

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2912 / 43

Betreft zaak: X

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van X tegen zijn besluit van 12 april 2002, kenmerk 2912/4

I. Het verloop van de procedure

1. Op 27 februari 2002 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("d-g NMa") van X¹ een klacht wegens schending van de Mededingingswet ("Mw") door RESA-Apotheek Utrecht C.V. en Anova Zorgverzekeringen ("Anova").
2. Bij brief van 12 april 2002 ("het bestreden besluit") is besloten de klacht van X niet nader te onderzoeken.
3. Op 6 mei 2002 heeft X tegen het bestreden besluit een bezwaarschrift ingediend.
4. Op 25 juli 2002 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens deze hoorzitting heeft X zijn bezwaar mondeling toegelicht. RESA-Apotheek Utrecht C.V. en Anova zijn tevens in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. Zij hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

II. Betrokken partijen

5. X is een apotheek gevestigd in de stad Utrecht.

¹ Vertrouwelijk gegeven

6. RESA-Apotheek Utrecht C.V. is een commanditaire vennootschap, opgericht door 26 in de stad Utrecht gevestigde apotheken.
7. Anova Zorgverzekeringen is een zorgverzekeraar, werkzaam op onder meer de ziekenfondsmarkt.²

III. De klacht van 25 februari 2002 en het bestreden besluit van 12 april 2002

8. Van de dertig in de stad Utrecht gevestigde apotheken hebben er zesentwintig een commanditaire vennootschap ("C.V.") opgericht. Deze C.V. heeft als doel het exploiteren van een regionale samenwerkingsapothek ("RESA-Apotheek"), welke tevens de avond-, nacht- en weekenddiensten van de als commanditaire vennoten optredende apotheken op zich neemt. Van de vier apotheken die niet participeren in de C.V. hebben er twee een overeenkomst met de C.V. gesloten. X is één van de twee apotheken die niet participeert in de C.V. en ook geen overeenkomst heeft gesloten. De bij de C.V. aangesloten apotheken willen dat X niet langer naar de RESA-Apotheek verwijst voor de avond-, nacht- en weekenddiensten, omdat hij niet in de C.V. participeert en ook geen overeenkomst met de C.V. heeft gesloten.
9. X stelt voor 70% van zijn inkomsten afhankelijk te zijn van zorgverzekeraar Anova. Deze verlangt van individuele stadsapotheken dat zij continue zorg leveren. Dit staat in een nieuwe Anova-medewerkerovereenkomst, die volgens X tot stand is gekomen na overleg tussen Anova en een "afvaardiging" van het Departement Utrecht van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering der Pharmacie ("KNMP"). Anova vraagt zich af hoe X de waarneming heeft geregeld, nu hij geacht wordt niet meer te verwijzen naar de RESA-Apotheek.
10. Volgens X is sprake van strijd met de Mededingingswet.
11. Bij brief van 12 april 2002 is besloten de klacht van X niet nader te onderzoeken. Hiertoe is het volgende overwogen.
12. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Mededingingswet blijkt dat de d-g NMa bij de vraag of al dan niet een nader onderzoek naar een vermeende overtreding van de Mededingingswet moet worden gedaan beschikt over beleidsvrijheid. Gegeven de beschikbare capaciteit moet de d-g NMa prioriteiten stellen. In het licht hiervan is afgezien van het nader onderzoeken van de door X omschreven gedragingen van RESA-Apotheek Utrecht C.V. en Anova.

² ANOVA, ZAO en ANOZ zijn gefuseerd tot AGIS. Zie besluit d-g NMa 29 december 1998, zaak 1165, ANOZ Verzekeringen – ANOVA-ZAO.

IV. De gronden van bezwaar

13. In zijn bezwaarschrift en ter hoorzitting voert X, kort en zakelijk weergegeven, het volgende aan.
14. De onderhandelingen met RESA-Apotheek Utrecht C.V. zijn volgens X vastgelopen. Zijns inziens komt dit door het ontbreken van een “level playing field” – er is immers maar één nachtdienstapothek – en de bij RESA bekende eis van Anova dat apotheken continue zorg moeten leveren. RESA-Apotheek Utrecht C.V. maakt misbruik van haar machtspositie, onder meer door het uitoefenen van druk op relaties van X en het inschakelen van Anova, aldus X.
15. Volgens X maakt Anova misbruik van haar machtspositie door te eisen dat X continue zorg levert. X acht deze eis voor hem niet uitvoerbaar. Hij kan immers niet vrij kiezen uit samenwerking met nachtdienstapotheken. X kan daarom de medewerkersovereenkomst met Anova voor het jaar 2002 niet ondertekenen. Hij meent dat de overeenkomst is opgesteld zonder hem te raadplegen, een werkwijze die zijns inziens niet objectief is te verantwoorden. Volgens X bestaan er, gelet op de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst, tussen Anova en RESA-Apotheek Utrecht C.V. zeer nauwe banden.
16. X vraagt de d-g NMa het bestreden besluit te heroverwegen en zijn klacht verder in behandeling te nemen.

V. Beoordeling van het bezwaar

17. Krachtens 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 bij de Mededingingswet³ (“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.
18. 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 resultaten die het zal kunnen opleveren.

³ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr 3, p. 47.

19. 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.
20. Opgemerkt zij in dit verband dat de NMa in het kader van de toepassing van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet 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.”⁴

21. 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.
22. Ook de Europese Commissie (“Commissie”) kan prioriteiten stellen in de uitoefening van haar bevoegdheden. Het is vaste rechtspraak⁵ van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (“HvJEG”) en het Gerecht van Eerste Aanleg (“GEA”) dat een indiener van een verzoek aan de Commissie om een inbreuk op de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag vast te stellen, geen recht heeft op een definitieve beschikking van de Commissie over het al dan niet bestaan van de gestelde inbreuk. De bevoegdheid om een dergelijke beslissing te nemen is een discretionaire bevoegdheid. De Commissie mag, om haar taak doeltreffend te

⁴ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr 3, p. 41.

⁵ Zie o.a. GEA 24 januari 1995, T-114/92, BEMIM vs Commissie, r.o. 62.

kunnen vervullen, verschillende maten van prioriteit toekennen aan de bij haar ingediende klachten.⁶

23. Het is volgens het GEA⁷ “inherent aan de uitoefening van het bestuur, dat hij die is belast met een taak van openbare dienst, bevoegd is om alle organisatorische maatregelen te treffen die nodig zijn voor de vervulling van de hem opgedragen taak, met inbegrip van het stellen van prioriteiten binnen het door de wet vastgestelde kader, wanneer dergelijke prioriteiten niet door de wetgever zijn bepaald. Dit geldt in het bijzonder, wanneer aan een instantie een zo uitgebreide en algemene toezichthoudende en controlerende taak is opgedragen als de Commissie op het gebied van de mededinging heeft. Het strookt derhalve met de door het gemeenschapsrecht aan de Commissie opgelegde verplichtingen, dat zij aan de bij haar aanhangig gemaakte mededingingszaken verschillende prioriteiten toekent”.
24. Zoals hierboven uiteengezet dient er, tegen de achtergrond van de beleidsvrijheid die de d-g NMa daarbij heeft, gewicht te worden toegekend aan de noodzaak prioriteiten te stellen.⁸ 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.⁹
25. Gelet op de beschikbare gegevens acht de d-g NMa de kans dat het vereiste nadere onderzoek leidt tot de vaststelling van een overtreding in dit geval klein. Het is in het algemeen niet in strijd met artikel 6 Mw, indien zorgverleners gezamenlijk de waarneming organiseren, om zo de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen. Ook de zorgverzekeraar mag in beginsel van zorgverleners continue zorg eisen. Voor de waarneemgroep én de zorgverzekeraar geldt dat geen misbruik mag worden gemaakt van een economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw. Los van de vraag of er sprake is van een economische machtspositie, zijn er in onderhavige zaak geen aanwijzingen voor misbruik.
26. De d-g NMa ziet aldus in het bezwaar van X geen aanleiding voor het alsnog nader onderzoeken van de door X omschreven gedragingen van RESA-Apotheek Utrecht C.V. en Anova.

⁶ Zie HvJEG 4 maart 1999, C-119/97 P, Union française de l'express international e.a. vs Commissie e.a., r.o. 87-88.

⁷ GEA 18 december 1992, T-24/90, Automec SRL v Commissie, r.o. 77.

⁸ Vergelijk ook Besluit d-g NMa 13 april 1999, zaak 788, M.L. Wolters vs Uitgeverij Niesje Wolters van Bommel, randnummers 29-36.

⁹ Jaarverslag NMa en DTe 2000, p. 16 en Jaarverslag NMa en DTe 2001, p. 9.

VI. Besluit

27. Gelet op het vorenstaande verklaart de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit het bezwaar van X gericht tegen zijn besluit van 12 april 2002 ongegrond.

Datum:

w.g. 9 september 2002

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.