.⁹ Ook in de Memorie van Toelichting bij de Mw staat dat bij een marktaandeel dat langere tijd boven de 75% ligt, een machtspositie in de regel aanwezig geacht mag worden.

43. Volgens de Stichting heeft het Zilveren Kruis een marktaandeel van 85% op de relevante markt, het Zilveren Kruis geeft een marktaandeel aan van [80-90%]¹⁰ in de regio Rotterdam. Gezien het uiteindelijke oordeel kan evenwel in het midden worden gelaten of het Zilveren Kruis een economische machtspositie heeft in de zin van artikel 24 Mw op de relevante markt.

Misbruik in de zin van artikel 24 Mw

44. Het Europese Hof van Justitie heeft als misbruik aangemerkt *'gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan'*¹¹.

⁸ Zie bijv. het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, *United Brandst. Commissie*, 27/76, Jur. EG 1978, blz. 207.

⁹ Zie arrest Hof van Justitie van 3 juli 1991, *AKZO Chemie t. Commissie*, C 62/86, Jur. EG 1991, blz. I-3359.

¹⁰ [...] bevat vertrouwelijke informatie.

¹¹ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 1979 in de zaak 85/76, *Hoffman-La Roche Co. AG vs. Commissie*, Jur. EG 1979, blz. 461, ro. 91.

45. De weigering door een onderneming met een economische machtspositie om een contract te sluiten of te verlengen kan onder omstandigheden een misbruik vormen in de zin van artikel 24 Mw. Volgens de Memorie van Toelichting¹² is bijvoorbeeld leveringsweigering¹³ één van de praktijken waardoor een onderneming met een economische machtspositie haar eigen positie kan versterken ten opzichte van haar concurrenten.¹⁴ Derhalve moet worden bekeken of de weigering van het Zilveren Kruis om met de Stichting een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten ten doel of ten gevolge heeft dat de positie van het Zilveren Kruis, anders dan op basis van ondernemersprestaties, wordt gehandhaafd of versterkt.
46. Dit is op geen enkele manier aangetoond. Het besluit van het Zilveren Kruis om met de Stichting geen nieuw contract aan te gaan, levert geen misbruik op, omdat het niet gaat om een leveringsweigering waardoor een onderneming met een economische machtspositie haar eigen positie versterkt ten opzichte van de concurrenten, zoals bedoeld in de Memorie van Toelichting (zie randnummer 45). Het besluit van het Zilveren Kruis vloeit eerder voort uit het gebrek aan vertrouwen in de Stichting en het feit dat het Zilveren Kruis niet weet of de Stichting in de toekomst aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.
47. Het feit dat het Zilveren Kruis derhalve besloten heeft om na afloop van de medewerkersovereenkomst met de Stichting geen nieuwe overeenkomst aan te gaan, maar een contract te sluiten met een nieuwe zorgverlener is geen misbruik in de zin van artikel 24 Mw, maar komt voort uit een poging van het Zilveren Kruis om aan haar wettelijke zorgplicht te voldoen en de, in haar opinie, beste aanbieder te kiezen.
48. De mededingingsrechtelijke beoordeling in dit besluit laat onverlet dat het Zilveren Kruis in haar betrekking met de Stichting de zorgvuldigheidsnormen van het burgerlijk recht in acht dient te nemen, zoals overigens ook blijkt uit de uitspraak van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 28 juni 2001 (zie randnummer 19).

B. Conclusie

49. Geconstateerd dient te worden dat de weigering van het Zilveren Kruis om een nieuwe medewerkersovereenkomst te sluiten met de Stichting, niet kan worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 24 Mw.

¹² Memorie van Toelichting *Kamerstukken II* 1995-1996, 24707, blz. 26.

¹³ In het onderhavige geval is er geen sprake van een weigering om een product te leveren, maar van een weigering om een dienst af te nemen.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van 6 maart 1974 in de gevoegde zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents*, Jur. EG 1974, blz. 223.

VIII. BESLUIT

50. Gelet op het bovenstaande is de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van oordeel dat er in deze zaak geen sprake is van overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet door het Zilveren Kruis. Het verzoek om toepassing van artikel 56, lid 1, Mw wordt derhalve afgewezen.

Datum: 20 februari 2002

w.g. A.W. Kist
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van verzending van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2521 EN, Den Haag.