

Mededingingswet

Richtsnoeren voor de zorgsector

Mededingingswet

Richtsnoeren voor de zorgsector

De Mededingingswet stelt regels ten aanzien van:

- kartels;
- misbruik van een economische machtspositie;
- concentraties van ondernemingen.

Deze brochure gaat over het beleid inzake beoordeling van samenwerkingsvormen en gedragingen in de zorgsector.

Aan de brochure kunnen geen rechten worden ontleend.

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft de Richtsnoeren voor de zorgsector vastgesteld. Deze richtsnoeren zijn tot stand gekomen nadat diverse brancheorganisaties en andere betrokkenen hun reactie hebben gegeven op conceptrichtsnoeren die op 28 maart 2002 zijn gepubliceerd.

De NMa heeft in totaal 390 zaken behandeld in de zorgsector (eind 2002). In de Richtsnoeren voor de zorgsector is de inhoudelijke lijn vastgelegd die uit de uitspraken in deze zaken voortvloeit. Er staat duidelijk omschreven welke afspraken en gedragingen de mededinging beperken en in principe verboden zijn, zoals prijs- en tariefafspraken, marktverdelingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie. Dergelijke afspraken en gedragingen verminderen de variëteit in het zorgaanbod en doen afbreuk aan de keuzevrijheid van consumenten. De NMa geeft tevens aan dat daar waar samenwerking de efficiëntie of de kwaliteit verhoogt, afspraken tussen ondernemers in de zorg in het voordeel zijn van de consument mits de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. Beroepsbeoefenaren, zorgverzekeraars en andere ondernemers in de zorgsector kunnen met behulp van deze richtsnoeren zelf hun samenwerkingsvormen en gedragingen toetsen aan de Mededingingswet.

De Richtsnoeren voor de zorgsector zijn gepubliceerd in de Staatscourant van 25 oktober 2002 (nr. 206, p.18) en in werking getreden op 26 oktober 2002.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	4
1.1	<i>Algemeen kader en doelstelling</i>	4
1.2	<i>Leeswijzer</i>	6
1.3	<i>Wettelijk kader</i>	8
1.3.1	Nederlands en Europees mededingingsbeleid	8
1.3.2	Artikel 6 Mw – het kartelverbod	8
	Bagatelafpraak (artikel 7 Mw)	8
	Merkbaarheid	9
	Ontheffing (artikel 17 Mw)	10
	Nederlandse en Europese groepsvrijstellingen	10
	Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken (artikel 11)	10
1.3.3	Misbruik van een economische machtspositie	15
1.3.4	Conclusie	15
1.4	<i>De Mededingingswet, de zorgsector en de overheid</i>	16
1.4.1	Het begrip ‘onderneming’	16
1.4.2	De uitzondering van artikel 16 Mw	17
1.4.3	Geen concurrentie mogelijk	18
1.4.4	Conclusie	18
1.5	<i>De relevante markt</i>	19
1.5.1	Inleiding	19
1.5.2	De relevante productmarkt	19
1.5.3	De relevante geografische markt	22
1.5.4	De berekening van marktaandelen	23
1.5.5	Conclusie	24
2	Horizontale afspraken tussen zorgaanbieders of tussen zorgverzekeraars	25
2.1	<i>Inleiding</i>	25
2.2	<i>Niet toegestane vormen van samenwerking</i>	25
	Prijsafspraken	26
	Marktverdeling	26
	Gemeenschappelijke leveringsweigering	27
	Conclusie	28
2.3	<i>Vormen van samenwerking die in beginsel niet de concurrentie beperken</i>	29
2.3.1	Afspraken binnen één onderneming	29
2.3.2	Afspraken tussen niet-concurrenten	29
2.3.3	Afspraken over kwaliteit	30
2.3.4	Het gezamenlijk uitvoeren van projecten die individueel niet uitvoerbaar zijn	30
	Waarneming	31
	Gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken	32
2.3.5	Samenwerking op administratief gebied	33
2.3.6	Calculatieschema's	34
2.3.7	Conclusie	35

2.4	Vormen van samenwerking waarvoor een groepsvrijstelling geldt	35
2.4.1	Gemeenschappelijke zorgverlening en gezamenlijk contracteren	35
	Inleiding	35
	‘Gemeenschappelijke zorgverlening’	35
	Concurrentiebeperkingen	36
	Groepsvrijstelling	36
	Ontheffing	38
2.4.2	Samenwerking bij aanbestedingen	38
2.4.3	Conclusie	40
2.5	Beoordeling van overige vormen van samenwerking	41
2.5.1	Gemeenschappelijke inkoop	41
2.5.2	Erkenningsregelingen	43
2.5.3	Conclusie	46
3	Verticale afspraken in de zorgsector	47
3.1	Inleiding	47
3.2	Niet toegestane vormen van verticale afspraken	47
	Verticale prijsbinding	47
	Absolute gebiedsbescherming	47
	Absolute klantenbescherming	48
	Conclusie	48
3.3	Vormen van verticale afspraken waarvoor een groepsvrijstelling geldt	49
	Voorbeelden van verticale afspraken die onder de vrijstelling vallen	49
	Gevolgen van verticale afspraken	50
	Voorwaarden van de groepsvrijstelling	50
	Conclusie	51
3.4	Beoordeling van overige vormen van verticale afspraken	52
3.4.1	Algemene mogelijkheid voor ontheffing	52
3.4.2	Zorgmakelaar	53
3.4.3	Voorkeurslijsten voor hulpmiddelen en geneesmiddelen	54
	Inleiding	54
	Effecten op de concurrentie	54
	Voorkeurslijsten en de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (marktaandeel leverancier < 30%)	55
	Individuele toetsing van voorkeurslijsten	56
	Voorkeurslijsten gekoppeld aan horizontale afspraken	56
3.4.4	‘Preferred provider’	57
3.4.5	Conclusie	58
4	Misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector	59
4.1	Economische machtspositie	59
4.2	Misbruik	60
4.2.1	Weigering tot contractering van zorgaanbieders door zorgverzekeraars met een economische machtspositie	60
4.2.2	Discriminatie	61
5	Inwerkingtreding	62

1.1 Algemeen kader en doelstelling

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) acht het nuttig om extra duidelijkheid te creëren over de wijze waarop de aan hem toekomende taken en bevoegdheden in het kader van de handhaving van de Mededingingswet (hierna: Mw) in de zorgsector worden uitgeoefend.
2. De wetgever heeft besloten om meer concurrentie in de zorg in te voeren. In 1992 heeft daarom een stelselwijziging van de Ziekenfondswet plaatsgevonden met als doel vergroting van de marktwerking. Zo is onder andere de contracteerplicht voor ziekenfondsen afgeschaft en zijn er voor een aantal beroepsbeoefenaren maximumtarieven in plaats van vaste tarieven ingevoerd. Dit is gedaan om kwaliteit en doelmatigheid van de te leveren diensten te bevorderen. Op het moment dat concurrentie in de zorgsector mogelijk is, is ook de Mw van toepassing en is de NMa voor de naleving daarvan in de zorgsector verantwoordelijk. De NMa neemt daarbij de bestaande regelgeving als uitgangspunt.
3. Deze richtsnoeren voor de zorgsector (hierna: de richtsnoeren) hebben tot doel inzicht te verschaffen in de criteria die worden gehanteerd bij de handhaving van het in artikel 6 Mw neergelegde kartelverbod, de toepassing van de in artikel 17 Mw neergelegde mogelijkheid tot het geven van ontheffing van het kartelverbod en het in artikel 24 Mw neergelegde verbod op misbruik van een economische machtspositie met betrekking tot voor de zorgsector typische afspraken en gedragingen.¹
4. Deze richtsnoeren zijn een nadere uitwerking voor de zorgsector van een aantal onderwerpen zoals behandeld in de 'Richtsnoeren samenwerking bedrijven'². Bovendien zijn een aantal aanvullende onderwerpen opgenomen die voor de zorgsector specifiek van belang zijn.
5. Met de publicatie van deze richtsnoeren wil de NMa het voor zorgaanbieders en zorgverzekeraars eenvoudiger maken om samenwerkingsvormen en gedragingen zelf in het licht van de Mw te beoordelen. De richtsnoeren behandelen derhalve slechts de meest belangrijke punten van de mededingingsrechtelijke beoordeling in de zorgsector en zijn geen uitputtende beschrijving van alle bestaande wettelijke bepalingen en jurisprudentie. Bovendien kunnen ook afspraken en gedragingen die niet in deze richtsnoeren zijn opgenomen in strijd zijn met de Mw. Andersom kunnen afspraken waarvan niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat zij zijn toegestaan, met de Mw verenigbaar zijn.
6. De voorbeelden die in deze richtsnoeren zijn opgenomen, dienen alleen ter illustratie van de wijze waarop een mededingingsrechtelijke analyse in concrete gevallen moet worden aangepakt. In het kader van deze richtsnoeren is het ondoenlijk om voor elke groep van zorgaanbieders en elke mogelijke vorm van samenwerking of gedraging een voorbeeld te geven. De getallen en ondernemingen in de voorbeelden zijn bovendien willekeurig gekozen.

7. Het is inherent aan de Mw dat de beoordeling van een concrete zaak afhankelijk is van de omstandigheden. Het is derhalve niet altijd mogelijk om naast de bestaande wet- en regelgeving - die bijvoorbeeld algemene aanknopingspunten in de vorm van marktaandelen noemt - voor alle gevallen geldige oplossingen te geven.
8. Deze richtsnoeren laten de eventueel door de rechter gegeven uitleg van de Mw, respectievelijk de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Gerecht van eerste aanleg en door het Hof van Justitie onverlet. In een later stadium kunnen aanvullende richtsnoeren worden gepubliceerd.

1.2 Leeswijzer

9. In onderhavige richtsnoeren wordt een groot aantal onderwerpen behandeld. Deze onderwerpen zijn verdeeld over een algemeen hoofdstuk (hoofdstuk 1), een tweetal hoofdstukken over horizontale en verticale afspraken (hoofdstukken 2 en 3) en een hoofdstuk over misbruik van een economische machtspositie (hoofdstuk 4). Hoofdstuk 1 vormt de basis voor de overige hoofdstukken van deze richtsnoeren.

10. In hoofdstuk 1 wordt in paragraaf 1.2 een kort overzicht gegeven van het wettelijke kader waaraan de d-g NMa zijn bevoegdheden ontleent. Naast de Nederlandse context, wordt daarbij aandacht besteed aan de relatie met het Europese mededingingsrecht. Schematisch weergegeven, worden de volgende artikelen uit de Mw behandeld:

Artikel 6 Mw (kartelverbod) – afstemming tussen ondernemingen

- *artikel 7 Mw (bagatelafpraak)*

- *artikel 17 Mw (onthefing)*

- *artikel 12 tot en met 15 Mw (Europese en Nederlandse groepsvrijstellingen)*

- *artikel 11 Mw (uitzonderingen in verband met het vervullen van bijzondere taken)*

Artikel 24 Mw (verbod op misbruik van economische machtspositie) – eenzijdige handelingen van een onderneming of ondernemingen

11. In paragraaf 1.3 worden de consequenties van overheidsingrijpen en regelgeving voor de toepassing van de Mw behandeld. Als deelonderwerpen in deze paragraaf komen aan bod het begrip ‘onderneming’, de uitzondering op het kartelverbod van artikel 16 Mw en het beperken van concurrentiemogelijkheden van ondernemingen door regelgeving en de toepassing daarvan.

12. In de laatste paragraaf van hoofdstuk 1 wordt ten slotte stilgestaan bij de afbakening van de relevante markt. Na een korte uitleg van de relevantie van dit concept voor de mededingingsrechtelijke beoordeling en van de twee dimensies van afbakening (naar product en geografisch), wordt een aantal richtsnoeren gegeven voor de afbakening van de relevante markt in de zorgsector en het berekenen van marktaandelen. In deze paragraaf worden onder andere zorgmarkten, zorginkoopmarkten en zorgverzekeringsmarkten onderscheiden.

13. Het beoordelen van diverse vormen van afstemming onder het zogeheten kartelverbod van artikel 6 Mw zoals ingeleid in hoofdstuk 1, wordt nader uitgewerkt in hoofdstukken 2 en 3 inzake horizontale respectievelijk verticale afspraken. Deze hoofdstukken bevatten een vergelijkbare indeling: een inleiding, de niet toegestane afspraken, de afspraken die in beginsel niet de concurrentie beperken (uitsluitend bij horizontale afspraken), de afspraken waarvoor een groepsvrijstelling geldt en de beoordeling van overige afspraken.

14. In beide hoofdstukken worden diverse vormen van samenwerking behandeld. Per hoofdstuk en conform de in het vorige randnummer beschreven indeling, kan dat als volgt worden weergegeven.

Hoofdstuk 2 – Horizontale afspraken

2.2. Niet toegestane afspraken

- Afspraken inzake prijzen en tarieven
- Marktverdelingsafspraken
- Gemeenschappelijke leveringsweigering

2.3. Afspraken die in beginsel niet de concurrentie beperken

- Afspraken binnen één onderneming
- Afspraken tussen niet concurrenten
- Afspraken over kwaliteit
- Gezamenlijk uitvoeren van projecten die individueel niet uitvoerbaar zijn
 - Waarneming
 - Elektronische netwerken
- Samenwerking op administratief gebied
 - Boekhouding
 - Gemeenschappelijke incasso
- Calculatieschema's

2.4. Afspraken waarvoor een groepsvrijstelling geldt

- Gemeenschappelijke zorgverlening – Europese vrijstelling voor specialisatieovereenkomsten
- Afspraken bij aanbestedingen – Nederlandse vrijstelling voor combinatieovereenkomsten

2.5. Overige afspraken

- Gemeenschappelijke inkoop
- Erkenningsregelingen

Hoofdstuk 3 – Verticale afspraken

3.2. Niet toegestane afspraken:

- Verticale prijsbinding
- Absolute gebiedsbescherming
- Absolute klantenbescherming

3.3. Afspraken waarvoor de Europese groepsvrijstelling voor verticalen geldt

- Niet-concurrentiebeding
- Alleenverkoop
- Klantenexclusiviteit
- Selectieve distributie
- Franchising

3.4. Overige afspraken

- Zorgmakelaar
- Voorkeurslijsten voor hulp- en geneesmiddelen
- Preferred provider

15. In hoofdstuk 4 van de richtsnoeren wordt ten slotte het onderwerp misbruik van een economische machtspositie, zoals ingeleid in hoofdstuk 1, uitgewerkt voor de zorgsector. Daarbij worden twee vormen van misbruik behandeld: het weigeren tot het contracteren van zorgaanbieders door zorgverzekeraars (4.2.1) en discriminatie (4.2.2).

1.3 Wettelijk kader

1.3.1 Nederlands en Europees mededingingsbeleid

16. Deze richtsnoeren hebben betrekking op de Nederlandse Mw. De wetgever heeft uitdrukkelijk ervoor gekozen om de Nederlandse mededingingsregels nauw te laten aansluiten bij de Europese. In de Memorie van Toelichting bij de Mw is aangegeven dat de wet niet strenger of soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels. Bovendien werken de Europese groepsvrijstellingen en ontheffingen direct door in het Nederlandse recht (zie randnummer 33). Dit betekent dat het Nederlandse kartelverbod automatisch niet van toepassing is op een afspraak waarvoor de Europese Commissie een ontheffing heeft verleend of op een afspraak die aan de voorwaarden van een Europese groepsvrijstelling voldoet. In de voorliggende richtsnoeren wordt herhaaldelijk naar jurisprudentie en regelgeving op basis van het Europese mededingingsrecht verwezen.
17. De Europese Commissie heeft de beginselen voor de toetsing van horizontale en verticale overeenkomsten uiteengezet in de richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten³ en in de richtsnoeren voor verticale overeenkomsten⁴. De NMa zal de artikelen 6 en 17 van de Mw in beginsel toepassen conform de door de Commissie opgestelde EG-richtsnoeren.⁵ Mocht het in bijzondere omstandigheden opportuun zijn van de EG-richtsnoeren af te wijken, dan zullen deze afwijkingen worden gemotiveerd.

1.3.2 Artikel 6 Mw – het kartelverbod

18. Op grond van het zogeheten kartelverbod van artikel 6 Mw zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde gedragingen van ondernemingen verboden, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
19. Artikel 6 Mw is van toepassing op elke vorm van gedragsafstemming tussen ondernemingen, of het nu gaat om een bindend contract, informele contacten, afstemming door middel van de beroeps- of branchevereniging of andere vormen van coördinatie. Waar in het hierna volgende de term 'overeenkomst' wordt gebruikt, kan hiervoor ook 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' of 'besluit van een ondernemersvereniging' worden gelezen.
- Bagatelafpraak (artikel 7 Mw)** 20. Het kartelverbod is niet van toepassing op afspraken tussen een beperkt aantal ondernemingen met een geringe omzet. Artikel 7 Mw bepaalt dat het kartelverbod niet geldt voor afspraken waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en waarvan de gezamenlijke omzet niet hoger is dan EUR 4.450.000 indien het ondernemingen betreft waarvan de activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen, en niet hoger dan EUR 908.000 in alle andere gevallen, bijvoorbeeld het leveren van diensten.⁶

In gemeente X zijn vijf apotheken gevestigd. Apotheek A heeft een jaarlijkse omzet van EUR 2 miljoen; apotheek B heeft een jaarlijkse omzet van EUR 1,8 miljoen. B machtigt A om in zijn naam met de zorgverzekeraars over de honorering en het takenpakket te onderhandelen.

Beoordeling:

De activiteiten van apotheken bestaan met name uit het leveren van geneesmiddelen en hulpmiddelen. De afspraak tussen A en B valt onder de bagatelregeling van artikel 7 Mw, aangezien de gezamenlijke jaarlijkse omzet van A en B minder is dan EUR 4.450.000. Zolang A en B hun gedrag niet met andere apotheken afstemmen en daardoor boven de omzetgrens uitkomen, valt deze afspraak in beginsel buiten het toepassingsbereik van artikel 6 Mw.

Voorbeeld 1

Drie apotheekhoudende huisartsen spreken af om gezamenlijk met de ziektefondsen over het takenpakket en de vergoedingen te onderhandelen. Hun omzet bestaat uit de inkomsten uit activiteiten als huisarts en uit het leveren van medicijnen, waarbij het aandeel voor het leveren van medicijnen duidelijk groter is. De gezamenlijke omzet van de drie apotheekhoudende huisartsen is EUR 3,3 miljoen.

Beoordeling:

De omzet van de apotheekhoudende huisartsen vloeit voor het grootste gedeelte voort uit de verkoop van geneesmiddelen. Derhalve is de relevante omzetsdrempel EUR 4.450.000. De afspraak valt dus onder de uitzondering van artikel 7 Mw.

Voorbeeld 2

De drie in de kleine stad X gevestigde fysiotherapeuten besluiten om een groepspraktijk te openen. Zij hebben een gezamenlijke omzet van EUR 790.000.

Beoordeling:

Fysiotherapeuten zijn dienstverleners. Derhalve is de relevante omzetsdrempel EUR 908.000. De gezamenlijke omzet van de drie fysiotherapeuten ligt beneden deze drempel. De afspraak valt dus onder de uitzondering van artikel 7 Mw.

Voorbeeld 3

21. Het is mogelijk dat een mededingingsbeperking die boven de bagatelgrenzen van artikel 7 Mw uitkomt, niet leidt tot een 'merkbare' beperking van de concurrentie en derhalve toch buiten de reikwijdte van het kartelverbod van artikel 6 Mw valt.
22. Bij de beoordeling of een overeenkomst de concurrentie merkbaar beperkt, zijn met name twee factoren van belang: ten eerste de positie van de betrokken partijen op de markt en ten tweede de aard van de overeenkomst.⁷
23. De positie van de betrokken ondernemingen op de markt is van belang omdat afspraken met name dan schadelijk zijn voor de concurrentie indien partijen over 'marktmacht' beschikken. Volgens de definitie van de Europese Commissie⁸ betekent marktmacht dat de aanbieder het vermogen heeft om de prijs tot boven het door concurrentie bepaalde peil te verhogen en, althans op korte termijn, bovennormale winst te maken.⁹ Marktmacht aan de vraagkant houdt in dat de koper het vermogen heeft om de prijs beneden het door concurrentie bepaalde peil te verlagen.
24. Een belangrijke eerste indicator voor marktmacht in het mededingingsrecht is het marktaandeel van de betreffende ondernemingen. Andere factoren zijn

Merkbare

bijvoorbeeld de positie van concurrenten, toetredingsdrempels¹⁰, de onderhandelingsmacht van de afnemers, technologische voorsprong, capaciteit, de toegang tot grondstoffen, merkbekendheid en financiële middelen.

25. De aard van de overeenkomst omvat het gebied en het doel van de samenwerking (bijvoorbeeld een overeenkomst betreffende prijzen of betreffende gezamenlijk onderzoek), de concurrentieverhouding tussen de partijen (bijvoorbeeld concurrenten dan wel afnemer en aanbieder) en de mate waarin zij hun activiteiten bundelen (bijvoorbeeld alleen de inkoop van één bepaalde grondstof of de inkoop van alle grondstoffen).¹¹ De aard van de overeenkomst is belangrijk omdat de onderwerpen die direct invloed hebben op bijzonder belangrijke concurrentiefactoren – met name de prijs – snel de concurrentie merkbaar beperken. Ook gaat men in het algemeen ervan uit dat de meeste verticale overeenkomsten¹² in beginsel minder schadelijk zijn voor de concurrentie dan horizontale overeenkomsten.¹³

26. Er bestaat overigens een wisselwerking tussen deze twee factoren. Indien de hele sector bij een afspraak betrokken is, zal een afspraak die op het eerste gezicht minder belangrijke concurrentiefactoren betreft, toch snel merkbaar de concurrentie beperken. Er bestaan dan immers op dat punt geen verschillen meer tussen al die concurrenten. Dit verklaart mede waarom de NMa kritisch kijkt naar het gedrag van branche- of beroepsorganisaties die doorgaans groot gezag onder hun leden hebben. Anderzijds zullen afspraken betreffende de bijzonder belangrijke concurrentiefactoren, zoals prijsafspraken, tussen ondernemingen die een relatief zwakke marktpositie hebben, de concurrentie in het algemeen toch merkbaar beperken. Dit laatste punt komt in paragraaf 2.2 nader aan de orde.

27. Bij de behandeling van de diverse vormen van afspraken zal nader worden ingegaan op de analyse die nodig is om te bepalen of een afspraak de concurrentie merkbaar beperkt. Daar zullen ook concrete voorbeelden worden genoemd.

Ontheffing (artikel 17 Mw)

28. De NMa kan op aanvraag ontheffing verlenen van het kartelverbod indien de overeenkomst aan vier voorwaarden voldoet. Een ontheffing kan slechts worden verleend, indien aan al die voorwaarden is voldaan. Om voor een ontheffing in aanmerking te komen moet de onderneming zelf het initiatief nemen en de NMa om een ontheffing vragen.

29. De vier voorwaarden zijn:

(1) De overeenkomst moet bijdragen aan een verbetering van de productie of distributie of zij moet een technische of economische vooruitgang opleveren.

Met deze voordelen wordt niet bedoeld op de voordelen die de betrokken ondernemingen zelf aan de overeenkomst ontleen. De samenwerking moet objectief constateerbare verbeteringen brengen, die tegen de nadelen van de concurrentiebeperking op kunnen wegen.¹⁴

Bij een verbetering van de productie kan men bijvoorbeeld denken aan een samenwerking die de kosten reduceert, de efficiëntie verhoogt, tot een beter product leidt of het mogelijk maakt een nieuw product sneller op de markt

te brengen.¹⁵ Een verbetering van de distributie kan bijvoorbeeld uit de reductie van transactiekosten of de snelle opbouw van een breed distributienet voortvloeien.¹⁶ Voorbeelden van bevordering van de technische vooruitgang zijn een snellere verspreiding van nieuwe kennis of een nieuwe technologie of de toepassing van bestaande technieken of know-how op nieuwe producten. Bij de bevordering van de economische vooruitgang kan men bijvoorbeeld denken aan een coördinatie van investeringen die tot rationalisering en daarmee lagere kosten leidt.¹⁷

(2) Bovengenoemde voordelen moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers.

De betrokken partijen moeten aantonen dat de gebruikers ook van de voordelen van de samenwerking profiteren. Dit zal in het algemeen het geval zijn indien er sprake is van voldoende concurrentie op de markt. Dan zijn de ondernemingen immers gedwongen om de gerealiseerde voordelen in te zetten om gebruikers aan te trekken of te behouden. In zoverre bestaat er een overlap met de vierde ontheffingsvoorwaarde (zie hierna). De onderhandelingsmacht en de expertise aan de kant van de gebruikers kan eveneens invloed hebben op de mate waarin de bereikte voordelen worden doorgegeven.¹⁸

(3) De overeenkomst mag de concurrentie niet verder beperken dan strikt noodzakelijk is voor het realiseren van de voordelen.

De mededingingsbeperkingen die uit de afspraak voortvloeien moeten proportioneel zijn. Zij komen alleen voor ontheffing in aanmerking voor zover de gewenste voordelen zonder de beperkingen objectief gezien niet realiseerbaar zouden zijn. Indien vergelijkbare voordelen ook met minder restrictieve beperkingen bereikt zou kunnen worden, komt de afspraak niet voor ontheffing in aanmerking.¹⁹

Zo heeft de NMa bijvoorbeeld geconcludeerd dat het vastleggen door de beroepsvereniging van normen voor minimum- en maximumpraktijkomvang gecombineerd met het verplicht selecteren en kiezen van kandidaten voor de vestiging en het weren van door de vereniging ongewenste nieuwe vestigingen verder gaat dan noodzakelijk is. Spreiding van zorgaanbieders kan immers ook door bewust beleid van de zorgverzekeraar gebeuren, zonder dat de zittende zorgaanbieders de markt verdelen.²⁰

(4) Er moet voldoende concurrentie op de markt overblijven.

De afspraak mag er niet toe leiden dat de betrokken ondernemingen de concurrentie voor een wezenlijk deel kunnen uitschakelen. Dit betekent dat er voldoende concurrentiedruk moet uitgaan van ondernemingen die niet aan de afspraak deelnemen en/of dat de samenwerking slechts betrekking heeft op een klein deel van de activiteiten van de betrokken ondernemingen zodat tussen de betrokken ondernemingen²¹ voldoende concurrentie blijft bestaan.

30. Een voorbeeld waarbij niet aan deze voorwaarden voor ontheffing was voldaan is de zaak *Samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.²² In deze zaak heeft de NMa geconcludeerd dat samenwerkingsverbanden op het gebied van gezamenlijke inkoop weliswaar economische voordelen kunnen hebben, maar dat de betrokken ziekenfondsen niet

voldoende hebben aangetoond dat deze mogelijke voordelen aantoonbaar aanwezig waren bij hun concrete samenwerking. Bovendien bestond er geen (effectieve) restconcurrentie, aangezien partijen op de regionale markten van extramurale zorg en hulpmiddelen-met-aanpassing samen over marktaandeel van gemiddeld meer dan 90% beschikken.

Nederlandse en Europese groepsvrijstellingen

31. Groepsvrijstellingen (ook 'generieke vrijstellingen' genoemd) geven aan onder welke voorwaarden bepaalde categorieën van vaak voorkomende afspraken aan de voorwaarden voor ontheffing voldoen. Indien een overeenkomst of gedraging onder een groepsvrijstelling valt, dan is het kartelverbod niet van toepassing en is het niet noodzakelijk om daarvoor een ontheffing aan te vragen.
32. Voor een aantal soorten afspraken, die in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf betreffen, is binnen het Nederlandse mededingingsrecht reeds een aantal generieke vrijstellingen op grond van artikel 15 Mw vastgesteld. Voor de zorgsector is van deze Nederlandse groepsvrijstellingen met name de groepsvrijstelling voor combinatieovereenkomsten²³ relevant (zie paragraaf 2.4.2).²⁴
33. De Europese Commissie heeft op basis van Europees mededingingsrecht groepsvrijstellingen vastgesteld. Deze EG-groepsvrijstellingen werken door in het Nederlandse mededingingsrecht. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken die aan de voorwaarden van een Europese groepsvrijstelling voldoen.²⁵ In het navolgende zullen de groepsvrijstelling voor specialisatie-overeenkomsten²⁶ (zie randnummers 142-143) en de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten²⁷ (zie randnummers 186-189) worden behandeld.²⁸ Voor de interpretatie van deze groepsvrijstellingen zijn de richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten²⁹ en de richtsnoeren voor verticale overeenkomsten³⁰ van de Europese Commissie van belang (zie ook randnummer 17).
34. Ten slotte geldt het kartelverbod niet voor afspraken waarvoor de Europese Commissie op basis van het Europese mededingingsrecht een individuele ontheffing heeft gegeven (artikel 14 Mw).

Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken (artikel 11)

35. Artikel 11 Mw luidt als volgt: 'Voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is, die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, geldt artikel 6, eerste lid, voor zover de toepassing van dat artikel de vervulling van de aan die onderneming of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.'
36. Uit artikel 11 Mw volgt dat het kartelverbod in principe ook geldt voor ondernemingen die bij wet of door een bestuursorgaan zijn belast met een taak van algemeen economisch belang. Uitsluitend in het geval dat het kartelverbod de uitoefening van deze taak van algemeen economisch belang verhindert, is artikel 6 Mw niet van toepassing.

<p>37. Een taak van algemeen economisch belang kan omschreven worden als een dienstverlenende activiteit die de overheid als van algemeen belang beschouwt. De overheid legt daarom specifieke openbare dienstverplichtingen op die ten doel hebben overal en voor iedereen de toegang tot belangrijke diensten van goede kwaliteit en tegen betaalbare prijzen mogelijk te maken.³¹ De invulling van het begrip ‘diensten van algemeen belang’ is overigens onderhevig aan maatschappelijke veranderingen en technische ontwikkelingen.</p>	<p><i>Taak van algemeen economisch belang</i></p>
<p>38. Tot nu toe bestaat er slechts één uitspraak van het Europese Hof³² (op basis van het Europeesrechtelijke equivalent van artikel 11 Mw) met betrekking tot de algemeen belang-exceptie in de gezondheidszorg. Het Hof heeft bepaald dat EHBO-organisaties in Duitsland zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande uit de verplichting om dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit en zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.</p>	
<p>39. Artikel 11 Mw kan alleen van toepassing zijn indien de overheid aan de betreffende onderneming een duidelijk omschreven taak heeft gegeven, op grond waarvan nauwkeurig kan worden vastgesteld hoe de mededingingsregels de uitoefening ervan beïnvloeden.³³ Dit kan via wet gebeuren, maar ook door een besluit van een bestuursorgaan.³⁴</p>	<p><i>Belast met de taak van algemeen economische belang</i></p>
<p>40. Zo heeft de NMa geconcludeerd dat de publieke omroepen op grond van de Mediawet beschikken over een taak van algemeen economisch belang.³⁵ Zij dienen representatieve programma's te verzorgen en dragen daarmee bij aan het pluriforme karakter van het omroepbestel. Zo zijn de omroepen bijvoorbeeld op basis van artikel 50, eerste lid van de Mediawet verplicht om hun zendtijd voor televisie te gebruiken voor een volledig programma, dat ten minste onderdelen van culturele, informatieve, educatieve en verstrooiende aard omvat.</p>	
<p>41. Ook in het besluit op bezwaar inzake het ontheffingsverzoek van de LHV³⁶ is de vraag aan de orde geweest of huisartsen zijn belast met een taak van algemeen economisch belang. De NMa hoefde in deze zaak weliswaar geen eindconclusie op dit punt te trekken, maar heeft wel aangevoerd dat de toegankelijkheid van de zorg in het algemeen niet wordt gewaarborgd op grond van enige specifieke publiekrechtelijke taakstelling aan de huisartsen. Met betrekking tot de beschikbaarheid en bereikbaarheid van huisartsenzorg bestaat er evenmin een wettelijke voorschrift of een besluit van een bestuursorgaan op basis waarvan de huisartsen uitdrukkelijk zijn belast met bepaalde vormen van dienstverlening.</p>	
<p>42. Een overeenkomst is alleen dan vrijgesteld van het kartelverbod indien de toepassing van dit verbod de vervulling van de bijzondere taak zou verhinderen. De concurrentiebeperking moet derhalve noodzakelijk en proportioneel zijn. Volgens vaste jurisprudentie³⁷ moet deze eis strikt worden uitgelegd. In dat verband moet rekening worden gehouden met de economische condities waarbinnen de onderneming opereert.³⁸ Het is niet voldoende dat de vervulling van de taak wordt belemmerd of bemoeilijkt.</p>	<p><i>Vervulling bijzondere taak verhinderen</i></p>

43. De NMa is op dit punt nader ingegaan in de bezwaarfase van de zaak Amicon Zorgverzekeraar.³⁹ In het primaire besluit had de NMa een ontheffingsverzoek van Amicon afgewezen voor zover die betrekking had op de in de medewerkersovereenkomst tussen Amicon en apothekers opgenomen tarieven voor de verstrekking van hulpmiddelen, aangezien over deze tarieven afstemming plaats vond binnen de Apothekersvereniging Oost Nederland (AVON). In het bezwaar heeft AVON beroep gedaan op artikel 11 Mw, aangezien Amicon op basis van de in artikel 8, lid 1, Ziekenfondswet (hierna: Zfw) vastgelegde zorgplicht een taak van algemeen economisch belang zou hebben. De NMa heeft eerst vastgesteld dat niet is gebleken dat Amicon is belast met een taak van algemeen economisch belang. Bovendien kwam de NMa tot de conclusie dat niet is in te zien waarom de tariefafspraken, waarbij alle leden van AVON en dus vrijwel alle apothekers in de regio zijn betrokken, nodig zouden zijn om de verstrekking van hulpmiddelen aan de ziekenfondsverzekerden van Amicon te waarborgen. Ook was het volgens de NMa niet noodzakelijk om identieke medewerkersovereenkomsten te sluiten, juist nu de wetgever de contracteerplicht heeft opgeheven met de uitdrukkelijke bedoeling om daarmee individuele onderhandelingen te stimuleren.

Conclusie 44. Bovenstaande voorbeelden geven aan dat een beroep op artikel 11 Mw nauwkeurig moet worden gemotiveerd. De betreffende onderneming moet aantonen dat zij inderdaad is belast met een taak van algemeen economisch belang en bovendien dat zij enkel aan haar taak kan voldoen indien zij een specifieke mededingingsbeperkende overeenkomst kan sluiten. De toepasselijkheid van artikel 11 Mw moet bovendien per afspraak worden bekeken. Het zal in het algemeen niet zo zijn dat elke denkbare concurrentiebeperking noodzakelijk en proportioneel is voor de vervulling van een taak van algemeen economisch belang. Met andere woorden: ook al is een onderneming belast met een taak van algemeen economisch belang, dan heeft dat niet tot gevolg dat de activiteiten van die onderneming daarmee helemaal aan het mededingingsrecht worden onttrokken.

1.3.3 Misbruik van een economische machtspositie

45. Artikel 24, lid 1, Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie.
46. Het verbod op misbruik van een machtspositie geldt in principe ook voor ondernemingen die bij wet of door een bestuursorgaan zijn belast met een taak van algemeen economisch belang. Wanneer dit verbod echter de uitoefening van deze taak verhindert, kan de onderneming bij de NMa op grond van artikel 25 Mw een ontheffing aanvragen. De NMa zal nagaan of het verbod op misbruik van een economische machtspositie inderdaad de taakvervulling verhindert. Als dat zo is, kan de NMa beslissen dat op die gedragingen van deze onderneming die noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de taak van algemeen economisch belang, het verbod op misbruik van een machtspositie niet geldt.
47. Met betrekking tot de voorwaarden ‘belast met’ een ‘taak van algemeen economisch belang’ en ‘verhindering van de uitvoering van deze taak’, geldt hetzelfde als bij artikel 11 Mw (zie de voorgaande paragraaf) is besproken. Het verschil tussen deze twee bepalingen is dat artikel 11 Mw automatisch van toepassing is, terwijl de uitzondering van artikel 25 Mw slechts geldt indien de onderneming van tevoren een ontheffing heeft aangevraagd.
48. De NMa heeft tot dusverre nog geen ontheffingsverzoeken op grond van artikel 25 Mw behandeld.⁴⁰ De NOS deed in zaak 1/Telegraaf vs NOS/HMG – zonder succes – een beroep op artikel 25 Mw zonder een officieel ontheffingsverzoek te hebben ingediend.⁴¹

1.3.4 Conclusie

49. De Mededingingswet volgt de lijn van de mededingingsregels van de EU. Indien het gaat om concurrentiebeperkende afspraken tussen ondernemingen is het kartelverbod van artikel 6 Mw van toepassing. Concurrentiebeperkende afspraken tussen niet meer dan acht ondernemingen kunnen aan het kartelverbod ontsnappen indien zij beneden een bepaalde omzetsdrempel blijven. Afspraken die de concurrentie beperken komen voor een ontheffing van het kartelverbod in aanmerking indien zij objectieve voordelen met zich brengen en de concurrentie niet volledig uitschakelen. Voor bepaalde categorieën van afspraken bestaan groepsvrijstellingen. Eenzijdige handelingen door ondernemingen kunnen alleen dan in strijd zijn met de Mededingingswet (artikel 24 Mw) indien het gaat om een onderneming met een economische machtspositie die van deze positie misbruik maakt.

1.4 De Mededingingswet, de zorgsector en de overheid

50. Gedragingen van ondernemingen die werkzaam zijn in de zorgsector, worden vaak beïnvloed door overheidsingrijpen en -regelgeving. Dit kan consequenties hebben voor de toepassing van de Mw.

1.4.1 Het begrip 'onderneming'

51. De Mw is alleen van toepassing op 'ondernemingen.' Een onderneming is elke eenheid die een 'economische activiteit' uitoefent. Dit betekent dat zij aan het economisch proces deelneemt door middel van het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten. De rechtsvorm van deze eenheid en de wijze waarop de economische activiteit wordt gefinancierd, is daarbij niet van belang.⁴²
52. Zorgaanbieders, zoals bijvoorbeeld huisartsen, apothekers, fysiotherapeuten, eerstelijnspsychologen, ziekenhuizen en revalidatiecentra⁴³, zijn ondernemingen in de zin van de Mw. Dit geldt eveneens voor leveranciers van hulpmiddelen, geneesmiddelen-groothandels, ziekenfondsen en particuliere zorgverzekeraars.⁴⁴
53. Een bedrijf kan met betrekking tot de ene activiteit wel een onderneming zijn in de zin van de Mw en met betrekking tot een andere activiteit niet. Dit betekent dat men bij de beoordeling moet uitgaan van de specifieke activiteit waar het in de betreffende zaak om gaat.
54. Op dit moment zijn zorgverzekeraars voor zover het gaat om het 'aanbieden' van AWBZ-verzekeringen aan hun verzekerden géén ondernemingen in de zin van de Mw.⁴⁵ Verzekerden zijn immers automatisch bij 'hun' ziekenfonds dan wel particuliere ziektekostenverzekeraar voor de AWBZ-verzekering ingeschreven. De hoogte van de premie voor het AWBZ-gedeelte wordt door de Minister van VWS vastgesteld. Deze premies worden op een percentage van het inkomen vastgesteld, door de belastingdienst geïnd en gestort in het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten. Verzekeraars worden uit dit fonds voor de gemaakte kosten gecompenseerd. Er is derhalve geen sprake van 'aanbieden' of 'verkoop' van AWBZ-verzekeringen op de markt, maar van mechanische wetstoepassing. De zorgverzekeraars hebben bovendien taken met betrekking tot het beheer van het Algemeen Fonds en 'eigen bijdragen' en controletaken. Met betrekking tot deze taken is er sprake van uitoefening van overheidsgezag, dan wel taken die onlosmakelijk zijn verbonden met de tenuitvoerlegging van een wettelijke algemene volksverzekering zoals de AWBZ.⁴⁶
55. Op het moment dat de zorgverzekeraars AWBZ-zorg inkopen, nemen zij echter wel deel aan het economische ruilverkeer. De activiteiten op dit gebied verschillen niet wezenlijk van de inkoop van zorg voor de ziekenfondsverzekerden. De zorgverzekeraars zijn derhalve in het kader van de AWBZ op dit moment alleen ondernemingen voor zover het gaat om de inkoop van zorg ten behoeve van de AWBZ-verzekerden en voor zover zij daarbij over voldoende vrijheid beschikken om daarmee de prestaties van

zorgaanbieders te beïnvloeden. In het besluit *Ontheffingsaanvraag zorgkantoren*⁴⁷ kwam de NMa tot de conclusie dat dit in ieder geval geldt bij de inkoop van diensten van vrijgevestigde beroepsbeoefenaren en bij de inkoop van hulpmiddelen.

56. Uit het voorgaande volgt dat men bij een afspraak tussen ziekenfondsen en/of particuliere ziektekostenverzekeraars moet bekijken, welke activiteiten aan de orde zijn. Heeft de afspraak betrekking op het verzekeren van de verzekerden voor AWBZ-zorg, dan handelen de verzekeraars (de zorgkantoren) vooralsnog niet als onderneming. Heeft de afspraak daarentegen betrekking op het afsluiten van contracten met bijvoorbeeld vrijgevestigde psychiaters, dan handelen de verzekeraars (de zorgkantoren) wel als ondernemingen en valt de afspraak binnen het toepassingsbereik van het kartelverbod.

1.4.2 De uitzondering van artikel 16 Mw

57. Volgens artikel 16 Mw zijn afspraken van het kartelverbod vrijgesteld die ingevolge een wet aan goedkeuring zijn onderworpen of door een bestuursorgaan⁴⁸ onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, of die op grond van een wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen.

Artikel 46 Zfw schrijft voor dat de representatieve organisaties van ziekenfondsen en de representatieve organisaties van personen en instellingen overleg moeten plegen over een aantal in artikel 45 Zfw limitatief voorgeschreven onderwerpen op het gebied van de kwaliteit en de doelmatigheid van de hulpverlening. Indien een overleg tot overeenstemming leidt, wordt de uitkomst ervan vastgelegd in het document *Uitkomst van Overleg* (hierna: UvO). De artikelen 44 tot en met 46 Zfw schrijven voor dat de UvO moet worden goedgekeurd door het College voor Zorgverzekeringen.

Beoordeling:

De UvO is een resultaat van wettelijk voorgeschreven overleg over de in de wet voorgeschreven onderwerpen op het gebied van kwaliteit en doelmatigheid van zorgverlening. Bovendien is zij onderworpen aan goedkeuring door een bestuursorgaan. Derhalve zijn de bepalingen in de UvO ingevolge artikel 16 Mw vrijgesteld van het kartelverbod van artikel 6 Mw.⁴⁹

Voorbeeld 4

58. Hierbij moet worden benadrukt dat deze vrijstelling nauw moet worden geïnterpreteerd. Het feit dat een onderneming op basis van de wet verplicht is om een bepaalde afspraak te maken, betekent niet dat alle afspraken van die onderneming onder de uitzondering vallen. Bovendien vallen afspraken die wettelijke bepalingen aanvullen, niet onder artikel 16 Mw. Zo worden bijvoorbeeld op basis van de WTG door het CTG maximumtarieven vastgesteld. Nergens is echter wettelijk bepaald dat zorgaanbieders met elkaar moeten afspreken om in elke medewerkersovereenkomst ook daadwerkelijk het maximumtarief op te nemen. Dergelijke afspraken vallen derhalve onder het kartelverbod.

1.4.3 Geen concurrentie mogelijk

59. De Mw grijpt alleen daar in waar daadwerkelijke concurrentie mogelijk is. Indien een mededingingsversturende gedraging van ondernemingen, zoals zorgaanbieders of zorgverzekeraars, door een nationale wettelijke regeling wordt voorgeschreven, dan zijn op basis van vaste jurisprudentie ook de verboden van artikel 6 Mw en 24 Mw niet van toepassing. Dit geldt tevens indien wettelijke regelingen ondernemingen in de zorgsector de mogelijkheid ontnemen elkaar noemenswaardig te beconcurreren. De beperking van de mededinging vindt dan niet haar oorsprong in autonome gedragingen van deze ondernemingen, maar in overheidsregels en de toepassing daarvan.⁵⁰ De NMa is er bijvoorbeeld tot nu toe van uitgegaan dat ziekenhuizen ten gevolge van de hoge mate van overheidsregulering op het gebied van of met betrekking tot ziekenhuiszorg niet daadwerkelijk met elkaar kunnen concurreren.⁵¹
60. Wel zijn regelgeving en de toepassing daarvan aan verandering onderhevig. Derhalve kan ook de mededingingsrechtelijke beoordeling in de loop van de tijd wijzigen. Zo heeft de d-g NMa in de zaak *Sint Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum*⁵² geconcludeerd dat er sprake lijkt te zijn van een ontwikkeling waarbij zich de eerste tekenen van mogelijke marktwerking lijken voor te doen. Niettemin was de mogelijkheid tot noemenswaardige concurrentie er op dat moment nog niet. Indien evenwel de regelgeving met betrekking tot ziekenhuizen zal veranderen⁵³ bijvoorbeeld doordat de contracteerplicht voor zorginstellingen wordt afgeschaft of de vaste tarieven worden losgelaten, ontstaat meer ruimte voor concurrentie.
61. Het spreekt vanzelf dat bij de vraag of concurrentie mogelijk is, moet worden gekeken naar de activiteiten die betrokken zijn bij de desbetreffende zaak en welke ‘markten’ daardoor worden beïnvloed. Ten aanzien van ziekenhuizen betekent dit bijvoorbeeld dat een overeenkomst tussen een aantal ziekenhuizen of tussen een ziekenhuis en een farmaceutische producent over de inkoop van geneesmiddelen wel de concurrentie tussen farmaceutische producenten kan beperken.
62. Bovendien is van belang dat niet elke overheidsmaatregel concurrentie uitsluit. Een typisch voorbeeld zijn maximumtarieven die het verbieden om hogere tarieven af te spreken, maar wel lagere tarieven toelaten. Op het moment dat er ruimte voor concurrentie is, mag die niet door onderlinge afspraken worden dichtgespijkerd.

1.4.4 Conclusie

63. De Mededingingswet is alleen van toepassing op de afspraken en gedragingen van ondernemingen. Afspraken die door een wet zijn voorgeschreven of die op basis van een wet aan de controle van een overheidsorgaan zijn onderworpen, zijn van het kartelverbod vrijgesteld (artikel 16 Mw). Bovendien ontsnappen concurrentiebeperkende afspraken aan het kartelverbod indien wettelijke regelingen de betreffende ondernemingen toch al de mogelijkheid ontnemen om daadwerkelijk met elkaar te concurreren.

1.5 De relevante markt

1.5.1 Inleiding

64. Zoals aangegeven in randnummer 22, is de positie van partijen op de markt belangrijk voor het effect van een overeenkomst en voor de vraag of de concurrentie merkbaar wordt beperkt. Om deze positie te kunnen bepalen, moet men weten op welke markt(en) de betrokken ondernemingen opereren en wie hun concurrenten zijn. In vaktermen wordt dit het afbakenen van de relevante markt genoemd.⁵⁴
65. Het voornaamste doel van de marktafbakening is om de concurrentiedwang te onderkennen waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. Kort gezegd oefenen producten die tot dezelfde relevante markt behoren concurrentiedruk op elkaar uit. Daarnaast is de relevante markt ook van belang voor het berekenen van marktaandelen. Groepsvrijstellingen zijn alleen van toepassing indien de marktaandelen van de betrokken ondernemingen beneden een bepaalde drempel blijven (zie randnummers 143 en verder). Marktaandelen kunnen alleen berekend worden, indien men weet wat de relevante markt is en derhalve welke omzet moet worden meegerekend. Ze vormen dan immers substituten.
66. De relevante markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.

1.5.2 De relevante productmarkt

67. Bij de afbakening van de relevante productmarkt neemt men de goederen of diensten die door de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedragingen van ondernemingen worden beïnvloed als uitgangspunt. Onderzocht wordt tot welke relevante productmarkt deze producten behoren.
68. Producten die tot dezelfde productmarkt behoren, oefenen concurrentiedruk op elkaar uit. De relevante productmarkt is derhalve de kleinst mogelijke markt waarop een onderneming die een monopolie op die markt zou verwerven aan geen of slechts aan weinig concurrentiedruk door producten van andere ondernemingen onderhevig zou zijn. Een dergelijke hypothetische monopolist zou dan bijvoorbeeld de prijs duurzaam en significant (5-10%) kunnen verhogen.⁵⁵ Indien een dergelijke prijsverhoging of verlaging van de kwaliteit niet winstgevend zou zijn – d.w.z. de winst daalt ongeacht de hogere marge, omdat te veel afnemers op andere producten overstappen – dan behoren ook deze producten tot de relevante productmarkt.⁵⁶ Ze vormen dan immers substituten.
69. De belangrijkste bron van concurrentiedruk op *aanbieders* van een bepaald product is de mogelijkheid van de afnemer om op andere producten over te stappen. De vakterm hiervoor is ‘vraagsubstitutie’. Concurrentiedruk kan tevens ontstaan doordat bepaalde ondernemingen, die nu nog andere goederen produceren, makkelijk en snel het betreffende product op de markt zouden kunnen brengen omdat zij alle bronnen en expertise in huis hebben. In zo’n situatie is sprake van ‘aanbodsubstitutie’.

(1) *Algemeen*

70. Indien men wil weten wat de positie van ondernemingen is bij de *inkoop* van producten, moet men de marktafbakening anders benaderen. De vraag is dan wat de uitwijkmogelijkheden voor de aanbieders zijn. Welke ondernemingen concurreren met elkaar bij de inkoop om de beste bronnen en de beste condities?
71. Het is overigens mogelijk dat bij één afspraak meerdere productmarkten van belang zijn. Indien bijvoorbeeld een ziekenfonds met een producent van een bepaald geneesmiddel afspraken maakt, zou dat gevolgen kunnen hebben voor enerzijds dat geneesmiddel en anderzijds ziekenfondsverzekeringen. Dan moet worden bepaald tot welke relevante productmarkt dat geneesmiddel en de ziekenfondsverzekering behoort. Daarmee is uiteraard nog niet gezegd dat er sprake is van een concurrentiebeperkende afspraak.
- (2) Relevante productmarkten in de zorg**
- (a) Zorgverzekeringsmarkten**
72. In de zorg heeft men te maken met verschillende categorieën productmarkten.⁵⁷ Er worden onder andere zorgverzekeringsmarkten, zorgmarkten en, in geval van ziekenfondsverzekerden, zorginkoopmarkten onderscheiden. Deze categorieën worden in het navolgende uitgewerkt.
73. Zorgverzekeringsmarkten zijn markten waarop consumenten bij zorgverzekeraars verzekeringen afsluiten ter dekking van het financiële risico ten gevolge van ziekte (bijvoorbeeld ziekenfondsverzekeringen, particuliere ziektekostenverzekeringen en aanvullende verzekeringen).
74. Met betrekking tot de zorgverzekeringsmarkt heeft de NMa in haar besluiten onderscheid gemaakt tussen ziekenfondsverzekeringen en particuliere ziektekostenverzekeringen, aangezien op het moment van publicatie van deze richtsnoeren wettelijk is bepaald dat bepaalde consumenten zich bij een ziekenfonds moeten verzekeren. Consumenten hebben derhalve geen keuze. Er is daarom tot nu toe steeds aangenomen dat er een afzonderlijke markt bestaat voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen en een afzonderlijke markt voor het aanbieden van particuliere ziektekostenverzekeringen.⁵⁸
- (b) Zorgmarkten**
75. Zorgmarkten zijn markten waarop zorgaanbieders patiënten behandelen (bijvoorbeeld jeugd tandverzorging of fysiotherapie).
76. Er bestaan afzonderlijke productmarkten voor de verschillende soorten zorg, geleverd door de verschillende beroepsgroepen (bijvoorbeeld apothekers, fysiotherapeuten, oefentherapeuten, huisartsen of tandartsen).⁵⁹ Deze vormen van zorg zijn immers voor de patiënten niet of in zeer beperkte mate uitwisselbaar. Zo gaat er van fysiotherapeuten geen concurrentiedruk uit op tandartsen. Een patiënt die kiespijn heeft, heeft behoefte aan tandheelkundige zorg en kan niet met fysiotherapie worden geholpen.
77. Hierbij zij opgemerkt dat het niet is uitgesloten dat verschillende soorten zorgaanbieders op dezelfde productmarkt opereren omdat zij dezelfde zorg aanbieden. Indien men bijvoorbeeld uitgaat van een relevante markt 'jeugd tandverzorging', dan zijn de volgende aanbieders op die markt actief: tandartsen, tandartsspecialisten en instellingen voor jeugd tandverzorging.⁶⁰

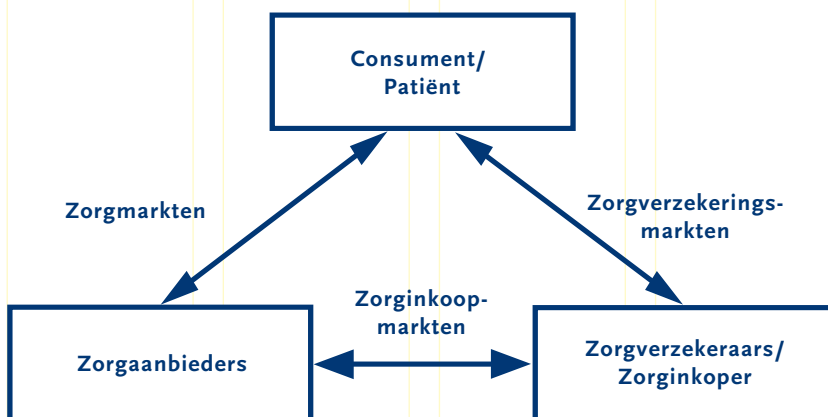
78. In het geval van ziekenfondsverzekerden bestaat er bovendien een derde categorie markten, de zorginkoopmarkten.

79. In Nederland is het ziekenfondssysteem zo ingericht dat de verzekeringsaanspraken geformuleerd zijn als een recht op zorg (het zogenaamde 'naturastelsel'). Ziekenfondsen worden geacht een regiefunctie in de zorg te vervullen en de Zfw verplicht de verzekeraar dan ook om van tevoren contractuele afspraken met zorgaanbieders te maken. Hierdoor ontstaan er zorginkoopmarkten, waarbij de zorgaanbieders als aanbieders optreden en de ziekenfondsen voor hun verzekerden zorg inkopen. Het begrip 'zorginkoopmarkt' wordt gebruikt om aan te geven dat het gaat om de relatie zorgaanbieder-ziekenfonds en niet om de relatie zorgaanbieder-patiënt (waar reeds het begrip 'zorgmarkt' voor is gebruikt).⁶¹

80. Bij de particuliere ziektekostenverzekeringen is de verzekeringsaanspraak geformuleerd als een recht op schadevergoeding ('restitutiesysteem'). Bij een restitutiesysteem beperkt de rol van de verzekeraar zich in principe tot het betalen van de kosten van de zorgverlening en worden doorgaans geen contracten met zorgaanbieders gesloten. In dat geval bestaan er dus geen 'zorginkoopmarkten' (maar wel zorgmarkten).

81. Bij de afbakening van zorginkoopmarkten in vorenbedoelde zin gaat in principe dezelfde redenering op als vermeld bij de afbakening van zorgmarkten (randnummers 76 en 77). Dit spreekt voor zich aangezien in het huidige systeem ziekenfondsen zorg inkopen voor hun patiënten bij zorgaanbieders.

82. Dit betekent dat er aparte zorginkoopmarkten voor verschillende soorten zorg (meestal geleverd door de verschillende beroepsgroepen)⁶² kunnen worden onderscheiden. Een ziekenfonds dat bijvoorbeeld niet tevreden is met het aanbod van kraamzorg in een gemeente kan niet in plaats daarvan meer homeopathische zorg inkopen. Derhalve is er een aparte markt voor de inkoop van kraamzorg.



(c) Zorginkoopmarkten

(d) Schematische weergave

83. In aanvulling op de schematische weergave, moet worden opgemerkt dat er nog andere markten aan de orde kunnen zijn waarop de zorgaanbieders of zorgverzekeraars als vrager optreden. Een voorbeeld is de markt(en) voor geneesmiddelen⁶³ of de markt voor scholing. Zij zijn niet in de bovenstaande schematische weergave verwerkt.

1.5.3 De relevante geografische markt

(a) Zorgmarkten / zorginkoopmarkten

84. De relevante geografische markt wordt gedefinieerd als het gebied waarin ondernemingen zijn gevestigd die met elkaar concurreren en waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn.⁶⁴ Ook hier is weer van belang van welke producten en/of ondernemingen concurrentiedruk uitgaat.
85. Voor patiënten is de fysieke afstand tot de zorgaanbieder een belangrijke factor bij de keuze voor een bepaalde zorgaanbieder. De ziekenfondsen worden bij het contracteren van zorg gestuurd door de behoeften van hun verzekerden.
86. Om de relevante geografische markt voor de (inkoop van) zorg af te bakenen dient derhalve te worden bekeken hoe groot de afstand is die de consument/patiënt bereid is of geacht kan worden af te leggen voor het bezoek aan de zorgaanbieder (of andersom). Hoe groot deze afstand is, hangt onder andere af van de soort zorg en de gemiddelde bezoekfrequentie. Vanuit een patiënt gezien is de behoefte aan bijvoorbeeld huisartsenzorg in het algemeen lokaal/regionaal, omdat de fysieke afstand tussen de huisarts en de patiënt zeer belangrijk is bij de keuze voor een bepaalde huisarts. De NMa is er derhalve tot nu toe van uitgegaan dat de relevante geografische markt voor de inkoop van huisartsendiensten lokaal dan wel regionaal is.⁶⁵ Indien een zorgverzekeraar met de huisartsen gevestigd in de kleine gemeente X geen bevredigend onderhandelingsresultaat kan bereiken, kan hij eventueel als alternatief een contract sluiten met de huisartsen in gemeente Y, die aan gemeente X is vastgegroeid. Een huisarts in gemeente Z, die 200 km weg ligt, is echter geen reëel alternatief.
87. Er zijn ook vormen van zorg waarvoor de geografische markt waarschijnlijk groter is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als spoedeisendheid van de dienstverlening minder van belang is of indien men een bepaalde zorgaanbieder minder frequent moet opzoeken of indien het om zeer specialistische zorg gaat waarbij de kwaliteit van dienstverlening van groter belang is dan de reistijd. Indien ziekenhuizen met elkaar zouden kunnen concurreren⁶⁶, moeten zij bij het bepalen van hun concurrentiegedrag met betrekking tot bepaalde specialisaties ook rekening houden met andere ziekenhuizen, die verder weg zijn gevestigd. In de toekomst zou er mogelijk zelfs aanleiding kunnen zijn, bijvoorbeeld in verband met de ontwikkeling van grensoverschrijdende dienstverlening, om ruimere geografische markten dan Nederland af te bakenen.
88. In bepaalde gevallen is het mogelijk dat de relevante geografische markt groter is dan zou kunnen worden geconcludeerd op basis van de afstand die de patiënt wil afleggen. Indien bijvoorbeeld alle zorgaanbieders in een stad met de praktijken in hun directe omgeving in concurrentie staan, kan uiteindelijk het gedrag van één zorgaanbieder door de onderlinge beïnvloeding in de keten van overlappende praktijkgebieden consequenties hebben voor alle zorgaanbieders in die stad. In die situatie omvat de relevante geografische markt de hele stad en niet slechts een bepaalde wijk.

89. De NMa is er in haar besluiten tot nu toe van uitgegaan dat de relevante geografische markt voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen en voor het aanbieden van particuliere zorgverzekeringen landelijk is, aangezien elk ziekenfonds en elke particuliere zorgverzekeraar door geheel Nederland zijn verzekeringen kan aanbieden. Consumenten kunnen eveneens in beginsel bij ieder ziekenfonds een verzekering afsluiten.⁶⁷

(b) Zorgverzekeringsmarkten

90. Zoals echter eerder is opgemerkt, is de mededingingsrechtelijke beoordeling niet statisch. Dit betekent dat per zaak moet worden bekeken in hoeverre er aanleiding is voor een andere afbakening van de relevante geografische markt. De beoordeling dient steeds plaats te vinden in het licht van de feitelijke en juridische context en hangt af van de concrete omstandigheden. Als het bijvoorbeeld voor ziekenfondsen niet meer mogelijk is om in elke regio voldoende medewerkersovereenkomsten met zorgaanbieders af te sluiten om aan hun zorgplicht te voldoen, zou het hun kunnen belemmeren om landelijk werkzaam te zijn en zou er aanleiding kunnen zijn om de geografische afbakening van de relevante markt te heroverwegen.

91. Met betrekking tot andere markten, zoals markten waarop zorgaanbieders en zorgverzekeraars als vrager optreden, kan de geografische markt ruimer zijn dan bij (de inkoop van) zorg het geval is. Geneesmiddelen, bijvoorbeeld, worden in het algemeen door groothandelaren in het hele land geleverd en de concurrentievoorwaarden zullen in het algemeen in heel Nederland dezelfde zijn; een geneesmiddelengroothandelaar in Utrecht zal waarschijnlijk de concurrentiedruk van een op landelijk niveau werkzame groothandelaar die in Rotterdam gevestigd is, even sterk voelen als de concurrentiedruk van een concurrent die eveneens in Utrecht is gevestigd en in heel Nederland levert.⁶⁸

(c) Overig

1.5.4 De berekening van marktaandelen

92. De afbakening van de relevante markt maakt het berekenen van marktaandelen mogelijk. Marktaandelen zijn van belang voor de vraag of een overeenkomst merkbaar de concurrentie beperkt (zie randnummer 97), voor de vraag of een overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt⁶⁹ en voor de vraag of sprake zou kunnen zijn van een economische machtspositie.

93. In de groepsvrijstellingen wordt aangegeven⁷⁰ dat het marktaandeel wordt berekend op grond van de waarde van de verkopen op de relevante markt. Bij een overeenkomst tussen zorgaanbieders moet bijvoorbeeld worden berekend wat het aandeel van de inkomsten uit het behandelen van patiënten van de betrokken zorgaanbieders is in verhouding tot de inkomsten van alle zorgaanbieders op de relevante markt. Indien deze gegevens niet beschikbaar zijn, kan men ook gebruik maken van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie zijn gebaseerd, zoals het aantal behandelde patiënten in verhouding tot alle behandelde patiënten op de relevante markt.

1.5.5 Conclusie

94. Om de effecten van afspraken te kunnen bepalen moet men weten op welke relevante markt de betreffende ondernemingen actief zijn. De relevante markt bestaat uit twee dimensies: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. De afbakening van de relevante markt maakt het mogelijk om de positie van de partijen op die markt vast te stellen. De marktaandelen van de ondernemingen zijn hiervoor een belangrijke indicator.

Horizontale afspraken tussen zorgaanbieders of tussen zorgverzekeraars

2.1 Inleiding

95. Horizontale afspraken zijn afspraken tussen ondernemingen die op hetzelfde niveau van de markt werkzaam zijn, waaronder afspraken tussen concurrenten.
96. Horizontale vormen van samenwerking tussen zorgaanbieders onderling of zorgverzekeraars onderling moeten worden getoetst aan het kartelverbod van artikel 6 Mw (zie randnummer 18). Ze vallen onder omstandigheden onder een vrijstelling of kunnen mogelijk voor een ontheffing in aanmerking komen (zie randnummers 20-35).
97. De Europese Commissie heeft aangegeven⁷¹ dat horizontale samenwerking tot mededingingsproblemen kan leiden indien de samenwerking de partijen in staat stelt hun marktmacht⁷² te vergroten. Dit kan immers tot negatieve effecten leiden met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de variëteit of kwaliteit van goederen en diensten.
98. In het navolgende wordt ten eerste ingegaan op vormen van samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die in principe nooit (behalve indien artikel 7 Mw van toepassing is) zijn toegestaan, zoals collectief onderhandelen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars over prijzen of marktverdeling (zie paragraaf 2.2).⁷³ Daarna worden vormen van samenwerking besproken die in beginsel niet in strijd zijn met het kartelverbod (zie paragraaf 2.3) of waarvoor een vrijstelling geldt (zie paragraaf 2.4). Sommige van deze samenwerkingsvormen kunnen een alternatief bieden voor het collectief onderhandelen. Uit dit hoofdstuk zal blijken dat het zeker niet zo is dat uitsluitend op individueel niveau onderhandeld mag worden. Tussenvormen zijn mogelijk en dan met name waar de samenwerking voordelen biedt met betrekking tot de dienstverlening. In deze context is eveneens paragraaf 3.4.2 van belang, aangezien het uitbesteden van het onderhandelen aan een zorgmakelaar een mogelijk alternatief is voor het individueel onderhandelen door de zorgaanbieder. Tevens bestaat er altijd de mogelijkheid om een ontheffing aan te vragen.

2.2 Niet toegestane vormen van samenwerking

99. Volgens vaste rechtspraak staat voor sommige afspraken vast dat zij tot doel hebben de concurrentie te beperken. Deze afspraken vallen – uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – altijd onder artikel 6 Mw⁷⁴ en komen normaal gesproken niet voor een ontheffing in aanmerking. Hierbij zij nogmaals gewezen op de bagatelvrijstelling (zie randnummer 20).
100. Zoals aangegeven in randnummers 22 tot en met 26, is naast de positie van partijen op de markt ook de aard van de overeenkomst van invloed op de vraag in hoeverre sprake is van een merkbare concurrentiebeperking. Indien er sprake is van een afspraak die tot doel heeft de concurrentie te beperken dan gaat de NMa op basis van vaste rechtspraak⁷⁵ ervan uit dat deze afspraak de concurrentie merkbaar beperkt en hoeft zij de concrete gevolgen van de afspraak op die markt niet nader te onderzoeken. Het is aan de

onderneming in kwestie om aan te tonen dat er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.

101. Afspraken die tot doel hebben om de concurrentie te beperken zijn de volgende:

Prijsafspraken 102. Onder prijs- en tariefafspraken⁷⁶ vallen mede afspraken over de hoogte van kortingen en toeslagen.⁷⁷

Voorbeeld 5 In de regionale vereniging van de tien gevestigde verloskundigen in regio X is afgesproken dat een aantal van hen namens hen allen zal onderhandelen met de zorgverzekeraars en dat zij daarbij honorering tegen het door het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) goedgekeurde maximumtarief zullen bedingen.

Beoordeling:

Artikel 7 Mw is niet van toepassing, aangezien meer dan acht ondernemingen zijn betrokken bij de afspraak. Het gaat om een prijsafpraak tussen concurrenten die in strijd is met het kartelverbod: de verloskundigen bedingen gezamenlijk een tarief. De prijsafpraak komt niet voor ontheffing in aanmerking. Dit laat onverlet dat de vereniging wel kwaliteitsafspraken mag maken.

Voorbeeld 6 In regio A bestaat een tekort aan mondhygiënisten. Dit leidt tot een opwaartse druk op de tarieven. De zorgverzekeraars in die regio vinden de totstandgekomen tarieven echter te hoog. Zij komen derhalve in een vergadering overeen om bij de komende onderhandelingen voor nieuwe medewerkersovereenkomsten met mondhygiënisten allemaal vast te houden aan een tariefverlaging van 3%.

Beoordeling:

Ook dit is een prijsafpraak in strijd met het kartelverbod. De prijsafpraak zal niet voor ontheffing op grond van artikel 17 Mw in aanmerking komen.

Marktverdeling 103. Hiermee worden bedoeld marktverdelingsafspraken⁷⁸ tussen concurrenten voor welk product en welke dienst en in welke vorm dan ook, met inbegrip van afspraken over de hoeveelheid van geleverde diensten of geproduceerde producten, afspraken over de vestiging, de geografische verdeling van markten en de verdeling van klanten.⁷⁹

Voorbeeld 7 Vertegenwoordigers van zorgverzekeraar Y en van de door haar gecontracteerde logopedisten vormen een commissie. Deze commissie heeft tot taak verzoeken tot vestiging van nieuwe praktijken aan bepaalde criteria (bijvoorbeeld of er door de nieuwe vestiging geen nadeel ontstaat voor reeds gecontracteerde praktijken) te toetsen en de zorgverzekeraar over de vraag of hij met de nieuwkomer een contract moet sluiten, te adviseren.

Beoordeling:

Nieuwkomers zijn door dit systeem afhankelijk van de goedkeuring van hun concurrenten. De logopedisten verdelen de markt onderling. Het belemmeren van toetreding en het hanteren van een vestigingsbeleid door de logopedisten is een vorm van marktverdeling en is verboden op grond van het kartelverbod. Dit laat onverlet dat de zorgverzekeraar wel zelfstandig een beleid mag hanteren waarbij hij belang hecht aan de spreiding van logopedisten in een bepaald gebied.

104. Marktverdeling kan ook het gevolg zijn van een bepaalde vorm van paraplu-overeenkomsten. Paraplu-overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen een zorgverzekeraar en een groep zorgaanbieders waarbij voor de hele groep een productievolume wordt afgesproken en de zorgaanbieders vervolgens het volume onderling verdelen. Er zijn verschillende vormen mogelijk. Indien de zorgverzekeraar een totaalvolume aan een groep van zorgaanbieders toewijst en zij dit volume onder elkaar verdelen, kiezen de zorgaanbieders ervoor niet meer onderling te concurreren, maar hun marktgedrag door middel van onderlinge afspraken vast te leggen. Een dergelijke afspraak leidt tot marktverdeling, is verboden en zal waarschijnlijk niet voor een ontheffing in aanmerking komen. Een uitzondering geldt voor een afspraak die in het kader van een hecht samenwerkingsverband tot stand komt en in het kader van de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten is vrijgesteld. Zie hiervoor paragraaf 2.4.1.
105. Er is in het algemeen geen sprake van marktverdeling in geval van paraplu-overeenkomsten waarbij zorgaanbieders een eigen volume krijgen toegewezen van een zorgverzekeraar en bij overschrijdingen daarvan behandelingen kunnen krijgen van zorgaanbieders die hun volume niet volledig benutten. In dit model worden zorgaanbieders waar veel vraag naar is, beloond met extra behandelingen, die ten koste gaan van zorgaanbieders waarvoor minder vraag is. Wanneer de zorgverzekeraar de beslissende rol heeft bij deze verdeling en deze mee kan nemen bij de toekenning van de volumes in de volgende jaren, zal een dergelijke paraplu-overeenkomst naar alle waarschijnlijkheid de mededinging niet beperken.
106. Elke onderneming moet in beginsel individueel besluiten of zij met een andere partij contractuele relaties aan wil gaan of niet. Een collectieve boycot of leveringsweigering is een afgestemde weigering van een groep van ondernemingen of een handelsvereniging om met een of meer andere ondernemingen, bijvoorbeeld leveranciers of afnemers, 'niet-erkende' wederpartijen of niet-leden van een vereniging, te handelen of contracten te sluiten.⁸⁰ De NMa is van mening dat alle overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen en besluiten (inclusief aanbevelingen) van ondernemersverenigingen die betrekking hebben op het gezamenlijk in onderlinge afstemming weigeren van levering, onder het kartelverbod vallen en niet in aanmerking komen voor een ontheffing.

Gemeenschappelijke leveringsweigering

De apothekers in regio A zijn niet tevreden met het besluit van zorgverzekeraar Y om de inkoop van geneesmiddelen aan te besteden en de apothekers te verplichten om zich aan de door hem met de leveranciers gemaakte afspraken te houden. Zij roepen een vergadering bijeen en spreken af dat ze allen niet een nieuwe medewerkersovereenkomst zullen tekenen totdat de verzekeraar van zijn plannen afziet.

Beoordeling:

Elke apotheker moet individueel bekijken of hij een medewerkersovereenkomst wil aangaan. Een collectieve afspraak om de zorgverzekeraar te boycotten om de genoemde redenen strekt ertoe de mededinging te beperken en is verboden onder het kartelverbod.

Voorbeeld 8

107. Onder de hierboven beschreven verboden collectieve leveringsweigering wordt niet verstaan de situatie waarin bedrijven alleen gezamenlijk kunnen besluiten of zij wel of niet met een bepaalde onderneming willen handelen, bijvoorbeeld indien de leden van een stichting over de opname van een nieuw lid moeten besluiten. Een weigering om een contract aan te gaan is derhalve niet automatisch verboden. Dat neemt niet weg dat ook een dergelijke weigering onder omstandigheden in strijd kan zijn met de Mw. Zie voor een voorbeeld randnummer 127.

Conclusie

108. Horizontale afspraken zijn afspraken tussen ondernemingen die op hetzelfde niveau van de markt werkzaam zijn. Prijsafspraken, marktverdelingsafspraken en collectieve leveringsweigering hebben tot doel de concurrentie te beperken. De d-g NMa gaat er dan ook van uit dat deze afspraken een merkbare concurrentiebeperking vormen. Zij vallen onder het kartelverbod en komen in beginsel niet voor ontheffing in aanmerking.

109. Dit betekent dat de collectieve onderhandelingen over vestiging en tarieven die traditioneel op regionaal niveau tussen organisaties van medisch vrije beroepsbeoefenaren en organisaties van zorgverzekeraars hebben plaatsgevonden op grond van de Mw verboden zijn, aangezien zij leiden tot prijsafspraken en marktverdeling.

2.3 Vormen van samenwerking die in beginsel niet de concurrentie beperken

2.3.1 Afspraken binnen één onderneming

110. Het kartelverbod is alleen van toepassing op afspraken tussen ondernemingen dan wel besluiten van ondernemersverenigingen. Afspraken binnen één onderneming vallen niet onder het kartelverbod. Als onderneming wordt beschouwd elke 'economische eenheid', ook al wordt deze eenheid gevormd door meerdere natuurlijke of rechtspersonen (zie tevens randnummers 51 en verder). Voorwaarde voor het bestaan van een economische eenheid is het bestaan van één permanent ondernemingsbestuur. Andere relevante factoren kunnen zijn de interne verrekening van winst en verlies, gezamenlijke aansprakelijkheid jegens derden en gezamenlijke presentatie naar buiten toe. Als sprake is van een vergaande vorm van samenwerking, waarbij aan deze voorwaarden voldaan is, zal deze samenwerking niet meer worden beschouwd als een samenwerking tussen zelfstandige ondernemingen, omdat er dan sprake is van het opgaan van de verschillende ondernemingen in één onderneming. Het kartelverbod is in deze gevallen niet van toepassing.⁸¹ Het verbod op misbruik kan van toepassing zijn indien de betreffende onderneming een economische machtspositie heeft (zie paragrafen 1.3.3 en 4).
111. In de meeste gevallen zal de vraag of er sprake is van een economische eenheid makkelijk te beantwoorden zijn. Bij sommige samenwerkingsverbanden, bijvoorbeeld tussen vrije beroepsbeoefenaren, zal de grens niet altijd zo eenvoudig zijn te trekken. In dat geval moet aan de hand van de in randnummer 110 genoemde criteria worden nagegaan of er sprake is van een economische eenheid. Bij een maatschap zal in het algemeen sprake zijn van één onderneming, tenzij uit het maatschapcontract of uit de feitelijke praktijk blijkt dat er sprake is van twee of meerdere onafhankelijke economische eenheden.

2.3.2 Afspraken tussen niet-concurrenten

112. Indien ondernemingen die weliswaar op hetzelfde niveau van de markt werkzaam zijn maar geen concurrenten van elkaar zijn samenwerken, dan kan deze samenwerking in het algemeen niet in strijd zijn met het kartelverbod, omdat zij geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt kan meebrengen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het oprichten van gezondheidscentra door zorgaanbieders uit verschillende disciplines of voor afspraken tussen huisartsen die in verschillende geografische markten zijn gevestigd.
113. In deze context is het echter van belang om het begrip 'concurrenten' niet al te nauw te definiëren. Samenwerking met potentiële concurrenten, dus met ondernemingen die nu nog niet op de relevante markt actief zijn maar die wel tot die markt kunnen toetreden, kan wel een concurrentiebeperking opleveren.

2.3.3 Afspraken over kwaliteit

114. Collectief overleg over kwaliteitsbevordering levert in de zorgsector in het algemeen geen concurrentiebeperking op indien dit enkel tot doel heeft via objectieve en transparante criteria de verantwoordelijkheden en de bekwaamheden van de zorgaanbieders te verzekeren en het algemene kwaliteitsniveau te bevorderen.⁸² Derhalve zijn afspraken met betrekking tot kwaliteit zoals vastgelegd in standaarden en protocollen, nascholing, intercollegiale toetsing, technische aspecten van automatisering en objectieve (minimum-) kwaliteitseisen niet aan te merken als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 6 Mw.⁸³
115. Op het moment dat dergelijke overeenkomsten over kwaliteit worden gekoppeld aan andere overeenkomsten die niet direct met kwaliteit samenhangen, moeten deze aanvullende afspraken apart op hun verenigbaarheid met het kartelverbod worden getoetst. Voor het verschil tussen kwaliteitsafspraken en niet-kwaliteitsafspraken is van belang of de afspraak direct en objectief gezien doelt op een verbetering van de medische kwaliteit van de zorgverlening. Aan dit verschil staat niet in de weg dat een kwaliteitsafpraak economische effecten kan hebben en een niet-kwaliteitsafpraak indirecte effecten op de kwaliteit van de gezondheidszorg kan hebben. Ook al leidt een prijsafpraak in sommige gevallen door het bereiken van hogere tarieven tot een betere dienstverlening, dan nog is er geen sprake van een pure kwaliteitsafpraak.

Voorbeeld 9

Huisartsen, openbare apothekers, ziekenhuisapothekers en medisch specialisten in de regio Z komen regelmatig in het kader van het Farmaco Therapeutisch Transmuraal Overleg (FTTO) bijeen. Hierbij worden onder meer zaken besproken als nieuwe behandelmethodes en problemen met de automatisering. Een ziekenfonds in de regio gebruikt het FTTO tevens om samen met de zorgaanbieders een geneesmiddelenformularium op te stellen.

Beoordeling:

Zolang binnen het FTTO afspraken worden gemaakt over kwaliteit, is dit niet in strijd met het kartelverbod. Indien echter zorgaanbieders en zorgverzekeraar in het kader van het FTTO een geneesmiddelenformularium opstellen, is dat geen pure kwaliteitsafpraak meer omdat er bij de keuze voor een bepaald geneesmiddel ook economische criteria een rol spelen. Het formularium moet derhalve onder het kartelverbod worden getoetst (zie ook paragraaf 3.4.3).⁸⁴

2.3.4 Het gezamenlijk uitvoeren van projecten die individueel niet uitvoerbaar zijn

116. Zorgverzekeraars en/of zorgaanbieders mogen samenwerken indien zij het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren. Dit is bijvoorbeeld het geval bij gezamenlijke waarneming en bij het uitwisselen van patiëntendossiers. Een dergelijke samenwerking kan alleen dan in strijd met het kartelverbod zijn, indien de betrokken ondernemingen (gezamenlijk) over aanzienlijke marktmacht beschikken en de samenwerking waarschijnlijk tot uitsluitingsproblemen ten aanzien van derden zou leiden.⁸⁵

117. Bovendien mag deze samenwerking niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.⁸⁶ Indien de samenwerking zich uitstrekt tot gebieden waarop de ondernemingen wel alleen actief zouden kunnen zijn, dan moet de samenwerking worden getoetst aan het kartelverbod.
118. Het is in het algemeen niet in strijd met het kartelverbod indien zorgaanbieders gezamenlijk de waarneming organiseren, in het kader van lokale waarneemgroepen dan wel in het kader van grotere dienstenstructuren. Gezamenlijke waarneming is noodzakelijk om de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen, omdat niet van een individuele zorgaanbieder kan worden verwacht dat hij of zij 24-uur lang en zeven dagen per week van het jaar voor zijn patiënten beschikbaar is.
119. Zorgaanbieders die gezamenlijk de waarneming organiseren, mogen – in zoverre dit wettelijk mogelijk is – in het algemeen ook collectief met de zorgverzekeraars over de voorwaarden en tarieven voor de waarneming onderhandelen. Zij bieden in feite gezamenlijk het product acute zorg tijdens de avond, de nacht en het weekeinde aan. De patiënt kan bovendien bij een acute zorgvraag niet wachten tot een andere zorgaanbieder dienst doet. Indien meerdere waarneemgroepen gezamenlijk onderhandelen, kan dat wel in strijd zijn met het kartelverbod, omdat dan geen sprake is van een gezamenlijk geleverd product.
120. Indien de gezamenlijke waarneming ertoe leidt dat op een bepaalde markt slechts één waarneemgroep bestaat, dan kan dit overigens tot gevolg hebben dat deze waarneemgroep een economische machtspositie heeft. Haar gedrag mag derhalve geen misbruik van deze machtspositie opleveren (zie randnummers 45 en 215 tot 226).⁸⁷
121. Deelname aan een waarneemregeling is doorgaans voor zorgaanbieders van belang om zich op de markt te handhaven, bijvoorbeeld omdat deelname aan een waarneemgroep een voorwaarde is voor een medewerkersovereenkomst met ziekenfondsen. De waarneemregeling mag in dit verband niet worden gebruikt als instrument om concurrenten uit te sluiten. Uitsluiting van concurrenten kan zowel in strijd zijn met het kartelverbod als met het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Dit neemt niet weg dat aan de deelname de noodzakelijke objectieve voorwaarden mogen worden verbonden.
122. Ten slotte geldt dat uitsluitend de waarneming zelf buiten de toepassing van het kartelverbod valt. Verdergaande vormen van samenwerking, zoals het collectief onderhandelen over het tarief voor de andere diensten zijn niet onmisbaar voor het functioneren van de waarneming en vallen derhalve wel binnen het bereik van het kartelverbod.

Waarneming

Voorbeeld 10

Veertien huisartsen in stad A sluiten zich aan bij een centrale huisartsenpost voor nacht- en weekenddiensten. De huisartsen onderhandelen met betrekking tot deze waarneming gezamenlijk met een zorgverzekeraar over de voorwaarden en er komt een medewerkersovereenkomst tot stand tussen het samenwerkingsverband en de zorgverzekeraar. Als zich na een jaar een nieuwe huisarts in het centrum van A wil vestigen, wordt hij niet tot de waarneming toegelaten. Dit veroorzaakt problemen bij het afsluiten van een medewerkersovereenkomst.

Beoordeling:

De samenwerkingsverband zelf levert geen concurrentiebeperking op. Immers, een huisarts alleen kan in het algemeen geen permanente beschikbaarheid garanderen. Een gezamenlijke waarneming heeft voordelen met betrekking tot efficiëntie en waarborgt de kwaliteit van de zorgverlening. De weigering om de nieuwe huisarts tot de waarneming toe te laten, is in beginsel in strijd met het kartelverbod, aangezien er geen andere huisarts meer op de relevante markt actief is die met de nieuwkomer gezamenlijk zou kunnen waarnemen. Bovendien kan deze weigering ook misbruik van een economische machtspositie opleveren.

123. Het verbod om tijdens de waarneming niet actief patiënten te werven van degene voor wie wordt waargenomen, is inherent voor het goed functioneren van een waarneming. Voor het treffen van waarnemingen is het immers nodig om een vorm van samenwerking in het leven te roepen die is gebaseerd op onderling vertrouwen. Dit verbod om patiënten te werven mag echter niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. In dit verband is van belang dat de waarneming de vrije keuze van een patiënt voor een bepaalde zorgaanbieder respecteert. Dit betekent dat een waarneming wel een mededingingsbeperking inhoudt indien passieve overname, dat wil zeggen een overstap van een patiënt op diens initiatief naar een zorgaanbieder waarmee hij tijdens de waarneming in contact is gekomen, door deze regeling wordt verboden.⁸⁸

Gezamenlijk opzetten van elektronische netwerken

124. In de laatste jaren is in de zorgsector sprake van initiatieven met betrekking tot elektronische netwerken. Zelfstandige zorgaanbieders koppelen hun computersystemen of schaffen een gemeenschappelijke server aan om patiëntengegevens uit te wisselen of om elektronisch receptenverkeer mogelijk te maken. Hiermee wordt de volksgezondheid gediend en de keuzevrijheid van de patiënt met betrekking tot zorgaanbieders vergroot.

125. Een dergelijke samenwerking valt in beginsel niet onder het kartelverbod, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

126. Ten eerste mag elektronische koppeling niet worden gebruikt voor het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie tussen concurrenten. De uitwisseling van dergelijke informatie kan er namelijk toe leiden dat ondernemingen minder scherp met elkaar concurreren. Indien bepaalde ondernemingen te veel over elkaar weten, kan geen van hen bereikte concurrentievoordelen onopgemerkt uitbaten. Deze ondernemingen zullen dan geen of minder moeite doen om concurrentievoordelen te behalen. Onder concurrentiegevoelige informatie verstaat men in het algemeen recente, tot een specifieke persoon of onderneming herleidbare gegevens over bijvoorbeeld tarieven, kortingen van toeleveranciers, omzet en

kosten.⁸⁹ Algemene statistieken zijn geen probleem. Het is op basis van de Mw in beginsel niet verboden om informatie over de medicatie en de verzekeringsstatus van patiënten uit te wisselen.

127. Ten tweede moet het samenwerkingsverband open zijn. Als een aansluiting aan een dergelijk elektronisch netwerk belangrijke economische voordelen met zich brengt die niet op een andere manier zelfstandig kunnen worden behaald, dan kan een situatie ontstaan waarbij het voor een zorgaanbieder moeilijk wordt om zich op de markt te vestigen of te handhaven zonder een dergelijke aansluiting. In deze situatie mag aan andere zorgaanbieders alleen toegang worden geweigerd op basis van een objectieve rechtvaardiging⁹⁰. Aan de toetreders mag wel worden gevraagd om een passende investeringsbijdrage te leveren.

2.3.5 Samenwerking op administratief gebied

128. Samenwerking tussen zorgverzekeraars onderling of zorgaanbieders onderling op het gebied van de boekhouding en gemeenschappelijke incasso hoeft niet van invloed te zijn op het aanbod van diensten van de samenwerkende ondernemingen, indien de samenwerking zich beperkt tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en de beslissingen ten aanzien van die activiteiten zelf niet beïnvloedt. Dergelijke vormen van samenwerking zijn niet concurrentiebeperkend en vallen dus niet onder het kartelverbod.

Vertegenwoordigers van tandprotheticipers nemen zitting in een commissie die gezamenlijk met de zorgverzekeraar afspraken maakt over het declaratie- en betalingsverkeer, waaronder het vaststellen van declaratieformulieren.

Beoordeling:

Deze samenwerking zal in het algemeen geen concurrentiebeperking opleveren, zolang niet bijvoorbeeld op de standaarddeclaratieformulieren de tarieven gedrukt staan.

Voorbeeld 11

2.3.6 Calculatieschema's

129. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen gezamenlijk of in het kader van een vereniging calculatieschema's opstellen. Hierin mag worden opgenomen welke posten in het algemeen van belang zijn bij het berekenen van tarieven. De ondernemingen mogen echter niet met elkaar afspreken dat zij alle in het calculatieschema opgenomen posten ook daadwerkelijk aan de afnemers doorberekenen of welke posten in een concreet geval wel of niet op een bepaalde manier worden doorberekend. Dit geldt ook voor een advies van een ondernemersvereniging hierover. Zo moet bijvoorbeeld een zorgaanbieder zelf beslissen of hij een verhoging in de arbeidsongeschiktheidsverzekeringspremie aan de patiënt/zorgverzekeraar doorberekent. Bovendien mogen calculatieschema's niet aangeven welke bedragen of percentages voor deze posten moeten worden berekend. Dit zou namelijk leiden tot een uniformering van het prijsgedrag. Op dat moment zijn de calculatieschema's wel mededingingsbeperkend en vallen zij onder het kartelverbod.⁹¹

2.3.7 Conclusie

130. Afspraken binnen één onderneming vallen niet onder het kartelverbod. Indien twee of meer ondernemingen door middel van een fusie of overname tot één onderneming samensmelten, zal dit echter vanaf een bepaalde omzeldrempel aan goedkeuring door de Directie Concentratiecontrole van de NMa onderworpen zijn. Sommige categorieën van horizontale afspraken, vallen in beginsel niet onder het kartelverbod:

- afspraken tussen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn (ook niet potentiële concurrenten),
- afspraken die objectief en direct tot doel hebben een verbetering van de medische kwaliteit van de zorgverlening,
- het gezamenlijk uitvoeren van projecten die de onderneming alleen niet zouden kunnen uitvoeren (bijvoorbeeld gezamenlijk waarneming en elektronisch receptenverkeer),
- afspraken op het gebied van de administratie en ten slotte
- vrijblijvende calculatieschema's zolang daarin niet concrete prijzen zijn opgenomen.

2.4 Vormen van samenwerking waarvoor een groepsvrijstelling geldt

2.4.1 Gemeenschappelijke zorgverlening en gezamenlijk contracteren

131. In randnummers 99-102 en 108-109 is toegelicht dat op basis van vaste rechtspraak collectief contracteren, waarbij zorgaanbieders gezamenlijk bepalen welke prijs zij van ziekenfondsen zullen eisen, in beginsel altijd verboden is en niet voor een ontheffing in aanmerking komt. In voetnoot 76 is gezegd dat de beoordeling anders kan zijn als het niet gaat om een 'kale' prijsafspraken, maar de prijsafspraken inherent is aan een onderliggende samenwerkingsovereenkomst. Zoals uit de volgende paragraaf zal blijken, kan dit het geval zijn als er sprake is van zogenaamde 'gemeenschappelijke zorgverlening'.
132. Hierna zal eerst worden ingegaan op wat de NMa verstaat onder 'gemeenschappelijke zorgverlening'. Daarna zal worden toegelicht welke concurrentiebeperkingen mogelijk kunnen optreden. Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijkheid dat een vrijstelling van toepassing is of een ontheffing kan worden gegeven voor het gezamenlijk contracteren door een samenwerkingsverband voor 'gemeenschappelijke zorgverlening' met zorgverzekeraars.
133. Samenwerking tussen zorgaanbieders blijft veelal beperkt tot één of meer aspecten, zoals bijvoorbeeld gezamenlijke waarneming of het gezamenlijk inkopen van computers. Sommige van deze aspecten van samenwerking worden ergens anders in deze richtsnoeren behandeld. Soms gaat de samenwerking echter zo ver dat er sprake is van 'gemeenschappelijke zorgverlening'.
134. Gemeenschappelijke zorgverlening is in feite een zorgaanbieder-specifieke vorm van 'gemeenschappelijke productie'. In het navolgende wordt nader toegelicht wat onder gemeenschappelijke zorgverlening wordt verstaan, aangezien dit op het eerste gezicht minder duidelijk is dan gemeenschappelijke productie van goederen, zoals bijvoorbeeld door twee farmaceutische producenten die een productie-joint venture oprichten om daarin een bepaald hoofdpijnmiddel te produceren. De paragrafen betreffende concurrentiebeperkingen, de groepsvrijstelling voor gemeenschappelijke productie en ontheffingen zijn derhalve niet alleen van toepassing op gezamenlijke zorgverlening maar tevens indien ondernemingen in de zorg ertoe overgaan om bepaalde goederen samen te produceren.
135. Er is sprake van 'gezamenlijke zorgverlening' indien de zorgaanbieders alles rondom de eigenlijke (medische) behandeling van de patiënt gezamenlijk regelen, zodat de patiënt en andere handelspartners in feite te maken krijgen met één geheel.

Inleiding

'Gemeenschappelijke zorgverlening'

136. Dit is het meest duidelijk het geval bij een groepspraktijk. Hierbij kunnen onder andere de volgende activiteiten gezamenlijk worden uitgevoerd: de zorgaanbieders zitten in één pand, schaffen computers en behandelmaterialen aan, organiseren gezamenlijk het incasso en nemen gezamenlijk personeel in dienst. Een dergelijk samenwerkingsverband lijkt naar buiten toe sterk op één onderneming, maar is dat in werkelijkheid niet: er is geen sprake van een gezamenlijk bestuur en van gezamenlijke aansprakelijkheid. Het faillissement van de ene zorgaanbieder leidt niet automatisch tot het faillissement van de andere zorgaanbieder.
137. Het is eveneens mogelijk dat zorgaanbieders met betrekking tot sommige 'zorgproducten' tot 'gezamenlijke zorgverlening' overgaan. Zo is het denkbaar dat zorgaanbieders in een gedeelte van hun werktijd een zelfstandige praktijk voeren en in het andere gedeelte in een samenwerkingsverband werken, bijvoorbeeld ten behoeve van gespecialiseerde zorgverlening. Indien bijvoorbeeld een oefentherapeut zijn eigen praktijk heeft, maar één dag per week dienst doet in een gezondheidscentrum, dan kan voor deze ene dag sprake zijn van 'gezamenlijke zorgverlening' met de andere leden van het gezondheidscentrum.
138. Bij de oprichting van een dergelijk vergaand samenwerkingsverband waarbij zorgaanbieders 'gezamenlijk' zorg verlenen, zal de mededingingsrechtelijke beoordeling in beginsel anders van aard zijn dan bij andere (lossere) vormen van samenwerking. Samenwerking kan grote voordelen hebben. Het gemeenschappelijk aanbieden van zorg kan bijvoorbeeld leiden tot een efficiëntere praktijkorganisatie, een betere inzet van assistenten en meer mogelijkheden voor automatisering. Onder bepaalde omstandigheden is het dan ook toegestaan om als samenwerkingsverband gezamenlijk met de ziekenfondsen te onderhandelen (zie randnummers 142-144).
- Concurrentiebeperkingen** 139. Een andere kant van het gemeenschappelijk aanbieden van zorg is dat dit kan leiden tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de deelnemers in hun rol als aanbieders, bijvoorbeeld in hun optreden tegenover zorgverzekeraars. Zij kunnen door de samenwerking hun marktmacht vergroten. Hoe meer de samenwerking tot gemeenschappelijke kosten leidt, hoe groter de mogelijkheid is dat de zorgaanbieders hun prijzen coördineren en zo de prijsconcurrentie inperken. Bovendien kan de keuzevrijheid van de afnemers door de gemeenschappelijke activiteiten worden beperkt.
140. Er is echter geen sprake van een concurrentiebeperking indien zorgaanbieders, zorgverzekeraars of hun leveranciers gezamenlijk een product aanbieden waar de samenwerking de enige commercieel gerechtvaardigde mogelijkheid is om een nieuwe markt te betreden of een product aan te bieden (zie ook randnummer 116).⁹²
- Groepsvrijstelling** 141. Indien een samenwerking de concurrentie merkbaar beperkt en derhalve in strijd is met het kartelverbod, betekent dat nog niet, zoals blijkt uit hetgeen hieronder wordt beschreven, dat de samenwerking niet door kan gaan.

142. Er bestaat een Europese groepsvrijstelling⁹³, de zogenaamde 'groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten'. Deze vrijstelling is onder andere⁹⁴ van toepassing indien ondernemingen overeenkomen om bepaalde producten – dat zijn goederen of diensten – gezamenlijk te vervaardigen. De partijen mogen dan de gezamenlijk vervaardigde producten (dan wel de gezamenlijk verrichte diensten) gezamenlijk verkopen en dan ook gezamenlijk de prijzen vaststellen die zij aan hun directe afnemers berekenen. Dit betekent dat zorgaanbieders die intensief samenwerken, dus in het geval dat sprake is van gezamenlijke zorgverlening, ook gezamenlijk met zorgverzekeraars mogen onderhandelen.

143. De groepsvrijstelling is echter alleen van toepassing indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen, dus bijvoorbeeld de samenwerkende huisartsen, niet hoger is dan 20%. Deze groepsvrijstelling gaat ervan uit dat de gezamenlijke productie van goederen of diensten tot meer efficiëntie leidt en dat dit ook ten goede kan komen aan de afnemers. Deze marktaandeelgrens moet garanderen dat er restconcurrentie overblijft en er derhalve een prikkel aanwezig is om de gerealiseerde voordelen aan de afnemers door te geven. De gemeenschappelijke productie of dienstverlening moet derhalve leiden tot wezenlijke efficiëntievoordelen en niet alleen tot een vergroting van de tegenmacht van de deelnemende partijen.⁹⁵

Een groep tandartsen wil zeer hoogwaardige zorg verlenen met inzet van de modernste apparatuur en met de mogelijkheid om ontwikkelingen op het vakgebied goed bij te houden en ook toe te passen. Zij komen tot de conclusie dat dit het beste mogelijk is in het kader van een groepspraktijk. Zij investeren in een gezamenlijke praktijkruimte en inboedel, apparatuur en ICT en werven gezamenlijk ondersteunend personeel. Zij stemmen het volgen van vervolgoopleidingen op elkaar af en houden elkaar op de hoogte van nieuwe ontwikkelingen. Ook praktijktijden en de algemene omgang met patiënten wordt gecoördineerd. Om een extra prikkel tot goede praktijkvoering in te bouwen, besluiten zij om een deel van hun winsten onderling te herverdelen. Ze blijven wel zelfstandige ondernemingen, kunnen besluiten om een eigen beleid te voeren en er bestaat geen gezamenlijke aansprakelijkheid. Ten slotte onderhandelen ze collectief met de ziekenfondsen en maken zij gezamenlijk productieafspraken. De groepspraktijk heeft een marktaandeel van 17% op de relevante markt.

Beoordeling:

Ten eerste moet worden bekeken of de groepspraktijk de bagatellimiet van EUR 908.000 overschrijdt (zie randnummer 20). Indien de overeenkomst deze limiet overschrijdt, moet worden bekeken of de samenwerking de concurrentie op de markt voor tandartsdiensten merkbaar beperkt. Aangezien de tandartsen gezamenlijk met de zorgverzekeraars over tarieven onderhandelen, is er sprake van een merkbare concurrentiebeperking. Het samenwerkingsverband kan, nu het marktaandeel beneden de 20% blijft, gebruik maken van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten. In het kader van deze samenwerking staat de groepsvrijstelling toe dat de zorgaanbieders hun diensten gezamenlijk aan de zorgverzekeraars 'verkopen' en dus prijzen en productievolumina afspreken. De samenwerking is derhalve vrijgesteld van het kartelverbod.

Voorbeeld 12

Ontheffing 144. Is het marktaandeel van partijen groter dan 20%, dan moet de samenwerking individueel worden beoordeeld onder het kartelverbod. Indien het kartelverbod van toepassing is, kan de NMa op basis van artikel 17 Mw een ontheffing verlenen. Voorwaarde is onder meer dat het samenwerkingsverband economische voordelen heeft die ook de consumenten ten goede komen en dat de concurrentie niet volledig wordt uitgeschakeld (zie verder randnummers 28-29). Dit betekent dat de waarschijnlijke gevolgen van de samenwerking voor de markt moeten worden beoordeeld.⁹⁶ Deze beoordeling is afhankelijk van de specifieke omstandigheden op de markt. Daarom is het niet mogelijk om hier een richtlijn te geven inzake een marktaandeel waarboven de ontheffing niet kan worden gegeven.

2.4.2 Samenwerking bij aanbestedingen

145. In de zorgsector komen in toenemende mate aanbestedingen voor. Zoals in randnummer 116 is besproken, is het niet in strijd met het kartelverbod indien ondernemingen gezamenlijk projecten uitvoeren die zij individueel niet zouden kunnen uitvoeren. Bij aanbestedingen doet zich ook wel de situatie voor dat ondernemingen samen inschrijven op een aanbesteding, terwijl zij het project in principe zelfstandig zouden kunnen uitvoeren en derhalve ook zelfstandig op de aanbesteding zouden kunnen inschrijven. Een dergelijke samenwerking kan in bepaalde gevallen economische voordelen met zich brengen (bijvoorbeeld grotere efficiëntie).
146. Op het gebied van aanbestedingen heeft de wetgever daarom de groepsvrijstelling voor 'combinatieovereenkomsten'⁹⁷ vastgesteld. Combinatieovereenkomsten zijn schriftelijke overeenkomsten waarin ondernemingen overeenkomen om bij een bepaalde gedane of aangekondigde aanbesteding gezamenlijk een bod uit te brengen en het project gezamenlijk uit te voeren. Dergelijke afspraken zijn onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van het kartelverbod.
147. Vereist is dat elke deelnemer in de combinatie ook daadwerkelijk een aanmerkelijk deel van de opdracht uitvoert. Anders heeft de deelname van de desbetreffende onderneming geen toegevoegde waarde en leidt de overeenkomst uitsluitend tot een beperking van de concurrentie.

Een zorgverzekeraar publiceert uitnodigingen voor vijf aanbestedingen. In elk van deze aanbestedingen gaat het om een medewerkersovereenkomst voor een nieuwe apotheek in regio X.

Een aantal apothekers ontdekt tijdens een informeel gesprek dat zij allen zijn geïnteresseerd in een medewerkersovereenkomst voor een apotheek in X en voor één van de aanbestedingen willen inschrijven. Vijf van hen besluiten om hun offertes onderling af te stemmen. Zij overleggen over de inhoud van hun offertes, wie van hun voor welke medewerkersovereenkomst zal inschrijven en op welke manier zij verder willen samenwerken. Hun samenwerking bij de zorgverlening zal inhouden dat zij voor elkaar waarnemen tijdens vakanties of ziektes. Voor het overige zal iedere apotheker onafhankelijk één apotheek voeren. Deze afspraken worden schriftelijk vastgelegd.

Beoordeling:

Er is sprake van een concurrentiebeperking. De apothekers hebben hun offertes gecoördineerd, terwijl zij allen in staat zijn om zelfstandig een apotheek over te nemen. Dat een apotheker incidenteel een vervanger tijdens ziekte of vakantie moet regelen, doet daar niet aan af.

Bovendien is er geen sprake van een gezamenlijk aanbesteding zoals bedoeld in de vrijstelling voor combinatieovereenkomsten. Een voorwaarde voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling is dat de ondernemingen gezamenlijk een offerte indienen waarbij elk van de betrokken ondernemingen zich bindt een aanmerkelijke bijdrage te leveren aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht. In het voorliggende geval zou dat betekenen dat alle apothekers gezamenlijk voor één aanbesteding inschrijven en een essentiële bijdrage leveren aan de reguliere zorgverlening in de desbetreffende apotheek. Dit is in casu niet het geval; elke apotheker zal feitelijk in één van de vijf apotheken werken. Slechts ten aanzien van de waarneming levert men een gezamenlijke bijdrage.

Voorbeeld 13

148. De groepsvrijstelling voor combinatieovereenkomsten is slechts dan van toepassing indien alleen concurrentiebeperkingen worden opgelegd die voor het slagen van het project onmisbaar zijn. Het gezamenlijk vaststellen van de inschrijfprijs en het onderling verdelen van werkzaamheden is inherent aan de gezamenlijke uitvoering van het werk en daarom onmisbaar. Verdergaande beperkingen, zoals de verplichting tot exclusieve afname van een bepaalde leverancier, kunnen niet als onmisbaar worden beschouwd. Dergelijke beperkingen moeten apart worden getoetst op hun verenigbaarheid met de Mw.

149. Het aantal deelnemers in een combinatie dient in beginsel beperkt te zijn tot wat redelijkerwijs nodig is om concrete voordelen van de samenwerking te realiseren. Dat brengt met zich dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op een vast samenwerkingsverband dat op alle aanbestedingen gezamenlijk inschrijft.

150. De 'combinatieovereenkomst', waarin het inschrijfcijfer en de vorm van samenwerking is neergelegd, moet bovendien betrekking hebben op de concrete aanbesteding en moet aan de concrete omstandigheden van die opdracht aangepast zijn. Hiermee wordt gewaarborgd dat zoveel mogelijk restconcurrentie blijft bestaan en wordt voorkomen dat onnodig veel ondernemingen zich in een combinatie verenigen.⁹⁸

2.4.3 Conclusie

151. Voor sommige categorieën van afspraken tussen (potentiële) concurrenten geldt een groepsvrijstelling. Deze afspraken zijn automatisch van het kartelverbod vrijgesteld. Dit geldt bijvoorbeeld voor 'gemeenschappelijke zorgverlening', waarbij zorgaanbieders alles rondom de eigenlijke (medische) behandeling van de patiënt gezamenlijk regelen. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van een groepspraktijk gebeuren. Deze gemeenschappelijke zorgverlening is automatisch vrijgesteld van het kartelverbod indien het marktaandeel van het samenwerkingsverband niet meer dan 30% bedraagt. Het gezamenlijk onderhandelen met de ziekenfondsen valt eveneens onder de vrijstelling. Tevens bestaat er een groepsvrijstelling voor het gezamenlijk indienen van een bod bij een aanbesteding mits de ondernemingen het betreffende project gezamenlijk uitvoeren.

2.5 Beoordeling van overige vormen van samenwerking

2.5.1 Gemeenschappelijke inkoop

152. Vaak sluiten ondernemingen overeenkomsten met betrekking tot de gemeenschappelijke inkoop van (zorg)producten. Gezamenlijke inkoop kan de kosten van de inkoop verlagen en daarmee de concurrentie met derden bevorderen. De gemeenschappelijke inkoop kan op vele manieren worden vormgegeven, bijvoorbeeld door een onderneming die onder de gezamenlijke zeggenschap van een aantal ondernemingen staat, door een onderneming waarin vele ondernemingen een deelneming van geringe omvang hebben of door middel van een contractuele afspraak.
153. Gemeenschappelijke inkoop kan zowel horizontale overeenkomsten (tussen de ondernemingen die gezamenlijk willen inkopen) als verticale overeenkomsten (tussen de inkoopgemeenschap en de leveranciers) impliceren. In dat geval moeten eerst de horizontale overeenkomsten worden beoordeeld. Wanneer dit tot de conclusie leidt dat deze samenwerking tussen concurrenten aanvaardbaar is, moeten ook de verticale overeenkomsten worden onderzocht volgens de regels voor verticale overeenkomsten (zie paragraaf 3).⁹⁹
154. Er zijn twee markten waarvoor de gemeenschappelijke inkoop gevolgen kan hebben. Ten eerste de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft: de relevante inkoopmarkt. Bij gezamenlijke inkoop van geneesmiddelen door ziekenfondsen is dat de markt waartoe het gezamenlijke ingekochte geneesmiddel behoort. Ten tweede de verkoopmarkt, dat wil zeggen de markt waar de deelnemers aan de gezamenlijke inkoopovereenkomst als verkoper optreden. Bij een inkoopgemeenschap van ziekenfondsen voor geneesmiddelen is dat de markt voor de verkoop van ziekenfondsverzekeringen.
155. Samenwerkingsverbanden inzake gezamenlijke inkoop hebben in het algemeen niet tot doel de concurrentie te beperken. Deze samenwerkingsverbanden beogen de kosten voor inkoop te verlagen. Derhalve moet naar de gevolgen van de samenwerking worden gekeken.¹⁰⁰
156. Inkoopovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die ten minste op de inkoopmarkt met elkaar concurreren. Indien de ondernemingen op de verkoopmarkt geen concurrenten zijn, dan zal de inkoopsamenwerking zelden in strijd zijn met de Mw, tenzij de partijen een zeer sterke positie op de inkoopmarkt bezitten.¹⁰¹
157. Het uitgangspunt van de analyse is de 'afnemersmacht' van de partijen, dus de marktmacht waarover het inkoopsamenwerkingsverband beschikt op de inkoopmarkt. Het bestaan van afnemersmacht mag worden aangenomen wanneer een inkoopsamenwerkingsverband een voldoende groot aandeel van de totale inkopen op die markt voor zijn rekening neemt om de prijzen onder het concurrerende niveau te drukken of de toegang tot de markt voor concurrerende kopers af te sluiten. Dit kan uiteindelijk tot een niet-optimaal aanbod leiden.

158. Indien de partijen gezamenlijk ook marktmacht op de verkoopmarkt hebben, stemmen zij mogelijk hun gedrag op die markt af en worden de inkoopvoordelen niet doorgegeven aan de klanten op de verkoopmarkt. Dit kan worden vergemakkelijkt doordat de betreffende ondernemingen door de gezamenlijke inkoop in hoge mate gemeenschappelijke kosten hebben. De marktmacht op de verkoopmarkt kan bovendien worden versterkt doordat concurrenten op de inkoopmarkt moeilijkheden hebben doordat hun de toegang tot efficiënte aanbieders wordt beperkt.¹⁰²

159. Indien bijvoorbeeld 80% van de bestaande ziekenfondsen hun hele zorgbehoefte door gemeenschappelijke inkoop dekt, dan zal dat niet alleen tot grote marktmacht op de inkoopmarkt en eventueel te lage prijzen leiden, maar dan is bovendien het percentage van de gemeenschappelijke kosten zo hoog dat de concurrentie met betrekking tot de ziekenfondspremies op de verzekeringsmarkt in sterke mate wordt beperkt en de ziekenfondsen zich niet meer van elkaar onderscheiden. Ten slotte kan het voor ziekenfondsen die niet bij het samenwerkingsverband zijn aangesloten moeilijk worden om voldoende kwalitatief goede zorg in te kopen.

160. In het algemeen wordt aangenomen¹⁰³ dat het onwaarschijnlijk is dat de betreffende ondernemingen over marktmacht beschikken wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst zowel op de inkoopmarkt als op de verkoopmarkt minder dan 15% bedraagt. Bij een hoger marktaandeel moeten de gevolgen op de markt worden onderzocht en kan een ontheffingsverzoek in de rede liggen.

Voorbeeld 14

Een aantal zorgverzekeraars richt voor onbepaalde tijd joint venture X op die de belangen gaat behartigen van haar leden op het gebied van inkoop van geneesmiddelen voor ziekenfondsverzekerden. X verricht verschillende diensten ter ondersteuning van de zorgverzekeraars, onder meer op het gebied van kostenbeheersing, inkoop van zorg, managed care etc. Op de markt voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen hebben de betrokken zorgverzekeraars een gezamenlijk marktaandeel van 6% en op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen een marktaandeel van 4%.

Beoordeling:

De zorgverzekeraars bundelen hun krachten op de inkoopmarkt. Aangezien de marktaandelen zowel op de inkoopmarkt als op de markt voor het aanbieden van verzekeringen relatief laag zijn, is de concurrentiebeperking in dit geval niet merkbaar en is het kartelverbod niet van toepassing. Het aanvragen van een ontheffing is derhalve niet nodig.

161. Indien alle overige zorgverzekeraars met een inkoop samenwerkingsverband of de grootste verzekeraar afspreken dat zij dezelfde inkoopcontracten aan zullen gaan ('aanhaken' door zorgverzekeraars), dan heeft dit effecten die vergelijkbaar zijn met de situatie waarin alle ondernemingen gezamenlijk inkopen. Dit betekent dat er geen restconcurrentie meer bestaat en dat de laatste voorwaarde voor het verlenen van een ontheffing niet is vervuld (zie randnummer 28).

162. In de praktijk kan de situatie zich voordoen dat een zorgaanbieder aan een ziekenfonds aanbiedt om een contract te sluiten onder dezelfde voorwaarden als reeds door hem/haar met een ander ziekenfonds zijn afgesproken. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de zorgaanbieder niet bereid is om voor een gering aantal 'verre verzekerden' nog apart met een verzekeraar te onderhandelen. Indien hierover geen afstemming tussen de zorgverzekeraars onderling plaatsvindt, is er geen sprake van 'aanhaken' in voornoemde zin (ook al sluiten verzekeraars hierdoor met sommige zorgaanbieders identieke contracten af).
163. Wanneer de samenwerking niet werkelijk betrekking heeft op gemeenschappelijke inkoop, maar wordt gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten om verkoopprijzen te bepalen en/of markten te verdelen, dan is de overeenkomst altijd in strijd met het kartelverbod.

2.5.2 Erkenningsregelingen

164. Erkenningsregelingen zijn regelingen waarbij de activiteiten van ondernemingen worden getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria. Als de activiteiten van een onderneming aan die criteria voldoen, mag deze onderneming zich 'erkend' noemen. Eisen die worden gesteld in andersoortige kwaliteitsregelingen zoals certificeringregelingen (waarbij de certificering en de controle op de kwaliteitseisen geschieden door een onafhankelijke instantie), kwaliteitsregisters of kwaliteitsregelingen die deel uitmaken van statuten of van lidmaatschapscriteria van een beroepsvereniging, dienen aan dezelfde voorwaarden te voldoen als de voorwaarden voor erkenningsregelingen.¹⁰⁴
165. Erkenningsregelingen kunnen, door het zichtbaar en herkenbaar maken van kwaliteit, bijdragen aan een vergroting van de keuzemogelijkheden voor de afnemer en de kwaliteit van productie, dienstverlening en distributie bevorderen. De NMa beoordeelt dergelijke regelingen derhalve in beginsel positief.
166. Erkenningsregelingen kunnen echter ook de concurrentie beperken. Hierbij moeten drie situaties worden onderscheiden. Ten eerste kan een erkenningsregeling de concurrentie *tussen de deelnemers* beperken. Ten tweede kan een erkenningsregeling onder bepaalde omstandigheden door middel van toetredingsbelemmeringen de concurrentie beperken *tussen de deelnemers aan de erkenningsregeling en (potentiële) concurrenten*. Ten slotte kan een erkenningsregeling ook invloed hebben op de concurrentie op andere markten.
167. Erkenningsregelingen kunnen de concurrentie tussen de deelnemers aan de regeling beperken, doordat mededingingsbeperkende afspraken in de regeling zijn opgenomen.

Concurrentie tussen de deelnemers aan de erkenningsregeling

168. Indien in een erkenningsregeling mededingingsbeperkingen zijn opgenomen, moeten deze in beginsel aan de hand van dezelfde criteria beoordeeld worden als beperkingen in het kader van 'gewone' afspraken. Indien bijvoorbeeld als criterium voor erkenning is opgenomen dat tandtechnische laboratoria zich moeten houden aan de tariefadviezen van de erkennende organisatie, dan is dat een prijsafpraak en moet die volgens de criteria genoemd in paragraaf 2.2 worden beoordeeld.

Voorbeeld 15

Bij een erkenningsregeling van psychologen is 60% van de psychologen aangesloten. In deze erkenningsregeling is bepaald dat commerciële gedragingen die tot doel hebben de praktijkvoering van een aangesloten collega te ondermijnen, niet zijn toegestaan.

Beoordeling:

Deze bepaling in de erkenningregeling is zo algemeen geformuleerd, dat daar ook normaal concurrentiegedrag onder kan vallen, zoals het accepteren van patiënten die met de behandeling door een collega-psycholoog niet tevreden zijn en daarom over willen stappen. Indien de toepassing van deze bepaling ertoe leidt dat de concurrentie tussen de deelnemers wordt beperkt, is ze in strijd met de Mw.¹⁰⁵

Concurrentie tussen de deelnemers en (potentiële) concurrenten

169. Ten tweede kan een erkenningsregeling die een factor van belang is geworden in de markt, de concurrentie beperken door potentiële toetreders op ongerechtvaardigde gronden buiten te sluiten.¹⁰⁶ In het geval dat zorgaanbieders zonder erkenning niet in aanmerking komen voor een medewerkersovereenkomst met een ziekenfonds, zouden bijvoorbeeld erkende zorgaanbieders de erkenningsregeling kunnen gebruiken om de markt voor zichzelf te behouden. In dit verband geldt dat van erkenningsregelingen waarbij de deelnemers een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20% hebben, in het algemeen niet een dergelijk mededingingsbeperkend effect kan uitgaan.

170. Het is inherent aan een erkenningsregeling dat ondernemingen die niet aan de kwaliteitseisen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de erkenningsregeling. De concurrentie kan alleen worden beperkt, indien zorgaanbieders of zorgverzekeraars op basis van oneigenlijke – dus niet op kwaliteit gebaseerde – redenen van deelname worden uitgesloten. Daarvan zal echter geen sprake zijn als aan de volgende toelatingseisen is voldaan en als deze eisen in de praktijk ook zo worden toegepast:¹⁰⁷

- **Open en objectief**

De erkenningsregeling moet een open karakter hebben en toegankelijk zijn voor iedereen die aan de voorwaarden voldoet. Ook niet-leden van een branche- of beroepsvereniging moeten derhalve kunnen worden erkend.¹⁰⁸ Indien een vereniging heeft geïnvesteerd in het opzetten van de erkenningsregeling of daar belangrijke (bijvoorbeeld administratieve) werkzaamheden voor verricht, dan kan het gerechtvaardigd zijn dat in de kosten voor deelname aan de regeling onderscheid wordt gemaakt tussen leden en niet-leden.¹⁰⁹ Er mogen uitsluitend objectieve kwaliteitseisen gesteld worden die bijdragen aan het doel van de erkenningsregeling. Bovendien moeten door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen geaccepteerd worden, de erkenningsregeling moet derhalve ook diploma's of certificaten van vergelijkbaar niveau aanvaarden ('dispensatie-eis').

- **onafhankelijk**

De besluitvorming over de toelating tot de erkenningsregeling dient op onafhankelijke wijze te geschieden. Dit betekent dat de erkenningsregeling moet voorzien in een onafhankelijke beslissing over toelating. Dit kan zijn bij de eerste beoordeling of, nadat een erkenning is geweigerd, in beroep. Hetzelfde geldt voor schorsing of opzegging van het lidmaatschap. De onafhankelijkheid moet zijn gewaarborgd in de samenstelling van het toetsende orgaan.

- **duidelijk en transparant**

Het moet voor iedereen vóóraf duidelijk zijn aan welke eisen moet worden voldaan en ook de toelatingsprocedure moet transparant zijn. Afwijzingen moeten deugdelijk worden gemotiveerd.

171. Ten slotte kan een erkenningsregeling indirect ertoe leiden dat de concurrentie op derde markten wordt beperkt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de lidmaatschapscriteria eisen dat de deelnemers producten of diensten (bijvoorbeeld grondstoffen of opleidingen) bij een bepaalde onderneming inkopen. Dit heeft namelijk invloed op de concurrentie op die markt. Ook dit zal in het algemeen pas een merkbare concurrentiebeperking opleveren indien de deelnemers aan de erkenningsregeling als inkopers op die markt gezamenlijk een marktaandeel van meer dan 20% hebben.

172. Indien de erkenningsregeling alleen bepaalt dat de in te kopen goederen of diensten aan bepaalde objectieve kwaliteitscriteria moeten voldoen, dan zal dit in beginsel geen concurrentiebeperking opleveren.

Concurrentie op andere markten

Een beroepsvereniging van homeopaten wil de kwaliteit van de zorgaanbieders verhogen en stelt daarom in haar statuten als voorwaarde voor lidmaatschap dat nieuwe leden een door een aan de beroepsvereniging gelieerd opleidingsinstituut aangeboden vakbekwaamheidskursus doorlopen. Verder moeten nieuwe leden bereid zijn om aan een 'klachtenregeling' deel te nemen. Veel ziekenfondsen hanteren als contracteringsvoorwaarde dat de homeopaat is aangesloten bij deze regeling. Circa 80% van de homeopaten is bij de regeling aangesloten.

Beoordeling:

Het lidmaatschap van de vereniging is een belangrijke voorwaarde om te kunnen concurreren op de markt, omdat deelname aan deze regeling voor homeopaten van wezenlijk belang is voor het kunnen afsluiten van medewerkersovereenkomsten met ziekenfondsen. Dit wordt ook weerspiegeld in het hoge marktaandeel van de leden van de vereniging. De lidmaatschapscriteria moeten derhalve voldoen aan de bovengenoemde eisen van openheid en objectiviteit, onafhankelijkheid, duidelijkheid en transparantie. De erkenningsregeling zelf en de lidmaatschapscriteria bevatten geen overeenkomsten of criteria die de concurrentie tussen de deelnemers beperken. De eis om aan de klachtenregeling deel te nemen wordt wel beschouwd als een objectieve kwaliteitseis en is daarom toegestaan. De eis dat een bepaalde opleiding gevolgd moet zijn, is eveneens onder de Mw toegestaan. De eis dat deze cursus bij een bepaald opleidingsinstituut moet worden gevolgd, gaat echter verder dan noodzakelijk, is niet objectief en voldoet niet aan de dispensatie-eis: deze voorwaarde kan leiden tot uitsluiting van homeopaten die een gelijkwaardige cursus bij een ander instituut hebben gevolgd. Mogelijk heeft deze eis mededingingsbeperkende gevolgen op de markt voor opleidingen.

Voorbeeld 16

2.5.3 Conclusie

173. In paragraaf 2.5 zijn twee vormen van afspraken besproken die onder het kartelverbod kunnen vallen en waarvoor geen groepsvrijstelling bestaat: gemeenschappelijke inkoop en erkenningsregelingen. Voor beide categorieën geldt dat zij de concurrentie alleen dan merkbaar beperken als de betrokken ondernemingen een belangrijke positie op de markt innemen. Bovendien is het eventueel mogelijk om een ontheffing te verkrijgen.
174. Gemeenschappelijke inkoop kan gevolgen hebben voor de markt van het ingekochte product en voor de markt waarop de gezamenlijk inkopende ondernemingen hun goederen of diensten verkopen. In het algemeen kan men ervan uitgaan dat gemeenschappelijke inkoop de concurrentie niet merkbaar beperkt indien de partijen een marktaandeel hebben van niet meer dan 15% op zowel de inkoopmarkt als de verkoopmarkt.
175. Erkenningsregelingen kunnen bijdragen aan een vergroting van de keuzemogelijkheden voor de afnemer en de kwaliteit van productie, dienstverlening en distributie bevorderen. Indien de erkenningsregeling leidt tot concurrentiebeperkingen tussen de deelnemers, moeten deze op dezelfde manier worden beoordeeld als beperkingen in het kader van 'gewone' afspraken. Indien aan de voorwaarden van openheid en objectiviteit, onafhankelijkheid, duidelijkheid vóóraf en transparantie wordt voldaan, dan zal een erkenningsregeling geen mededingingsbeperking door de uitsluiting van concurrenten op oneigenlijke gronden opleveren.

Verticale afspraken in de zorgsector

3.1 Inleiding

176. Niet alleen horizontale afspraken zijn mogelijk. Ook ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende niveaus van een bedrijfskolom kunnen met elkaar afspraken maken.
177. In dergelijke verticale afspraken kunnen beperkingen zijn opgenomen waardoor de concurrentie tussen één van de partijen en diens concurrenten wordt beperkt. Bijvoorbeeld op het moment dat apotheker A zich verplicht om bepaalde geneesmiddelen de komende drie jaar alleen bij groothandel B in te kopen, heeft dat effect op de concurrentie tussen B en de andere groothandels.
178. Verticale afspraken kunnen daarom onder het kartelverbod vallen. Ook verticale afspraken kunnen eventueel gebruik maken van de zogenaamde bagatelvoorziening van artikel 7 Mw.¹¹⁰ Voor bepaalde overeenkomsten geldt een groepsvrijstelling (zie paragraaf 3.3), mits er in de overeenkomsten geen zogenaamde 'hard-core restricties' zijn opgenomen (zie paragraaf 3.2). Hieronder wordt tevens het uitbesteden van het onderhandelen aan een onafhankelijke derde (zie paragraaf 3.4.2) en het opstellen van voorkeurslijsten (zie paragraaf 3.4.3) besproken.

3.2 Niet toegestane vormen van verticale afspraken

179. Bij verticale overeenkomsten bestaan er, net als bij horizontale overeenkomsten,¹¹¹ afspraken die volgens vaste rechtspraak¹¹² tot doel hebben de concurrentie te beperken. Deze afspraken vallen – uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – altijd onder het kartelverbod. De NMa gaat er bovendien van uit dat dergelijke afspraken de concurrentie merkbaar beperken; zij hoeft de gevolgen ervan op de desbetreffende markt dan ook niet nader te onderzoeken. Het is aan de onderneming in kwestie om aan te tonen dat er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.¹¹³

180. Dit geldt met name voor:¹¹⁴

181. Verticale prijsbinding betekent dat verkoper en afnemer een overeenkomst sluiten waarin aan de afnemer direct of indirect een vaste of minimum wederverkoop prijs op wordt gelegd. Bijvoorbeeld een producent van hulpmiddelen verplicht de groothandel om de hulpmiddelen niet beneden een bepaalde prijs te verkopen.

Verticale prijsbinding

182. Absolute gebiedsbescherming is een verticale afspraak die de afnemers van een product verbiedt buiten de hen toegewezen regio te verkopen, zelfs indien zij zonder verkoopinspanning door een afnemer worden benaderd. Eventueel wordt aan de kopers ook de verplichting opgelegd dit verkoopverbod op te leggen aan hun afnemers. Absolute gebiedsbescherming heeft tot gevolg dat de afnemers tegen onderlinge concurrentie worden beschermd. Bijvoorbeeld een producent van computersoftware verplicht zijn distributeurs om zijn programma's onder alle omstandigheden slechts te verkopen aan zorgaanbieders die binnen de hun toebedeelde regio zijn gevestigd.

Absolute gebiedsbescherming¹¹⁵

- Absolute klantenbescherming** 183. Absolute klantenbescherming betekent dat de verticale afspraak afnemers verbiedt aan bepaalde categorieën klanten te verkopen, zelfs indien zij zonder verkoopinspanning door een afnemer worden benaderd.¹¹⁶ Ook dit heeft tot gevolg dat de afnemers tegen onderlinge concurrentie worden beschermd. Bijvoorbeeld een rolstoelfabrikant laat zijn producten door groothandel A aan ziekenhuizen verkopen en door groothandel B aan verpleeghuizen en legt aan beide ondernemingen de verplichting op om onder geen omstandigheden aan andere afnemers dan de hen toegewezen klantenkring te leveren.
184. Dergelijke afspraken sluiten de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten uit en komen normaal gesproken niet voor ontheffing in aanmerking. Zie ook voorbeeld 18.
- Conclusie** 185. Verticale afspraken zijn afspraken tussen ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende niveaus van een bedrijfskolom. Sommige verticale afspraken hebben tot doel de concurrentie te beperken en vallen in beginsel altijd onder het kartelverbod. Dit geldt voor verticale prijsbinding, absolute gebiedsbescherming en absolute klantenbescherming. Deze afspraken leiden ertoe dat onderlinge concurrentie tussen afnemers zo goed als uitgesloten wordt.

3.3 Vormen van verticale afspraken waarvoor een groepsvrijstelling geldt

186. De groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten¹¹⁷ betreft verticale afspraken die handelen over ‘de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen’. De vrijstelling is ook van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend betrekking hebben op de Nederlandse markt. De voorwaarden voor vrijstelling worden behandeld in randnummers 189-190.

187. Typische voorbeelden van overeenkomsten die onder bepaalde voorwaarden onder de groepsvrijstelling vallen, zijn:

- **Niet-concurrentiebeding**¹¹⁸
De afnemer verplicht zich om geen concurrerende producten te verkopen, dan wel om meer dan 80% van zijn totale inkopen van de contractgoederen of –diensten en substituten daarvan bij de leverancier of bij een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken. Bijvoorbeeld een audicien verplicht zich tegenover een producent van hoortoestellen om alleen diens merk te verkopen.
- **Alleenverkoop**
De leverancier verplicht zich ertoe in een bepaald gebied zijn producten slechts aan één distributeur met het oog op de wederverkoop te verkopen.¹¹⁹ Bijvoorbeeld een farmaceutisch producent laat een bepaald geneesmiddel in Zuid-Nederland door slechts één groothandel verkopen.
- **Klantenexclusiviteit**
De leverancier verplicht zich ertoe zijn producten slechts aan één distributeur te verkopen met het oog op wederverkoop aan een bepaalde categorie van klanten. Bijvoorbeeld een producent van incontinentieluiers wijst groothandel A aan voor de verkoop van zijn producten aan openbare apotheken en groothandel B voor de verkoop van zijn producten aan ziekenhuizen.
- **Selectieve distributie**
De leverancier verplicht zich ertoe de producten slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van tevoren vastgestelde criteria zijn geselecteerd. Deze distributeurs mogen op hun beurt alleen aan erkende distributeurs verkopen. Bijvoorbeeld een producent van brillen laat zijn producten alleen door opticiens verkopen die aan bepaalde opleidings- en presentatiecriteria voldoen.
- **Franchising**
De franchisegever verleent aan franchisenemers licenties op intellectuele eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en knowhow voor het gebruik en de verkoop van goederen of diensten en verleent tevens commerciële of technische bijstand. In de overeenkomst is meestal een combinatie van verticale beperkingen opgenomen aangaande de producten die worden verkocht. Een voorbeeld voor een franchiseovereenkomst is dat franchisegever met een groep apothekers een licentieovereenkomst sluit met betrekking tot emblemen, de opzet van de apotheek, speciale dienstverlening aan de klanten en knowhow voor het gebruik van het automatiserings-systeem. De franchisegever verstrekt commerciële of technische bijstand. Tevens is de verticale beperking opgenomen dat de apothekers zich verplichten om bepaalde grondstoffen voor de eigen bereidingen alleen bij de franchisegever te betrekken.

Voorbeelden van verticale afspraken die onder de vrijstelling vallen

Gevolgen van verticale afspraken

188. De Europese Commissie heeft de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten vastgesteld omdat zij erkent dat verticale concurrentiebeperkingen in het algemeen minder schadelijk zijn dan horizontale beperkingen.¹²⁰ Zij kunnen positieve effecten hebben, met name door de niet-prijsconcurrentie te bevorderen en de dienstverlening te verbeteren. De richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Commissie geven dan ook aan dat de meeste verticale beperkingen alleen tot mededingingsproblemen kunnen leiden wanneer er sprake is van een zekere mate van marktmacht op het niveau van de leverancier, de afnemer of beide.¹²¹

Voorwaarden van de groepsvrijstelling

189. De groepsvrijstelling stelt verticale overeenkomsten vrij van het kartelverbod, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. De belangrijkste voorwaarde is dat het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt niet meer dan 30% mag bedragen. De achterliggende gedachte is dat in het algemeen alleen een leverancier met marktmacht door middel van dergelijke overeenkomsten de concurrentie kan beperken. Bovendien mag een niet-concurrentiebeding niet langer duren dan vijf jaar en niet van onbepaalde duur zijn.¹²²

Voorbeeld 17

Een producent van hulpmiddelen X sluit met een apotheek A een afnamecontract voor 3 jaar. In dit contract is eveneens vastgelegd dat A 90% van haar hulpmiddeleninkoop bij X moet betrekken. In ruil voor deze verplichting krijgt de apotheek een extra korting van 2%. Het marktaandeel van X in Nederland bedraagt 23%.

Beoordeling:

Deze afspraak is een niet-concurrentiebeding in de zin van de Europese groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen. De afspraak voldoet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling: de duur van het niet-concurrentiebeding is minder dan vijf jaar en het marktaandeel van de leverancier is lager dan 30%. Ten slotte zijn er geen andere concurrentiebeperkingen in het contract opgenomen. De overeenkomst is derhalve automatisch van het kartelverbod vrijgesteld.

190. Ten slotte is de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling uitgesloten indien in de verticale overeenkomst bepaalde 'hard-core' restricties opgenomen zijn. Zie hiervoor paragraaf 3.2.

Voorbeeld 18

Een producent van hulpmiddelen verkoopt in Nederland zijn producten via de groothandel. Hij heeft hiervoor Nederland in vier regio's ingedeeld. Vier groothandels krijgen elk één regio voor alleenverkoop toegedeeld. De groothandels mogen in geen enkel geval leveren aan apothekers die gevestigd zijn in een regio die aan een andere groothandel is toebedeeld. Dit is zelfs niet toegestaan als zij zonder enige verkoopinspanning door apotheken of thuiszorgwinkels uit andere regio's worden benaderd.

Beoordeling:

Een dergelijk distributiesysteem valt niet onder de groepsvrijstelling. De vrijstelling is namelijk niet van toepassing op afspraken die tot absolute gebiedsbescherming leiden. Het is wel toegestaan om aan de groothandels te verbieden geen actieve verkoopinspanningen te doen in het gebied dat aan een andere groothandel is toegedeeld. Het is echter niet toegestaan om ook te verbieden te leveren in gevallen waarin de klanten de groothandel zelf benaderen: dergelijke 'passieve' verkopen moeten altijd worden toegestaan, anders is er sprake van absolute gebiedsbescherming.

191. Indien er parallelle netwerken bestaan van door concurrerende leveranciers of afnemers aangegane soortgelijke overeenkomsten (restricties die hetzelfde effect op de markt hebben), dan is het mogelijk dat door het cumulatieve effect van deze overeenkomsten de concurrentie merkbaar wordt beperkt, zelfs indien deze afspraken afzonderlijk de mededinging niet merkbaar beperken. In dergelijke gevallen kan de groepsvrijstelling worden ingetrokken.¹²³

192. Er bestaat een groepsvrijstelling die alle verticale overeenkomsten omvat. Deze vrijstelling is van toepassing indien de leverancier een marktaandeel heeft van niet meer dan 30%. Bovendien mogen er geen clausules worden opgenomen die tot verticale prijsbinding, absolute gebiedsbescherming of absolute klantenbescherming leiden en mogen bepaalde soorten afspraken niet langer dan voor vijf jaar worden afgesloten.

Conclusie

3.4 Beoordeling van overige vormen van verticale afspraken

3.4.1 Algemene mogelijkheid voor ontheffing

193. Indien een verticale mededingingsbeperking niet onder de groepsvrijstelling valt, bijvoorbeeld omdat de marktaandelen van de betrokken ondernemingen te hoog zijn, betekent dat niet per definitie dat ze in strijd is met het kartelverbod of dat ze niet in aanmerking komt voor een individuele ontheffing.¹²⁴ De verticale overeenkomsten moeten in hun economische context worden beoordeeld en individueel aan het kartelverbod worden getoetst. Nagegaan moet worden of de overeenkomsten, als zij inderdaad de concurrentie beperken, toch kunnen voldoen aan de voorwaarden voor ontheffing. In beginsel wordt geen ontheffing verleend voor een verticale beperking wanneer een onderneming een economische machtspositie inneemt of ten gevolge van de verticale overeenkomst een economische machtspositie verwerft.¹²⁵

Voorbeeld 19

Een farmaceutische producent X sluit met ziekenhuis A een afnamecontract voor 7 jaar. In dit contract is vastgelegd dat A ten minste 75% van haar inkoop van een bepaald geneesmiddel bij X moet betrekken. Verder is vastgelegd dat A een eventueel gunstiger aanbod van een andere producent altijd aan X moet voorleggen en dit slechts mag aanvaarden wanneer X hem niet een even gunstig aanbod doet. Dergelijke clausules komen in 75% van de contracten van X met zorginstellingen voor. Het marktaandeel van X bedraagt 45%. Zijn belangrijkste concurrenten hebben een marktaandeel van 20%, 15% en 10%. Andere producenten hebben een marktaandeel van minder dan 5%.

Beoordeling:

De overeenkomst is een 'verticale overeenkomst' in de zin van de groepsvrijstelling. De groepsvrijstelling is niet van toepassing, aangezien het marktaandeel van X hoger is dan 30%. De overeenkomst moet derhalve individueel worden getoetst. De minimale afname van 75% gecombineerd met de verplichting om elk gunstiger aanbod aan X voor te leggen kan effecten hebben die vergelijkbaar zijn met een niet-concurrentiebeding zoals gedefinieerd in de groepsvrijstelling (zie randnummer 186). Een vrij groot gedeelte van de ziekenhuizen is op deze manier aan X gebonden. Hier komt bij dat X door de verplichting om betere aanbiedingen van concurrenten aan hem voor te leggen inzicht krijgt in de marktstrategieën van zijn concurrenten. Dit kan zelfs horizontale afstemming vereenvoudigen. Aangezien de marktpositie van X met een marktaandeel van 45% vrij sterk is, zal onderzocht moeten worden of deze overeenkomst inderdaad de concurrentie beperkt en onder het kartelverbod valt. Indien de afspraak in strijd is met het kartelverbod, moet X de afspraak voor ontheffing aanmelden en aantonen dat de ontheffingsvoorwaarden vervuld zijn.

3.4.2 Zorgmakelaar

194. Indien een zorgaanbieder niet zelf met de zorgverzekeraars wil onderhandelen, dan kan hij dat ook opdragen aan een derde, een 'zorgmakelaar'.¹²⁶ Het contract tussen zorgaanbieder en zorgmakelaar is een verticale overeenkomst. Het feit dat de zorgaanbieder het onderhandelen aan een derde uitbestedt, levert op zich geen concurrentiebeperking op. Dit kan wel het geval zijn, als de zorgmakelaar voor meerdere zorgaanbieders onderhandelt en dit indirect leidt tot afstemming tussen deze zorgaanbieders. In feite werken de verticale overeenkomsten tussen zorgmakelaar en zorgaanbieder(s) dan uit als een horizontale overeenkomst.
195. Als de zorgmakelaar alleen zorgaanbieders vertegenwoordigt die geen concurrenten van elkaar zijn, bijvoorbeeld een huisarts en een fysiotherapeut of huisartsen die in verschillende gebieden zijn gevestigd en namens deze zorgaanbieders onderhandelt, dan is dit niet in strijd met het kartelverbod.
196. Een makelaar kan in principe ook zorgaanbieders vertegenwoordigen die wél concurrenten van elkaar zijn, maar dan moet wel aan aanvullende voorwaarden zijn voldaan:
- De makelaar moet uitdrukkelijk voor elke zorgaanbieder of voor elk toegestaan samenwerkingsverband (zie met name randnummers 112, 116 en 142-143)¹²⁷ apart onderhandelen. Dit betekent niet dat de makelaar niet tijdens één bijeenkomst met een verzekeraar mag onderhandelen voor verschillende (groepen) zorgaanbieders die hij vertegenwoordigt; het gaat erom dat deze (groepen) zorgaanbieders niet als één geheel worden beschouwd in de onderhandelingen. Dit betekent tevens dat het niet de bedoeling is dat de zorgmakelaar zich actief bemoeit met het commerciële gedrag van de (groepen) zorgaanbieders die hij vertegenwoordigt. Een zorgmakelaar vertegenwoordigt slechts hun standpunten en heeft in die zin een passieve rol.
 - De vertegenwoordiging mag niet leiden tot een horizontale informatie-uitwisseling en/of tot een horizontale afstemming van gedrag tussen de zorgaanbieders. Dit betekent onder meer dat een belangenorganisatie niet als makelaar mag optreden. Een belangenorganisatie kan zowel ten opzichte van de individuele zorgaanbieder als ten opzichte van het ziekenfonds niet als een 'onafhankelijke derde' worden beschouwd.¹²⁸ Het belang van de collectiviteit van de leden is op deze manier onvoldoende gescheiden van het belang van het individuele lid, waardoor onderlinge afstemming tussen de individuele leden waarschijnlijk wordt.
197. Indien de verhouding tussen de zorgmakelaar en de zorgaanbieders die hij vertegenwoordigt aan deze voorwaarden voldoet, dan valt de onderhandeling door een zorgmakelaar niet onder het kartelverbod.

3.4.3 Voorkeurslijsten voor hulpmiddelen en geneesmiddelen

- Inleiding**
198. Voorkeurslijsten worden op dit moment met name ingezet met betrekking tot hulpmiddelen en geneesmiddelen (een zogenaamd ‘geneesmiddelen-formularium’). Een voorkeurslijst geeft aan welk merk of welke merken van een bepaald hulpmiddel of welke (merken) geneesmiddelen met voorrang moeten worden aangeboden aan de verzekerden.
199. In de praktijk zijn verschillende vormen van voorkeurslijsten denkbaar. De voorkeurslijst kan door een verzekeraar zijn opgesteld of door een zorginstelling. De voorkeurslijst kan een vrijblijvend advies aan de zorgaanbieders zijn of een verplichting opleggen waaraan sancties verbonden zijn. In de voorkeurslijst kan één merk opgenomen zijn, maar het komt ook voor dat de keuze tussen twee of meer merken wordt gegeven. Een geneesmiddelen-formularium kan stofnamen of merknamen van geneesmiddelen bevatten. Bovendien is het mogelijk dat een zorgverzekeraar of een ziekenhuis zich er door middel van afspraken met de leverancier toe verplicht om een bepaald hulpmiddel of geneesmiddel voor een bepaalde tijd in de voorkeurslijst op te nemen. Het kan echter ook zo zijn dat de zorgverzekeraar of de instelling zelfstandig en zonder contract met een leverancier zijn keuze voor hulpmiddelen bepaalt. Ten slotte komen voorkeurslijsten vaak door middel van een aanbesteding tot stand, maar ook andere vormen zijn denkbaar.
200. Ziekenfondsen zijn op grond van de Ziekenfondswet verplicht te zorgen voor voldoende en kwalitatief hoogwaardige zorg. Kosten van hulp- en geneesmiddelen hebben een effect op hun commercieel resultaat. De verzekerde daarentegen draagt meestal de kosten van het hulp- of geneesmiddel niet zelf en heeft daarom minder belangstelling voor de prijs van het desbetreffende hulp- of geneesmiddel. Bovendien vindt zonder actieve opstelling van de zorgverzekeraars in de huidige situatie van financiering van geneesmiddelen geen prijsconcurrentie, maar margeconcurrentie plaats. Een verzekeraar wil derhalve merken selecteren die de beste prijs-kwaliteitverhouding kunnen bieden. Een formularium kan de prijsconcurrentie stimuleren, doordat een zorgverzekeraar en zorgaanbieders keuzes maken op basis van de kwaliteit-prijsverhouding.
201. Aangezien zoveel verschillende vormen van voorkeurslijsten en formularia bestaan, is het niet mogelijk om hier een uitputtende beschrijving van de mededingingsrechtelijke beoordeling te geven. Bovendien zijn de effecten op de markt afhankelijk van de specifieke omstandigheden. De beschrijving blijft dan ook beperkt tot een aantal algemene richtlijnen.
- Effecten op de concurrentie**
202. Er kunnen mededingingsrechtelijke problemen ontstaan, indien de leveranciers van hulpmiddelen of geneesmiddelen sterk in hun afzetmogelijkheden worden beperkt, omdat leveranciers die niet op die voorkeurslijst staan niet aan de patiënten van die verzekeraar kunnen leveren. Mededingingsrechtelijke problemen kunnen ook ontstaan in een situatie van cumulatieve toepassing van voorkeurslijsten: dit kan marktverdeling onder aanbieders vergemakkelijken, omdat door een parallelle toepassing van voorkeurslijsten de marktposities van de leveranciers van hulp- of geneesmiddelen worden bevroren.¹²⁹

203. De effecten van een dergelijke voorkeurslijst op de markt voor de inkoop van hulpmiddelen of geneesmiddelen zijn in bepaalde mate vergelijkbaar met de effecten van een niet-concurrentiebeding (zie randnummer 187). In een voorkeurslijst zijn echter vaak meerdere producten opgenomen, zodat er meer restconcurrentie is dan bij een absoluut niet-concurrentiebeding waarbij de afnemer alleen geneesmiddelen of hulpmiddelen van één producent betreft.

204. Indien de voorkeurslijst in feite tot stand komt doordat de verzekeraar met leveranciers van hulpmiddelen een verticale overeenkomst sluit in de zin van de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten¹³⁰ en die tot uitvoering brengt door het desbetreffende product in de voorkeurslijst op te nemen, dan zal deze groepsvrijstelling van toepassing zijn. Dit betekent dat eventuele concurrentiebeperkingen in de onderliggende verticale afspraak (zoals exclusiviteitsafspraken) en dus de voorkeurslijst zijn vrijgesteld van het kartelverbod, indien de leverancier van hulpmiddelen die op de voorkeurslijst staat een marktaandeel heeft van minder dan 30%. Indien de onderliggende verticale overeenkomst onder de definitie van een niet-concurrentiebeding (zie randnummer 187) in de groepsvrijstelling valt, mag de looptijd van deze overeenkomst niet langer zijn dan 5 jaar. Bovendien mogen er geen 'hard-core-restricties' in de onderliggende verticale afspraken zijn opgenomen, zoals verticale prijsbinding of absolute gebiedsbescherming (zie randnummers 179-184).

Voorkeurslijsten en de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (marktaandeel leverancier < 30%)

Zorgverzekeraar A besluit om de inkoop van elastische kousen meer te sturen. A heeft een marktaandeel van 15% op de inkoopmarkt. Hij wil één merk op de voorkeurslijst plaatsen en de apotheken in de medewerkersovereenkomst verplichten om aan zijn verzekerden in ten minste 90% van de gevallen dit merk af te leveren. De keuze voor dit merk wordt genomen op basis van een aanbesteding: de producenten moeten een bod doen om voor de duur van twee jaar op deze lijst te komen. A kiest op basis van de prijs-kwaliteitverhoudingen tussen de verschillende aanbiedingen. De aanbesteding wordt gewonnen door leverancier X, die een marktaandeel van 28% op de markt voor elastische kousen heeft. A en X sluiten een exclusieve overeenkomst waarin wordt bepaald dat het product van X voor twee jaar exclusief op de voorkeurslijst wordt geplaatst.

Voorbeeld 20

Beoordeling:

Aan deze voorkeurslijst ligt een exclusiviteitsafpraak ten grondslag. De afspraak tussen A en X valt onder de definitie van niet-concurrentiebeding van de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. A verplicht zich namelijk tegenover X om, door middel van de voorkeurslijst, ervoor te zorgen dat hij (indirect via de apothekers) ten minste 90% van zijn totale inkoop van elastische kousen bij X zal betrekken. Het marktaandeel van leverancier X is kleiner dan 30% en er zijn geen absoluut verboden restricties overeengekomen (zie paragraaf 3.2). Het niet-concurrentiebeding duurt minder dan vijf jaar. De exclusiviteitsafpraak tussen A en X en het opnemen van de voorkeurslijst in de medewerkersovereenkomsten met de apothekers valt derhalve onder deze groepsvrijstelling en hoeft niet voor ontheffing te worden aangemeld.

Individuele toetsing van voorkeurslijsten

205. Indien op de voorkeurslijst ook producten van leveranciers zijn opgenomen, die een marktaandeel hebben van meer dan 30%, dan valt de voorkeurslijst niet onder de groepsvrijstelling. Dit betekent niet automatisch dat de voorkeurslijst dan verboden is.¹³¹ Een voorkeurslijst waarop een leverancier is opgenomen die een marktaandeel heeft van meer dan 30% maar die niet over een economische machtspositie (zie randnummer 215-217) beschikt, zal in het algemeen niet in strijd zijn met het kartelverbod, indien het marktaandeel van de partij die de voorkeurslijst hanteert (dus de verzekeraar of het ziekenhuis) op de inkoopmarkt niet groter is dan 30%¹³² en de voorkeurslijst ten minste om de twee jaar wordt herzien.

206. Zelfs het opnemen van een product van een leverancier met een economische machtspositie op een voorkeurslijst leidt niet automatisch tot een concurrentiebeperking. Andere aanbieders moeten echter wel de mogelijkheid hebben om regelmatig om een plaats op de voorkeurslijst te concurreren. Het is derhalve in het algemeen niet in strijd met het kartelverbod indien een zorgverzekeraar of ziekenhuis met een marktaandeel van minder dan 30% (zie voetnoot 132) een product van een leverancier met een economische machtspositie op een voorkeurslijst zet, mits deze voorkeurslijst om de twee jaar wordt herzien. In alle andere gevallen moet een ontheffing worden aangevraagd.

207. Ongeacht de mate van marktmacht van de leverancier of van de partij die de voorkeurslijst hanteert, mag een voorkeurslijst in het algemeen niet voor een periode van meer dan vijf jaar worden opgesteld.¹³³

208. De NMa houdt verder rekening met cumulatieve effecten van naast elkaar bestaande netwerken van voorkeurslijsten. Deze effecten kunnen ervoor zorgen dat overeenkomsten die individueel niet onder het kartelverbod zouden vallen, in samenhang alsnog de concurrentie merkbaar beperken.

209. Overigens kan het opstellen van een formularium of een voorkeurslijst onder bepaalde omstandigheden ook in gevallen waar geen verticale overeenkomst bestaat tussen de zorgverzekeraar enerzijds en de leverancier van geneesmiddelen of hulpmiddelen anderzijds tot uitsluitingseffecten op de markt voor geneesmiddelen of hulpmiddelen leiden.

210. De NMa heeft tot nu toe alleen een besluit genomen waar dat niet het geval is: De NMa heeft vastgesteld¹³⁴ dat het Formularium Kennemerland de concurrentie niet merkbaar beperkt, aangezien het betrekking heeft op minder dan vijf procent van de Nederlandse verzekerden, aan huisartsen en apothekers niet dwingend opgelegd is en bovendien alleen stofnamen bevat.

Voorkeurslijsten gekoppeld aan horizontale afspraken

211. Soms zijn aan het tot stand komen van de voorkeurslijst ook horizontale aspecten verbonden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien meerdere verzekeraars gezamenlijk een aanbesteding voor een voorkeurslijst opstellen, indien meerdere verzekeraars in het kader van een Farmacotherapeutisch overleg (FTO) met de zorgaanbieders afspraken over een geneesmiddelenformularium maken of indien ziekenhuizen gezamenlijk een intramuraal geneesmiddelenformularium opstellen. Indien een

voorkeurslijst op deze manier gekoppeld is met horizontale afspraken, dan moeten eerst de horizontale overeenkomsten worden beoordeeld. Slechts indien deze beoordeling gunstig uitvalt, is een beoordeling van de verticale overeenkomsten relevant.¹³⁵

212. De horizontale effecten kunnen als volgt worden weergegeven. Indien verschillende zorgverzekeraars gezamenlijk één formularium ontwerpen, kan dat consequenties hebben op de markt voor de verkoop van ziekenfonds-verzekeringen, dan wel particuliere ziektekostenverzekeringen. Bovendien ontwerpen ziekenhuizen vaak gezamenlijk formularia. Aangezien genees-middelenkosten een belangrijk gedeelte van de kosten van een ziekenhuis kunnen uitmaken, kan dit de concurrentie tussen ziekenhuizen beperken voorzover die concurrentie al mogelijk zou zijn (zie paragraaf 1.4.3).

3.4.4 'Preferred provider'

213. Er kunnen ook verticale afspraken met betrekking tot zorgaanbieders bestaan, die enigszins lijken op voorkeurslijsten, bijvoorbeeld zogenaamde 'preferred provider' overeenkomsten (zie onderstaand voorbeeld). Dezelfde basisbeginselen zijn hier van toepassing: dergelijke overeenkomsten kunnen de efficiency verhogen en vormen alleen dan een gevaar voor de mededinging indien sprake is van marktmacht aan de kant van de aanbieder en de overeenkomst leidt tot uitsluiting van concurrenten of tot een vergroting van de mogelijkheden tot horizontale afstemming (voor een uitgebreide beoordeling zie randnummers 202-212).

Een ziekenfonds heeft in een bepaalde regio een marktaandeel van 70%. Hij biedt aan zijn verzekerden in die regio twee verschillende pakketten aan: een 'normaal' pakket en een pakket tegen een gereduceerde premie waarbij de verzekerden zijn verplicht uitsluitend naar zorgaanbieders te gaan die op een lijst van 'preferred providers' staan. Het ziekenfonds heeft deze zorgaanbieders gekozen op basis van hun prestaties in het verleden, bijvoorbeeld het voorschrijfgedrag of op basis van hun bereidheid om een lager tarief te accepteren in ruil voor een plaats op deze lijst van 'preferred providers'. In het kader van de medewerkerovereenkomsten met de 'preferred provider' is ook afgesproken dat niet meer dan een bepaald percentage van de zorgaanbieders in de stad op deze lijst mag staan.

Beoordeling:

Een dergelijke afspraak moet per beroepsgroep in haar economische context worden beoordeeld. In het algemeen leidt de afspraak tot een verhoging van de concurrentie. De zorgaanbieders hebben namelijk een extra prikkel om efficiënt te werken en ook de verzekerden worden indirect gedwongen om kostenbewust voor een bepaalde zorgaanbieder te kiezen. Onder bepaalde omstandigheden kan een dergelijke lijst echter de vestiging van nieuwe zorgaanbieders in de regio bemoeilijken of een reeds sterke positie van een bepaalde zorgaanbieder versterken. Dit hangt er onder meer vanaf hoe vaak de lijst wordt herzien, hoe groot het marktaandeel van de zorgaanbieders op de lijst is, hoeveel verzekerden voor een 'preferred provider'-pakket kiezen en hoe verzadigd de markt is.

Voorbeeld 21

3.4.5 Conclusie

214. Verticale afspraken die niet tot doel hebben de concurrentie te beperken moeten individueel aan het kartelverbod en de ontheffingsvoorwaarden worden getoetst. Als zorgaanbieders het onderhandelen met de zorgverzekeraars uitbesteden aan een derde ('zorgmakelaar'), levert dat geen mededingingsrechtelijke problemen op zolang dit niet indirect leidt tot een horizontale gedragsafstemming tussen de verschillende zorgaanbieders. Voorkeurslijsten voor hulpmiddelen of geneesmiddelen zullen in het algemeen alleen dan in strijd zijn met het kartelverbod indien de betrokken ondernemingen over marktmacht beschikken en de voorkeurslijst leidt tot de uitsluiting van aanbieders die niet op de voorkeurslijst staan. Indien aan de voorkeurslijst een verticale afspraak ten grondslag ligt, valt deze misschien onder de groepsvrijstelling. Indien meerdere ondernemingen gezamenlijk een voorkeurslijst opstellen, moet eerst de mededingingsrechtelijke beoordeling van deze horizontale afspraak plaatsvinden. Een vergelijkbare analyse is op 'preferred provider' contracten van toepassing.

Misbruik van een economische machtspositie in de zorgsector

4.1 Economische machtspositie

215. Misbruik van een economische machtspositie kan ook in de zorg een rol spelen. Een onderneming beschikt over een economische machtspositie als zij in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door de mogelijkheid zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers te gedragen.¹³⁶
216. Diverse ondernemingen in de zorg, zoals zorgverzekeraars als zorgaanbieders, zorginstellingen en leveranciers van hulpmiddelen, geneesmiddelen of automatisering kunnen een economische machtspositie hebben. Het kan zijn dat dezelfde onderneming op de ene markt een economische machtspositie heeft, maar op een andere markt een relatief onbeduidende rol speelt. Zo kan een ziekenfonds een economische machtspositie hebben op de markt voor de inkoop van huisartsenzorg in een bepaalde regio, maar tegelijkertijd op een nationale markt voor inkoop van geneesmiddelen maar één van de velen zijn.
217. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw zijn met name de volgende factoren van belang: het is vaste rechtspraak dat zeer aanzienlijke marktaandelen (zeker vanaf 50%), uitzonderingsomstandigheden daargelaten,¹³⁷ op zichzelf reeds het bewijs van een economische machtspositie leveren. Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod in een positie van macht. Anderen zijn op haar aangewezen. Dit verzekert de betreffende onderneming op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een economische machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag.¹³⁸
218. Het is mogelijk dat een onderneming ook met minder dan 50% marktaandeel een economische machtspositie heeft. Bij de analyse of er sprake is van een economische machtspositie zijn behalve de marktaandelen van de betreffende onderneming onder andere de volgende factoren van belang:
- de positie van de concurrenten,
 - andere omstandigheden die een voorsprong kunnen geven op de concurrenten zoals financiële reserves, technologische kennis, verticale integratie,
 - toetredingsbelemmeringen tot de markt,
 - de stabiliteit van de marktaandelen,
 - tegenmacht van de afnemers en
 - regelgeving.

4.2 Misbruik

219. Het verkrijgen van een economische machtspositie op zichzelf is niet verboden. Zo kan een economische machtspositie het resultaat zijn van bijzondere prestaties. De Mededingingswet wordt pas overtreden als een onderneming haar economische machtspositie misbruikt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een onderneming extreem hoge prijzen rekent¹³⁹, onredelijke leveringsvoorwaarden hanteert, bepaalde afnemers uitsluit van levering, verschillende prijzen rekent voor gelijke prestaties, concurrenten uit de markt drukt of voorkomt dat nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden door bijvoorbeeld het hanteren van extreem lage prijzen. Hierna volgt een korte bespreking van twee voorbeelden van misbruik, die zich kunnen voordoen in de zorgsector.

4.2.1 Weigering tot contractering van zorgaanbieders door zorgverzekeraars met een economische machtspositie

220. Ook een onderneming met een economische machtspositie is in principe vrij om te kiezen met wie zij een contract wil aangaan. Het is dan ook niet verboden dat een ziekenfonds met een economische machtspositie in haar contracteerbeleid objectieve kwaliteitseisen stelt aan zorgaanbieders.¹⁴⁰ Het is tevens toegestaan dat het ziekenfonds geen contracten sluit tegen tarieven die zij te hoog acht. Het overeenkomstenstelsel en de in 1992 geïntroduceerde concurrentie tussen ziekenfondsen brengt immers met zich dat ziekenfondsen voor hun verzekerden voldoende, kwalitatief goede zorg moeten inkopen en tegelijkertijd de kosten in bedwang dienen te houden.

221. Het contracteerbeleid van een ziekenfonds met een economische machtspositie moet echter wel aan bepaalde voorwaarden voldoen. De contracteereisen moeten objectief zijn en transparant, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van tevoren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. De eisen mogen verder niet op discriminatoire wijze worden toegepast. Zo mag een zorgverzekeraar bijvoorbeeld ervoor kiezen om slechts huisartsen te contracteren die kunnen aantonen regelmatig bijscholing te volgen. Het ziekenfonds mag echter niet een bepaalde opleiding eisen als er ook andere gelijkwaardige opleidingen of cursussen bestaan. Iedereen moet aan dezelfde eisen voldoen, ook de zorgaanbieders die al langer een medewerkersovereenkomst met dit ziekenfonds hebben.

222. De zorgverzekeraar mag de kwaliteitstoets 'uitbesteden' door de eis te stellen dat de zorgaanbieder in een bepaald kwaliteitsregister ingeschreven moet zijn. In dit geval moet de verzekeraar er echter op letten dat dit register aan de eisen voldoet die de Mw aan erkenningsregelingen stelt (zie paragraaf 2.5.2).

223. De eis om lid te zijn van een bepaalde beroepsvereniging kan een gerechtvaardigde eis zijn, indien het lidmaatschap zelf daadwerkelijk een aanvullende kwaliteitswaarborg biedt en derhalve zelf een soort erkenningsregeling is. Lidmaatschap van een beroepsvereniging die puur de belangen van de leden behartigt, zal waarschijnlijk niet als een objectieve kwaliteitseis kunnen worden aangemerkt.

224. Het is bovendien van belang dat er geen afspraken bestaan tussen de zorgverzekeraar en de beroepsvereniging, waarin is vastgelegd dat slechts leden van die vereniging voor medewerkersovereenkomsten in aanmerking komen. Ook mag een eventueel overleg tussen zorgverzekeraar en de desbetreffende beroepsvereniging over deze kwaliteitsbewaking niet resulteren in collectieve onderhandelingen over factoren die de concurrentie beïnvloeden, zoals tarieven of vestiging. In dat geval zou er sprake zijn van een overtreding van het kartelverbod.
225. Ten slotte hoeft een zorgverzekeraar niet meer zorg in te kopen dan noodzakelijk is. Als de prognose van een ziekenfonds er zo uitziet dat er in het komende jaar niet meer behandelingen nodig zullen zijn dan in het afgelopen jaar, dat de zittende zorgaanbieders deze behandelingen in het afgelopen jaar heel goed aan konden en dat zij aan de duidelijk vastgestelde, objectieve en transparante contracteereisen van het ziekenfonds voldoen, dan is het ziekenfonds niet verplicht om een contract met een extra zorgaanbieder aan te gaan. Het voorgaande geldt onder de voorwaarde dat dit een eenzijdig besluit van het ziekenfonds is en hierover geen afspraken met de zittende zorgaanbieders zijn gemaakt.

4.2.2 Discriminatie

226. Ook discriminatie is een vorm van misbruik. Discriminatie betekent dat een onderneming aan haar handelspartners ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties oplegt en hen hierdoor in een ongunstige concurrentiepositie brengt.¹⁴¹
227. Een dominante onderneming heeft vaak verschillende groepen van afnemers of aanbieders tegenover zich. Sommige groepen kunnen meer afhankelijk van de onderneming met de economische machtspositie zijn dan andere en derhalve niet zo makkelijk naar andere leveranciers of afnemers uitwijken indien zij niet tevreden zijn met het onderhandelingsresultaat.
228. De onderneming met de economische machtspositie kan hiervan gebruik maken door aan de verschillende groepen verschillende contractvoorwaarden voor dezelfde tegenprestatie aan te bieden. Dit kan er ook toe leiden dat de dominante onderneming de afhankelijkheid van een groep door hogere verkoop- of lagere inkooprijzen uitbuit en op deze manier de positie van de ene groep tegenover de andere groep benadeelt. Dit is een vorm van misbruik en daarom verboden.
229. Ten slotte moet worden benadrukt dat niet elk verschil in prijzen of voorwaarden discriminatie oplevert. Indien de dominante onderneming een objectieve rechtvaardiging heeft voor de verschillen in prijzen of voorwaarden, dan is er geen sprake van discriminatie.

Voorbeeld 22 Voor oefentherapeuten Mensendieck bestaat een kwaliteitsregister. Een ziekenfonds met een dominante positie A vergoedt alleen oefentherapeuten die in dit kwaliteitsregister zijn ingeschreven. Bovendien bestaat er een belangenorganisatie voor oefentherapeuten X. X draagt niets bij aan de kwaliteit of organisatie van de zorgverlening. A betaalt aan leden van X een hoger tarief dan aan niet-leden (die wel in het kwaliteitsregister zijn ingeschreven).

Beoordeling:

In dit geval is er sprake van discriminatie. Leden van X en niet-leden zijn in het kwaliteitsregister ingeschreven en leveren dezelfde zorg. Een verschil in tarieven is niet gerechtvaardigd en levert dus misbruik op.

Voorbeeld 23 Een zorgverzekeraar met een economische machtspositie op de zorginkoopmarkt betaalt aan huisartsen in Amsterdam hogere tarieven dan aan huisartsen in Haarlemmermeer.

Beoordeling:

Een zorgverzekeraar mag rekening houden met lokale verschillen in de kosten van inrichting van de praktijken, zoals huisvestingskosten. Verder mag hij ook differentiëren op grond van de omvang van de patiëntenpopulatie en de aard en zwaarte van het takenpakket. Ten slotte mag de verzekeraar een minder attractieve locatie door een hoger tarief aantrekkelijker maken om zo aan zijn zorgplicht te kunnen voldoen. Indien de verschillen in huisartsentarieven tussen Amsterdam en Haarlemmermeer op dergelijke redenen gebaseerd zijn, dan is er geen sprake van discriminatie. De verzekeraar moet wel een transparant en objectief beleid voeren.

Inwerkingtreding

230. Deze richtsnoeren treden in werking met ingang van de dag na mededeling van vaststelling ervan in de Staatscourant.

Datum: 14 oktober 2002

w.g.

A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Voetnoten

- 1 *Deze richtsnoeren hebben derhalve niet betrekking op concentratietoezicht (artikel 29 tot 48 Mw).*
- 2 *Richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties d.d. 29 mei 2001 (hierna: Richtsnoeren samenwerking bedrijven).*
- 3 *Mededeling van de Commissie. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna: 'Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken'), Pb EG C 3/2 van 6 januari 2001.*
- 4 *Bekendmaking van de Commissie. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (hierna: 'Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken'), Pb EG C 291/1 van 13 oktober 2000.*
- 5 *Zie randnummer 18 van de Richtsnoeren samenwerking bedrijven.*
- 6 *Indien een afspraak die onder de omzetsgrens van artikel 7 Mw valt, gezien de marktverhoudingen toch negatieve gevolgen heeft voor de concurrentie, dan kan de NMa het kartelverbod alsnog op deze afspraak van toepassing verklaren (artikel 9 Mw). De NMa moet dit voornemen dan schriftelijk aan de belanghebbenden mededelen en hen in de gelegenheid stellen om hun mening kenbaar te maken. Nadat het besluit is genomen, hebben de ondernemingen zes weken de tijd om hun afspraken aan de veranderde omstandigheden aan te passen.*
- 7 *Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, paragraaf 1.3.1.*
- 8 *Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 119.*
- 9 *Economisch gezien is dit mogelijk indien de producent dan wel distributeur te maken heeft met een aflopende vraagcurve, niet met een horizontale vraagcurve zoals bij volledige mededinging.*
- 10 *Toetredingsdrempels zijn belemmeringen die ondernemingen ondervinden als zij zich op een bepaalde markt willen begeven.*
- 11 *Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummers 21-23.*
- 12 *Verticale overeenkomsten zijn afspraken tussen ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende niveaus van een bedrijfskolom, bijv. tussen een toeleverancier en een afnemer.*
- 13 *Zie de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels op verticale afspraken. Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken, Pb EG C365/3 van 26 november 1998, hoofdstuk III.1.*
- 14 *Zie ook het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in de gevoegde zaken 590, 1570 en 1972/Amicon Zorgverzekeraar -Vrijgevestigd Fysiotherapeut (ontheffingsverzoek) en Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht), randnummer 115 en het arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig tegen Commissie, Jur. 1966, blz. 429.*
- 15 *Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 20 januari 1977, Vacuum Interrupters Ltd., Pb EG 1977, L 48/32, ov. 19-22.*

- 16 Een voorbeeld uit de Europese rechtspraak is de beschikking van de Commissie van 17 december 1986, Pronuptia, Pb EG 1987, L 13/39, ov. 34.
- 17 Bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 23 december 1975, United Reprocessors, Pb EG 1976, L 51/7.
- 18 Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 20 januari 1977, Vacuum Interrupters Ltd., Pb EG 1977, L 48/32.
- 19 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummer 35.
- 20 Besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in de zaak 537/LHV, randnummer 132.
- 21 Zie bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 15 juli 1994 in zaak T-17/93, Matra Hachette SA tegen Commissie, Jur EG 1994, blz. II-595, r.o. 155.
- 22 Besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in de gevoegde zaken 652 en 145/Inkoop Samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ
- 23 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, 25 november 1997, Stb. 1997, 592.
- 24 Verder bestaan er op het moment van publicatie van deze richtsnoeren de volgende generieke vrijstellingen: Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, 25 november 1997, Stb. 1997, 596; Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, 12 december 1997, Stb. 1997, 704; Tijdelijk besluit vrijstelling prijsbinding dagbladen, 15 december 1997, Stb. 1997, 705.
- 25 Zelfs als deze afspraken de handel tussen de Lidstaten niet beïnvloeden en derhalve uitsluitend het Nederlandse mededingingsrecht van toepassing is.
- 26 Vo. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000, Pb. EG L 304/3 van 5 december 2000.
- 27 Vo. 2790/2999 van de Commissie van 22 december 1999, Pb EG L 336/21 van 29 december 1999.
- 28 Verder zijn er nog een groepsvrijstelling voor samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling (Vo. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000, Pb EG L 304/7 van 5 december 2000), een groepsvrijstelling voor overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (Vo. 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996, Pb EG L 31/2 van 9 februari 1996) en een aantal sectorspecifieke groepsvrijstellingen, bijvoorbeeld met betrekking tot verzekeringen (Vo. 3932/92 van de Commissie van 21 december 1992, Pb EG L 398/7 van 31 december 1992).
- 29 Mededeling van de Commissie, Pb EG C 3/2 van 6 januari 2001.
- 30 Bekendmaking van de Commissie, Pb EG C 291/1 van 13 oktober 2000.
- 31 Bekendmaking van de Commissie De diensten van Algemeen Belang in Europa, Pb EG C 281/3 van 26 september 1996.
- 32 Zie het arrest van het Hof van 25 oktober 2001 in zaak C-475/99, Ambulanz Glöckner, r.o. 55.
- 33 Zie het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in zaak 2513/Landelijke Huisartsen Vereniging (bezwaar in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging), randnummer 46.

- 34 *In het arrest d.d. 27 april 1994 in zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. tegen Energiebedrijf Ijsselmij NV, Jur EG 1994, I-1477, r.o. 47-48, heeft het Hof geconcludeerd dat aan deze voorwaarde op basis van het Europese mededingingsrecht ook is voldaan indien een publiekrechtelijke, niet-exclusieve concessie aan een energiebedrijf de taak oplegt om binnen het gehele gebied alle verbruikers ononderbroken met de door hen gewenste hoeveelheid elektriciteit te voorzien, tegen uniforme tarieven en op in beginsel uniforme voorwaarden.*
- 35 *Besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001 tot ongegrondverklaring van de bezwaren gericht tegen zijn besluit in zaak 1/Telegraaf vs NOS/HMG, randnummer 112.*
- 36 *Besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in zaak 2513/Landelijke Huisartsen Vereniging (bezwaar in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging), randnummers 40-50.*
- 37 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 4 maart 1999 in zaak 553/Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties, randnummer 58; Arrest van het Hof van 30 april 1974 in zaak 153/73, Sacchi, Jur EG 1974, blz. 409, r.o. 15.*
- 38 *Arrest van het Hof d.d. 27 april 1994 in zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a. tegen Energiebedrijf Ijsselmij NV, Jur EG 1994, I-1477, r.o. 49.*
- 39 *Besluit van de d-g NMa van 13 december 2000 tot ongegrondverklaring van de bezwaren van de heer J.F.G. Trooster tegen het besluit in zaak 882/Amicon Zorgverzekeraar, randnummers 79-87.*
- 40 *Een voorbeeld uit de Europese praktijk is het arrest van het Hof van 10 februari 2000 in gevoegde zaken C-147/97 en 148/97, Deutsche Post AG, Jur EG 2000, I-825.*
- 41 *Besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001, randnummers 110-119. De NOS probeerde op deze manier haar weigering om programmagegevens af te staan aan De Telegraaf te rechtvaardigen. De Telegraaf wilde deze gegevens in een wekelijkse bijlage opnemen. De NOS stelde dat de omroepbladen op dit moment een middel vormen om leden aan zich te binden. Indien de omroepbladen door de concurrentie van De Telegraaf lezers verliezen, moeten de omroepen aparte ledenwervingsacties starten. Deze investering zou schade toebrengen aan het samenwerkings- en profileringsbeleid. Bovendien zou de kwalitatieve verzorging van programma's onder druk komen te staan indien de inkomsten uit de programmabladen zouden wegvallen. De NMa heeft dit beroep op artikel 25 echter afgewezen. De NMa kwam tot de conclusie dat het ontplooiën van ledenwervingsacties inderdaad inspanningen en investeringen vergt, maar niet de uitvoering van de aan de omroepen opgedragen taak (zie randnummer 40) verhindert. Bovendien vormen de inkomsten uit de programmabladen inkomsten uit nevenactiviteiten, die niet noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de publieke taak. Niets staat de omroepen in de weg andere nevenactiviteiten te ontplooiën en leden door andere middelen aan zich te binden.*
- 42 *Zie de MvT bij de Mw, Tweede Kamer 1995-1996, 24 707, nr. 3, blz. 10 en het arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991 in zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jur. 1991, I-1979, r.o. 21.*
- 43 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in de zaak 537/LHV, het besluit van 6 juli 2001 in de zaak 912/CZ-Apotheker, het besluit van 15 december 2000 in de gevoegde zaken 590, 1570 en 1972/Amicon Zorgverzekeraar -Vrijgevestigd Fysiotherapeut (ontheffingsverzoek) en Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht), het besluit van 1 maart 2000 in de gevoegde zaken 1131, 1151 en 1250/Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen, het besluit van 5 juni 1998 in de zaak 165/Sophia Ziekenhuis-De Weezenlanden en het besluit van 18 augustus 2000 in de zaak 346/IntraKoop Coöperatieve Inkoopvereniging voor gezondheids- en seniorenzorg U.A.*

- 44 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 3 september 1999 in de zaak 1413/ZVN-Huka, van 14 mei 2001 in de zaak 2451/Mediveen Groep B.V. en TPP Participaties Rotterdam B.V./Coriopharma C.V.; van 29 december 1998 in de zaak 1165/ANOZ Verzekeringen - ANOVA-ZAO en van 25 oktober 1999 in de zaak 224/Inkooporganisatie MultiZorg.*
- 45 *Let wel, ten aanzien van het inkopen van zorg zijn ze wel ondernemingen, zie ook randnummer 55.*
- 46 *Besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000 in de zaak 181/Ontheffingsaanvraag zorgkantoren.*
- 47 *Besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000 in zaak 181, randnummer 63.*
- 48 *Een bestuursorgaan is een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, óf een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Voorbeelden van deze twee categorieën zijn de Ziekenfondsraad en het College Tarieven Gezondheidszorg.*
- 49 *Zie het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnr. 59-62.*
- 50 *Zie het besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000 in zaak 181/Ontheffingsaanvraag zorgkantoren, randnummers 90 en het arrest van het Europese Hof van Justitie van 11 november 1997 in gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, Commissie tegen Ladbroke Racing Ltd., Jur EG 1997, I-6265, met name r.o. 33 en 34.*
- 51 *Zie de besluiten van de d-g NMa van 14 maart 2002 in zaak 2877/Sint Antonius Ziekenhuis - Mesos Medisch Centrum, van 24 juli 2001 in zaak 2589/Diaconessenhuis Eindhoven - Sint Joseph Ziekenhuis en van 5 juni 1998 in zaak 165/Sophia Ziekenhuis - Ziekenhuis/Verpleeghuis de Weezenlanden.*
- 52 *Besluiten van de d-g NMa van 14 maart 2002 in zaak 2877/Sint Antonius Ziekenhuis - Mesos Medisch Centrum, randnr. 10.*
- 53 *Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel voor de Wet exploitatie zorginstellingen, Kamerstukken 2000-2001, II 27659, nr. 2.*
- 54 *Voor een meer uitgebreide beschrijving van de marktafbakening zie de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, Pb. EG 1997, C 372/5 van 9 december 1997.*
- 55 *Aangezien het om een denkexercitie gaat, kan van wettelijke regelingen zoals maximumprijzen worden geabstraheerd.*
- 56 *Zie de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, randnummers 15-19.*
- 57 *Zie het rapport Schut, F.T. en W.P.M.M. van de Ven, Economische analyse van mededingingsbepalende onderdelen van regionale collectieve overeenkomsten in de zorgsector, 2000, NMa/EUR.*
- 58 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in de gevoegde zaken 652 en 145/Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ, randnummer 57.*

- Bovendien is een deel van de Nederlandse bevolking krachtens een publiekrechtelijke regeling verzekerd voor ziektekosten. Werknemers van gemeente, provincie en politie zijn onder bepaalde voorwaarden verplicht deel te nemen aan de publiekrechtelijke ziektekostenvoorziening bij die het betreffende overheidslichaam is aangesloten.*
- 59 *Zie het besluit van de d-g NMa van 10 maart 2000 in zaak 181/Ontheffingsaanvraag zorgkantoren, randnummer 74.*
- 60 *Zie het besluit van de d-g NMa van 20 februari 2002 in zaak 2455/Regionale instelling voor jeugd tandverzorging Rotterdam vs Zilveren Kruis Achmea, randnummer 40.*
- 61 *Het gebruik van de term 'zorginkoopmarkt', dat specifiek is geïntroduceerd om het onderscheid met de zorgmarkten aan te geven, impliceert dus niet dat zoals bij inkoopovereenkomsten zoals behandeld in paragraaf 2.5.1 alleen naar de positie van de vragers, (i.e. de ziekenfondsen), wordt gekeken en niet naar de positie van de zorgaanbieders.*
- 62 *Een voorbeeld waar dit niet voor geldt, is zoals aangegeven in randnummer 77 jeugd tandverzorging.*
- 63 *Respectievelijk de verschillende markten voor geneesmiddelen die op basis van de therapeutische werking van de geneesmiddelen worden afgebakend.*
- 64 *Zie Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, Pb. EG 1997, C 372/5, ov. 8.*
- 65 *Zie het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnummers 85-87.*
- 66 *Zie randnummers 59 en 60.*
- 67 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 29 december 1998 in zaak 1165/ANOZ Verzekeringen - ANOVA-ZAO, randnummers 40-41.*
- 68 *Zie het besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in zaak 652 en 145/Inkoop samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ, randnummers 65-66.*
- 69 *De meeste groepsvrijstellingen zijn alleen van toepassing indien de betrokken ondernemingen beneden een bepaald marktaandeel blijven. Zie randnummers 143 en 189.*
- 70 *Artikel 9 van de EG groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, Vo. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999, Pb EG L 336/21 van 29 december 1999 en artikel 6 van de EG groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, Vo. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000, Pb. EG L 304/3 van 5 december 2000.*
- 71 *Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummer 2.*
- 72 *Ondernemingen kunnen marktmacht bezitten zonder dat er een economische machtspositie is. Dat laatste is het criterium voor de toepassing van artikel 82 (zie paragrafen 1.3.3 en 4.1).*

- 73 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa in de zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging van 11 april 2001 en het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in zaken 590, 1570 en 1972/Amicon - Vrijgevestigde Fysiotherapeuten.*
- 74 *Behalve indien de vrijstelling van artikel 7 Mw van toepassing is, zie randnummer 20.*
- 75 *Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a. vs. Commissie, r.o. 1531. Zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummers 18 en 25. Zie ook het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in gevoegde zaken 590 en 1972/Amicon Zorgverzekeraar - Vrijgevestigd Fysiotherapeut (ontheffing), van 13 december 2000 tot ongegrondverklaring van de bezwaren van de heer J.F.G. Trooster tegen het besluit in zaak 882/Amicon Zorgverzekeraar, randnummers 44-65 en 1570/Sanders v. Amicon Zorgverzekeraar (klacht), randnummer 108-109.*
- 76 *Hiermee worden 'kale' prijsafspraken bedoeld. Dit betekent dat deze paragraaf niet van toepassing is op beperkingen die inherent zijn aan een bepaalde vorm van samenwerking (zie bijvoorbeeld randnummer 142 van de onderhavige richtsnoeren en eindnoot 18 bij de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken).*
- 77 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in de zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnummers 100-111.*
- 78 *Hiermee worden 'kale' marktverdelingsafspraken bedoeld, dat betekent dat de afspraak rechtstreeks en uitsluitend leidt tot horizontale marktverdeling. Deze paragraaf is derhalve niet van toepassing op marktverdeling die noodzakelijk is om een bepaalde samenwerking tot stand te brengen (zie bijvoorbeeld artikel 5, lid 2, van de groepsvrijstelling inzake horizontale overeenkomsten).*
- 79 *Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa in de gevoegde zaken 1131, 1151 en 1250/Vestigingsbeleid Eerstelijnspsychologen van 1 maart 2000, randnummers 23-27.*
- 80 *Zie het besluit van de d-g NMa van 29 augustus 2002 in zaak 2422/Tosma vs AUV en Aesculaap; het arrest van het Hof van 26 november 1975 in zaak 73/74, Papiers Peints t. Commissie, Jur. EG 1975, blz. 1491 in beroep tegen beschikking van de Europese Commissie Papiers Peints de Belgique, Pb EG 1974 L237/3; het arrest van het Hof in gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78, Landewyck Sarl & Ors tegen Commissie, Jur EG 1980, p. 3125) in beroep tegen beschikking van de Europese Commissie in zaak FEDETAB, Pb EG 1978 L224/29.*
- 81 *Indien twee of meer, tot dan zelfstandige, ondernemingen tot één onderneming samengaan, dan kan dit onder omstandigheden wel onder de regels voor fusiecontrole (artikel 26-49 Mw) vallen.*
- 82 *Vergelijk de beschikking van de Commissie van 7 april 1999, EPI-Gedragscode, Pb 1999, L 106/14, ov. 29. Zie ook het besluit van de d-g NMa van 15 december 2000 in zaken 590, 1570 en 1972/Amicon - Vrijgevestigde Fysiotherapeuten.*
- 83 *Zie ook het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in bezwaar in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnummer 61.*
- 84 *Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 1915/Zilveren Kruis - Geneesmiddelenformularium Kennemerland van 22 oktober 2001.*

- 85 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummer 24.
- 86 Soms gaat een dergelijke samenwerking wel verder dan noodzakelijk is om een opdracht uit te voeren. Voor dergelijke gevallen in het kader van aanbestedingen heeft de wetgever een generieke vrijstelling voor combinatieovereenkomsten vastgesteld (Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten van 25 november 1997, Stb. 592), zie randnummers 145-147.
- 87 Misbruik zou gelegen kunnen zijn in het eisen van excessieve vergoedingen of het uitsluiten van concurrenten.
- 88 Zie het besluit van de d-g NMa van 15 oktober 1999 in bezwaar in de zaak 379/KNMvD, randnummers 71-74.
- 89 Zie ook het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak T-34 en 35/92, John Deere Ltd. tegen Commissie, Jur. EG 1994 II-957, ro. 51.
- 90 Zoals bijvoorbeeld technische onmogelijkheden. Dit mag echter niet zo ver gaan dat een samenwerkingsverband bewust voor een techniek kiest die toetreding belemmert.
- 91 Zie het besluit van de d-g NMa van 31 december 2001 in zaak 2234/ANKO-Knippen en Scheren en de voorbeelden in de Richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa, randnummers 54-56.
- 92 Verder zal geen sprake zijn van een merkbare concurrentiebeperking, indien de samenwerking slechts betrekking heeft op een klein gedeelte van de totale activiteiten en/of bedrijfskosten, zodat het uniformerend effect gering is. Dit is niet relevant bij een groepspraktijk, waar in feite alles gezamenlijk wordt gedaan, maar kan wel van belang zijn bij de gezamenlijke productie van goederen, bijvoorbeeld indien zorgaanbieders de productie van bepaalde goederen gezamenlijk aan een derde partij uitbesteden. De concurrentie wordt alleen dan niet beperkt, indien deze samenwerking niet wordt gebruikt om aanvullende mededingingsbeperkende afspraken te maken over prijzen of het verdelen van klanten (zie randnummers 102-103).
- 93 Verordening. 2658/2000, Pb. EG 2000, L 304/3.
- 94 Deze groepsvrijstelling heet officieel groepsvrijstelling betreffende specialisatieovereenkomsten omdat zij ook van toepassing is op 'echte' specialisatieovereenkomsten waarbij de partijen overeenkomen eenzijdig of wederzijds de productie van een product te beëindigen en het product bij de andere partij te betrekken en op zogenaamde toeleveringsovereenkomsten. Aangezien specialisatie- en toeleveringsovereenkomsten in de zorgsector op dit moment niet zo vaak voorkomen, wordt er in het kader van deze richtsnoeren niet verder op ingegaan.
- 95 In het kader van de onderhavige richtsnoeren is alleen een beknopte beschrijving van de beoordeling van gezamenlijke productie mogelijk. Voor een meer uitgebreide beoordeling zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummers 78-101.
- 96 Zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummers 102-112.
- 97 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten van 25 november 1997, Stb. 592.
- 98 Zie de Nota van Toelichting bij het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, onder 3.d.
- 99 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 29.

- 100 Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa in de zaak 224/Inkooporganisatie MultiZorg van 25 oktober 1999 en het besluit in de zaak 652 en 145/Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ van 13 oktober 2000.
- 101 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummer 123.
- 102 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummers 126 en 129. Zie het besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in de gevoegde zaken 652 en 145/Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ.
- 103 Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale afspraken, randnummer 130.
- 104 Zie hierover ook de Richtsnoeren samenwerking bedrijven, randnummers 29-45.
- 105 Zie het besluit van de d-g NMa van 27 augustus 1998 in de zaak 379/Ontheffingsverzoek KNMvD, randnummers 26-28 en 72-73 en het besluit in bezwaar van de d-g NMa van 15 februari 2002 in de zaak 2157/VNI, randnummer 34.
- 106 Zie het besluit in bezwaar van de d-g NMa van 15 februari 2002 in de zaak 2157/VNI, randnummer. 39 en het besluit van 19 oktober 2000 in de gevoegde zaken 262, 714, 715/Stichting Drogistenfederatie Pharmacon, randnummer 70.
- 107 Zie het besluit in bezwaar van de d-g NMa van 15 februari 2002 in de zaak 2157/VNI, het besluit van 19 oktober 2000 in de gevoegde zaken 262, 714, 715/Stichting Drogistenfederatie Pharmacon, randnummer 72; zie ook de beschikking van de Europese Commissie van 29 november 1995, SCK/FNK, Pb. EG 1995, L 312/79, bevestigd in het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 22 oktober 1997 gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, SCK/FNK, Jur. EG. 1997, II-1739.
- 108 Dit is natuurlijk niet van toepassing als de lidmaatschapscriteria van de vereniging zelf als erkenningsregeling werken en derhalve aan de mededingingsregels getoetst moeten worden.
- 109 Dit verschil moet wel in verhouding staan tot de gemaakte kosten.
- 110 Zie randnummer 20.
- 111 Zie paragraaf 2.2.
- 112 Zie onder andere het besluit van de d-g NMa van 16 december 1998 in zaak 450/ontheffingsverzoek B.V. Van Ditmar Boekenimport, randnummers 29-30; besluit van de d-g NMa van 12 januari 2000 in zaak 757/Chilly en Basilicum versus G-Star/Secon Group; arrest van het Hof van 3 juli 1985 in zaak 243/83, SA Binon et Cie tegen SA Agence et Messageries de la Presse, Jur EG 1985, blz. 2015, r.o. 44; arrest van het Hof van 13 juli 1966 in gevoegde zaken 56 en 58/64, Etablissements Consten en Grundig, Jur EG 1966, blz. 429; .
- 113 Zo heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat een overeenkomst betreffende absolute gebiedsbescherming wegens de zwakke positie van belanghebbenden op de markt voor de betrokken producten in het gebied waarvoor bedoelde bescherming geldt, aan het kartelverbod in het Europese recht ontsnapte, arrest van het Hof van 9 juli 1969, in zaak 5/69, Völck tegen Vervaecke, Jur EG 1969, blz. 295.

- 114 *Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummers 46-56. De groepsvrijstelling sluit bovendien bepaalde beperkingen binnen een selectief distributiestelsel en met betrekking tot de verkoop van componenten uit (artikel 4, c) tot e)).*
- 115 *Hiermee worden 'kale' marktverdelingsafspraken bedoeld, dat betekent dat het beding in een verticale relatie rechtstreeks en uitsluitend absolute gebiedsbescherming tot stand brengt. Deze paragraaf is derhalve niet van toepassing op marktverdeling die inherent is aan een bepaalde vorm van samenwerking (zie bijvoorbeeld artikel 4 van de groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen en artikel 5, lid 2).*
- 116 *Uitzonderingen gelden onder andere voor een verbod van de verkoop aan eindgebruikers door een groothandelaar en een verbod van de verkoop aan niet-erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel.*
- 117 *Verordening (EG) nr. 2790/1999, van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG L 336/21.*
- 118 *Artikel 1, onder b), van Vo. 2790/1999, Groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten. Zie voor de voorwaarden voor vrijstelling randnummer 189.*
- 119 *Dit is derhalve een territoriale beperking, die bijvoorbeeld gecombineerd kan worden met exclusieve afname, waarbij de afnemer ertoe wordt verplicht om het product van een bepaald merk slechts bij één bepaalde distributeur te kopen.*
- 120 *Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummers 100 en 115.*
- 121 *Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 6.*
- 122 *Bij franchising mag een niet-concurrentiebeding onder bepaalde omstandigheden langer duren dan vijf jaar, zolang het niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt. Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 200.*
- 123 *Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummers 71-87.*
- 124 *Behalve indien er sprake is van 'hard core-restricties', zoals genoemd in paragraaf 3.2. Zie de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 46.*
- 125 *Zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 135.*
- 126 *Zie de verwijzing naar het Amerikaanse systeem van de 'messenger' in het besluit van de d-g NMa van 11 april 2001 in zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnummer 133. Het kan ook een juridisch adviseur zijn.*
- 127 *En tevens zorgaanbieders die gezamenlijk niet de bagatelgrens van artikel 7 Mw overschrijden.*
- 128 *Welke activiteiten van een belangenorganisatie in dit kader wel verenigbaar zijn met de Mw is besproken in het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in bezwaar in de zaak 537/Landelijke Huisartsen Vereniging, randnummer 82.*

- 129 *Zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 138.*
- 130 *Zie randnummer 186.*
- 131 *Zie randnummer 62 van de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken.*
- 132 *Hoe groter het marktaandeel van de verzekeraar of van het ziekenhuis is, des te groter is het gedeelte van de markt dat aan de betreffende leverancier gebonden is en des te sterker zijn de uitsluitingseffecten.*
- 133 *Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 141.*
- 134 *Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 1915/Zilveren Kruis - Geneesmiddelenformularium Kennemerland van 22 oktober 2001.*
- 135 *Zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale afspraken, randnummer 29.*
- 136 *Zie de definitie in artikel 1, onder i, van de Mw. Zie ook het arrest van het Hof van 14 februari 1978 in zaak 27/76, United Brands, r.o. 65. Onder bepaalde omstandigheden kan ook sprake zijn van een collectieve economische machtspositie.*
- 137 *Zie voor een dergelijke uitzondering het besluit van de d-g NMa van 17 mei 1999 in zaak 995/Organisatie van Nederlandse Tandprotheticci vs. Zorgverzekeraars en Zorgverzekeraars Nederland.*
- 138 *Zie het arrest van het Hof van 13 februari 1979 in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissie, r.o. 41.*
- 139 *Als er sprake is van een monopolie of bijna-monopolie, dan kan de NMa tot het oordeel komen dat een niet-kostengeoriënteerde prijs excessief is. Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 8 oktober 2001 in zaak 11/Shiva vs KLM, randnummers 88-101.*
- 140 *Zie het besluit van de d-g NMa in de zaak 1060/Van Wieringen tegen Zorg en Zekerheid van 1 februari 1999, randnummer 22.*
- 141 *Arrest van het Hof van 14 februari 1978 in zaak 27/76, United Brands tegen Commissie, Jur. EG 1978, blz. 207, r.o. 234, Zie ook de beschikking van de Commissie van 10 februari 1999 in de zaak Ilmailulaitos/Luftfartsverket, PbEG 1999 L 69/24, randnummers 40-50 en het arrest van het Hof van 17 juli 1997, GT-LINK A/S tegen De Danske Statsbaner (DSB), Jur. EG 1997, I-4449, r.o. 38.*

NMa

Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Bezoekadres: Wijnhaven 24
2511 GA Den Haag

Tel. (070) 330 33 30
Fax (070) 330 33 70

Informatielijn 0800-023 18 85
E-mail info@nma-org.nl
Internet www.nma-org.nl