

BESLUIT

Nummer 2600/41

Betreft zaak: Palet vs CZ en VGZ

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar gericht tegen zijn besluit van 5 september 2001, kenmerk 2600/9.b159.

I. Het verloop van de procedure

1. Op 12 juli 2001 heeft de rechtspersoon naar Belgisch recht S.P.R.L. Laboratoires d'Analyses Medicales Philippe Palet (hierna: Palet) bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een klacht ingediend tegen CZ Groep Zorgverzekeringen (hierna: CZ) en tegen Zorgverzekeraar VGZ (hierna: VGZ) wegens schending van artikel 6 en artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw).
2. Bij besluit van de d-g NMa van 5 september 2001 (hierna: het bestreden besluit) is de klacht afgewezen.
3. Op 13 september 2001 heeft Palet bezwaar gemaakt tegen dit besluit.
4. Op 6 november 2002 heeft een hoorzitting ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit plaatsgevonden. Daar zijn gemachtigden van Palet, CZ en VGZ verschenen. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 13 november 2002 aan partijen is verzonden.

II. Het bestreden besluit

5. Bij het besluit van 5 september 2001 heeft de d-g NMa besloten geen nader onderzoek te doen naar aanleiding van de klacht van Palet en niet over te gaan tot het nemen van handhavende maatregelen op basis van de Mededingingswet.
6. Aan deze beslissing ligt ten grondslag dat de d-g NMa geen aanwijzingen heeft dat CZ en/of andere zorgverzekeraars met ziekenhuislaboratoria mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt of onderling hun gedragingen zouden hebben afgestemd in de zin van artikel 6 Mw. Uit de beschikbare informatie blijkt slechts dat CZ en VGZ ieder voor zich hebben besloten geen contract met Palet te sluiten.
7. Voorts ligt aan deze beslissing ten grondslag dat, los van de vraag of CZ en VGZ een economische machtspositie hebben, in het onderhavige geval geen sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw aangezien het feit dat CZ en VGZ aan hun zorgplicht jegens hun verzekerden hebben voldaan een rechtvaardiging vormt voor het niet contracteren van extra laboratoria.

III. Het bezwaar

8. In bezwaar en ter hoorzitting heeft Palet – kort en zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd.

9. Wat betreft artikel 6 Mw voert Palet aan dat er aanwijzingen zijn dat CZ en/of andere zorgverzekeraars met de ziekenhuislaboratoria mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt of hun gedragingen zouden hebben afgestemd. Hiertoe noemt Palet het feit dat CZ en VGZ met de laboratoria van de ziekenhuizen in Zuid- en Midden-Limburg afspraken hebben gemaakt en niet met andere laboratoria. De onderlinge afspraken tussen de ziekenhuislaboratoria, CZ en VGZ zouden inhouden dat CZ en VGZ geen contracten mogen en zullen sluiten met andere laboratoria dan de genoemde ziekenhuislaboratoria.

10. Voorts verwijst Palet naar de beslissing van de d-g NMa inzake de prijsafspraken voor hele regio's tussen zorgverzekeraars en apothekers.

11. Met betrekking tot artikel 24 Mw voert Palet aan dat VGZ en met name CZ in de regio Zuid- en Midden-Limburg een machtspositie hebben ten aanzien van de ziekenfondsverzekerden. Verder stelt Palet dat zij is uitgesloten van de markt voor ziekenfondsverzekerden in het gebied van CZ en VGZ, daar met name CZ haar economische machtspositie uitbuit. Door die uitsluiting wordt de marktstructuur verslechterd. Een objectieve rechtvaardiging voor het uitbuiten van een economische machtspositie is er volgens Palet niet.

IV. Beoordeling

12. Artikel 6 Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Artikel 24 Mw verbiedt het om misbruik te maken van een economische machtspositie.

13. Ingevolge artikel 3, eerste lid, Mw heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit “tot taak het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering van deze wet”. Uit de Memorie van Toelichting^[1] bij de Mededingingswet (hierna: “Memorie van Toelichting”) blijkt dat de d-g NMa bij de beslissing of hij een klacht in behandeling neemt en welke prioriteiten hij daarbij stelt, de nodige discretionaire ruimte heeft. Dat is ook het geval bij de ambtshalve beslissing tot het wel of niet houden van toezicht en het instellen van een onderzoek.

14. Deze discretionaire ruimte heeft zijn weerslag op de omvang en de diepgang van een onderzoek. Deze zal in het bijzonder afhangen van de urgentie van de te geven beschikking, en de grootte van de belangen die daarbij zijn betrokken, in verband met de kosten en de duur van een in aanmerking komend onderzoek en de inschatting van de resultaten die het zal kunnen opleveren.

15. Met de Mededingingswet is uitdrukking gegeven aan het (algemeen) belang dat moet worden toegekend aan werkzame mededinging en de daaruit voortvloeiende (potentiële) welvaartsverbetering, alsmede de effectieve bestrijding van onaanvaardbare beperkingen daarvan. Het is in het licht van dit (algemene) belang dat de beslissingen van de d-g NMa over de bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van de Mededingingswet dienen plaats te vinden.

16. Opgemerkt zij in dit verband dat de NMa in het kader van de toepassing van artikel 6 en 24 Mw niet tot taak heeft het beslechten van geschillen tussen particulieren of ondernemingen. Een individuele klager kan zich, wanneer hij wordt geconfronteerd met een vermeende overtreding van de Mededingingswet, ook wenden tot de burgerlijke rechter. Blijkens de Memorie van Toelichting beschouwt de wetgever de civielrechtelijke handhaving van de Mededingingswet als een reëel alternatief voor de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet, welke kan leiden tot een vermindering van de belasting van de bestuursrechtelijke handhaving zoals deze wordt uitgevoerd door de d-g NMa. In dit verband wordt gewezen op de volgende passage uit de Memorie van Toelichting:

'Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid te laten.' [2]

17. Individuele belangen van consumenten en concurrenten kunnen nauw gerelateerd zijn aan de algemene belangen die met de toepassing en handhaving van de Mededingingswet zijn gemoeid. De d-g NMa dient evenwel aan een beslissing om een (nader) onderzoek in te stellen, een met het genoemde algemene belang gemoeide afweging ten grondslag te leggen.

18. Tegen de achtergrond van de beleidsvrijheid die de d-g NMa bij de handhaving van de Mededingingswet heeft, moet gewicht worden toegekend aan de noodzaak prioriteiten te stellen. [3] In dit afwegingsproces kunnen verschillende factoren een rol spelen. Belangrijke prioriteringsfactoren zijn economische importantie, het belang voor de consument, de kansrijkheid van de vaststelling van de overtreding, de doelmatigheid van het optreden en de ernst van de vermoedelijke overtreding. [4]

19. In de onderhavige zaak heeft de d-g NMa afgezien van een nader onderzoek en de klacht van Palet afgewezen. Op basis van de beschikbare informatie bestonden er naar het oordeel van de d-g NMa geen aanwijzingen dat CZ en/of andere zorgverzekeraars met ziekenhuislaboratoria mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt of onderling hun gedragingen zouden hebben afgestemd in de zin van artikel 6 Mw. Evenmin bestonden aanwijzingen dat sprake is van misbruik van een economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw.

20. Hetgeen in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting is aangevoerd, geeft de d-g NMa geen aanleiding om tot een ander oordeel te komen.

21. Dat CZ in het verleden, in een ander verband, heeft verzocht om ontheffing van het verbod van artikel 6 Mw (namelijk voor, kort gezegd, een standaardovereenkomst die CZ aanbiedt aan apothekers [5]) vormt naar het oordeel van de d-g NMa – anders dan Palet meent – geen aanwijzing dat met artikel 6 Mw strijdige afspraken bestaan tussen CZ (of andere zorgverzekeraars) en de laboratoria van de ziekenhuizen in Zuid- en Midden-Limburg. Dat met deze laboratoria, en niet met andere, contracten zijn gesloten geeft de d-g NMa evenmin een aanwijzing voor een dergelijke conclusie. Ook overigens geeft hetgeen Palet naar voren heeft gebracht geen concrete aanwijzingen dat met de Mededingingswet strijdige afspraken zijn gemaakt tussen CZ, VGZ en/of de ziekenhuislaboratoria. CZ en VGZ hebben tijdens de hoorzitting ook het bestaan van dergelijke afspraken ontkend.

22. Nog daargelaten de vraag of CZ of VGZ een economische machtspositie hebben, ziet de

d-g NMa verder geen reden om aan te nemen dat daarvan misbruik zou worden gemaakt in de zin van artikel 24 Mw door uitsluiting van Palet van de markt voor laboratoriumonderzoek. Gebleken is slechts dat CZ en VGZ geen contract met Palet hebben gesloten omdat aan extra capaciteit voor laboratoriumonderzoek bij hen geen behoefte bestond; met de beschikbare capaciteit konden zij reeds aan hun zorgplicht jegens hun verzekerden voldoen.

23. Gezien het voorgaande geeft de beschikbare informatie geen concrete aanwijzingen dat in strijd met de Mededingingswet wordt gehandeld. De kansrijkheid van de vaststelling van een overtreding acht de d-g NMa dan ook gering. In zoverre ziet hij, in aanmerking genomen de te stellen prioriteiten, geen aanleiding voor een nader onderzoek naar de tussen CZ en VGZ en de ziekenhuislaboratoria gesloten overeenkomsten. Evenmin is gebleken van andere belangen die de d-g NMa tot een ander oordeel hadden moeten brengen. De d-g NMa blijft derhalve bij zijn in het bestreden besluit vervatte standpunt dat geen nader onderzoek wordt gedaan naar aanleiding van de klacht van Palet en dat niet wordt overgegaan tot het nemen van handhavende maatregelen op basis van de Mededingingswet.

24. Het bezwaar is, gelet op het voorgaande, ongegrond.

V. BESLUIT

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verklaart het bezwaar van Palet tegen zijn besluit van 5 september 2001 ongegrond.

Datum: 22-11-2002

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 bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

[1] Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 47.

[2] Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41.

[3] Vergelijk ook het besluit van de d-g NMa d.d. 13 april 1999, zaak nr. 788, M.L. Wolters vs Uitgeverij Niesje Wolters van Bommel, randnummers 29-36.

[4] Jaarverslag NMa en DTe 2000, p. 16 en Jaarverslag NMa en DTe 2001, p. 9.

[5] De d-g NMa heeft ontheffing geweigerd voor de in eerste instantie overgelegde standaardovereenkomst, en ten aanzien van een later overgelegde gewijzigde standaardovereenkomst geoordeeld dat deze geen bepalingen bevat die in strijd zijn met artikel 6 Mw. Besluit d-g NMa van 6 juli 2001 in zaak 912/ CZ – Apotheker.