

## Nederlandse mededingingsautoriteit

# BESLUIT

Nummer 2855-26

Betreft zaak: Politheek Explorer

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Politheek Explorer tegen zijn besluit van 26 februari 2002, kenmerk 2855/3. b159

### I. Het verloop van de procedure

1. Op 9 januari 2002 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("d-g NMa") van Politheek Explorer b.v. ("Politheek") een klacht wegens schending van de Mededingingswet ("Mw") door het Amphia Ziekenhuis ("Ziekenhuis"), de OPG Groep N.V. ("OPG"), Mediveen Groep B.V. ("Mediveen") en de stads-/dorpsapothekers van Oosterhout.
2. Bij brief van 26 februari 2002, kenmerk 2855/3.b159, ("het bestreden besluit") is besloten de klacht van Politheek niet verder in behandeling te nemen.
3. Op 25 maart 2002 heeft Politheek tegen het bestreden besluit een bezwaarschrift ingediend.
4. Op 26 juni 2002 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens deze hoorzitting heeft Politheek haar bezwaren mondeling toegelicht. Ziekenhuis en OPG zijn tevens in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. Ziekenhuis heeft hiervan gebruik gemaakt.

### II. Betrokken partijen

5. Politheek, aldus een van de gemachtigden van Politheek ter hoorzitting, is een bedrijf dat een formule heeft ontwikkeld voor het aanbieden van poliklinische, openbare farmacie onder de formulenaam "Politheek". Apotheekdiensten worden aangeboden aan partijen die zijn geïnteresseerd om een poliklinische apotheek op te zetten. Van de formule kan in franchise gebruik worden gemaakt, maar tevens kan Politheek zelf een poliklinische apotheek opzetten en exploiteren.

6. Ziekenhuis heeft blijkens de klacht van Politheek in totaal 4 vestigingen in Breda en Oosterhout.
7. OPG is een retail- en distributieonderneming voor geneesmiddelen en medische hulpmiddelen. Mediveen is een holdingmaatschappij van apotheken in eigendom van OPG. Tot Mediveen behoren circa 120 apotheken, verspreid door het hele land. Volgens Politheek telt Oosterhout vier stads-/dorpsapothekers, die via Mediveen onderdeel uitmaken van OPG.

### **III. De klacht van 7 januari 2002 en het bestreden besluit van 26 februari 2002**

8. Ziekenhuis heeft aan de gezamenlijk opererende Oosterhoutse stads- en dorpsapotheken toestemming gegeven in de vestiging op de locatie Oosterhout een dienstapotheek te vestigen, waarbij Ziekenhuis en voornoemde apothekers de intentie hebben uitgesproken deze dienstapotheek op te waarderen tot een volwaardige poliklinische apotheek. Volgens Politheek is deze gang van zaken in strijd met de Mededingingswet.
9. Bij besluit van 26 februari 2002 is de klacht van Politheek niet verder in behandeling genomen. Hiertoe is onder meer het volgende overwogen.
10. Overeenkomsten tussen ondernemingen die tot een zelfde groep (concern) behoren, worden in beginsel niet door artikel 6 Mw geraakt, aangezien deze ondernemingen geacht worden een economische eenheid te vormen waarbij de deelnemende ondernemingen hun gedrag op de markt niet zelfstandig kunnen bepalen. In zo'n geval is de groep (het concern) de onderneming in de zin van de Mw en vormt artikel 24 Mw het relevante beoordelingskader.
11. Aangezien de bij de onderhavige samenwerking betrokken apothekers tot OPG behoren, zoals Politheek heeft aangegeven, valt de samenwerking tussen hen ten aanzien van de dienstapotheek niet onder de reikwijdte van artikel 6 Mw. Ook de samenwerking tussen OPG en Ziekenhuis is niet in strijd met artikel 6 Mw. Dit artikel verbiedt alleen vormen van samenwerking die de mededinging beperken, waarvan hier geen sprake is.  
  
Dat Ziekenhuis ervoor kiest niet met Politheek noch met eventuele andere gegadigden een contract te sluiten vormt op zich geen mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw.
12. De oprichting van de dienstapotheek (gevolgd door de oprichting van een poliklinische apotheek) en de samenwerking tussen OPG en Ziekenhuis ter zake, los van de vraag of er sprake is van een economische machtspositie, vormen geen misbruik in de zin van artikel 24 Mw.

Bij misbruik gaat het om de nadelige beïnvloeding van de mededinging op de markt door niet in de dagelijkse handelspraktijk gebruikelijke ondernemersprestaties. Hiervoor zijn in onderhavige zaak geen aanwijzingen.

13. De d-g NMa concludeert in het bestreden besluit dat de verstrekte gegevens onvoldoende aanwijzingen opleveren voor een overtreding van de Mededingingswet. Mede om die reden wordt, in het licht van de bevoegdheid van de d-g NMa om een prioriteringsbeleid te voeren<sup>1</sup>, afgezien van het instellen van een onderzoek naar een mogelijke inbreuk op de Mededingingswet.

#### **IV. De gronden van bezwaar**

14. In haar bezwaarschrift en ter hoorzitting voert Politheek, kort en zakelijk weergegeven, het volgende aan.
15. Politheek heeft, in tegenstelling tot Mediveen/OPG, nooit de kans gekregen Ziekenhuis een concreet voorstel te doen voor de oprichting en exploitatie van een poliklinische apotheek. Er zijn ongelijke condities gecreëerd die niet objectief zijn te verantwoorden. Als gevolg van de opstelling van Ziekenhuis komt Politheek niet meer in aanmerking voor een contract met de zorgverzekeraar voor poliklinische farmacie.
16. Ook is volgens Politheek sprake van een "marktafsluitend effect". Politheek duidt hierbij op de situatie dat alle Oosterhoutse stads-/dorpsapotheken eigendom zijn van OPG, waarbij, indien straks lokaal ook de poliklinische farmaceutische zorg invulling krijgt door Mediveen/OPG, in samenwerking met Ziekenhuis, de regionale markt in Oosterhout verder wordt afgeschermd.
17. Politheek vraagt de d-g NMa het bestreden besluit te heroverwegen en haar klacht verder in behandeling te nemen.

#### **V. Beoordeling van het bezwaar**

##### *Artikel 24 Mw*

18. Zoals in het bestreden besluit reeds is aangegeven bevat de klacht geen aanwijzingen dat Ziekenhuis of OPG inbreuk hebben gemaakt of maken op artikel 24 Mw, het antwoord op de vraag of sprake is van een economische machtspositie overigens nog daargelaten.

---

<sup>1</sup> Zie Besluit d-g NMa 31 juli 2002, zaak 2844, Huub Kemper Makelaardij v Esto.

In bezwaar, zoals ter hoorzitting toegelicht, heeft Politheek dit evenmin aannemelijk kunnen maken en is dit ook overigens niet gebleken. Hierbij heeft de d-g NMa in aanmerking genomen dat Ziekenhuis ter hoorzitting onweersproken heeft verklaard dat het belang van de patiënten in de regio het beste is gediend wanneer de relatie met de bestaande apothekers wordt voortgezet door aan hen toe te staan een dienstapothek te vestigen om van daaruit te komen tot de oprichting van een poliklinische apothek. Dat door de aldus ontstane situatie Politheek niet meer in aanmerking zou kunnen komen voor een contract met de zorgverzekeraar, wat daar ook van zij, betekent niet, aldus de d-g NMa, dat Ziekenhuis inbreuk heeft gemaakt of maakt op artikel 24 Mw.

19. De d-g NMa hecht er nog aan op te merken dat het enkele feit dat sprake is van het beschikken over of het versterken van een (gezamenlijke) economische machtspositie, waarvan het bestaan in het midden is gelaten, niet betekent dat sprake is een inbreuk op artikel 24 Mw. Hiervoor moet sprake zijn van misbruik van die economische machtspositie, hetgeen in dit geval niet is gebleken.

#### *Artikel 6 Mw*

20. Zoals in het bestreden besluit onder verwijzing naar de relevante rechtspraak terecht is overwogen vormt de samenwerking tussen de Oosterhoutse stads-/ dorpsapothekers geen inbreuk op artikel 6 Mw, hetgeen Politheek niet heeft betwist.
21. Het enkele feit dat de samenwerking tussen een concurrent van Politheek, te weten de Oosterhoutse stads-/ dorpsapothekers, en Ziekenhuis ertoe leidt dat Politheek van die samenwerking met Ziekenhuis verstoken blijft, betekent niet, zoals reeds in het bestreden besluit is aangegeven, dat sprake is van een inbreuk op artikel 6 Mw. In het bestreden besluit is vermeld dat dit artikel alleen vormen van samenwerking verbiedt die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen. Daarvan is in dit geval, ook in bezwaar, niet gebleken. De samenwerking tussen Ziekenhuis en de Oosterhoutse stads- en dorpsapothekers doet niet af aan de mogelijkheid voor Politheek om aan andere ziekenhuizen haar diensten aan te bieden en daarmee samen te werken. Dit gebeurt ook, zo is ter hoorzitting gebleken. Zo is in Hilversum reeds een poliklinische apothek volgens de formule van Politheek opgericht en vinden er gesprekken plaats over de oprichting van een soortgelijke poliklinische apothek in Leiderdorp.

*Conclusie*

22. In hetgeen Politheek in bezwaar heeft aangevoerd en ook overigens ziet de d-g NMa geen aanleiding terug te komen op het bestreden besluit. Gelet hierop dient het bezwaar van Politheek ongegrond te worden verklaard.

**VI. Besluit**

23. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verklaart het bezwaar van Politheek tegen zijn besluit van 26 februari 2002, kenmerk 2855/3.b159, ongegrond.

Datum: 16 augustus 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 een beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam*