

M&M

Markt & Mededinging

$\frac{M}{M}$ Redactioneel Innovatie $\frac{M}{M}$ Artikel Jurisprudentie inzake misbruik economische machts-
positie $\frac{M}{M}$ Artikel De overheid als marktpartij $\frac{M}{M}$ Artikel De nieuwe Section 5 Statement
 $\frac{M}{M}$ Artikel De uitgangspunten toezicht eerstelijnszorg $\frac{M}{M}$ Annotatie Uitspraak rechtbank
inzake Brink's Nederland BV $\frac{M}{M}$ Signalering Verrassingen in het voorontwerp Implementatiewet

Inhoud

Redactioneel

- 1 Innovatie
Tom Ottervanger

Artikelen

- 4 Jurisprudentie inzake misbruik economische machtspositie:
de stand van zaken na Intel en Post Danmark II
Erik Pijnacker Hordijk
- 16 De overheid als marktpartij: de market economy operator-test
in het staatssteunrecht
Sandra Stekelenburg
- 22 De nieuwe Section 5 Statement – in weiter Ferne, so nah?
Paul Kreijger
- 31 De uitgangspunten toezicht eerstelijnszorg in een context
Weijer VerLoren van Themaat en Mattijs Bosch

Annotatie

- 40 Uitspraak rechtbank inzake Brink's Nederland BV –
Geldservice Nederland BV. Uitspraak Rechtbank Rotterdam
13 augustus 2015: Brink's Nederland BV vs. ACM
Marco Slotboom

Signalering

- 45 Verrassingen in het voorontwerp Implementatiewet richtlijn
privaatrechtelijke handhaving
Callista Meijer

Markt en Mededinging

M&M 2016/afl., p. ...

Formule

Markt & Mededinging is een tijdschrift voor de Nederlandse mededingingspraktijk en -wetenschap. Het tijdschrift combineert wetenschappelijke vraagstukken met de Nederlandse rechtspraktijk. De lezer blijft door annotaties van relevante Europese en Nederlandse rechtspraak en NMA-besluiten op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in het mededingingsrecht.

Redactie

Prof. dr. E.E.C. van Damme
Mr. C.T. Dekker
Mr. B.J. Drijber
Mr. H.H.P. Lugard
Prof. mr. B.M.J. van der Meulen
Dr. G. Niels
Prof. mr. T.R. Ottervanger
Mr. E.H. Pijnacker Hordijk
Prof. mr. R. Wesseling

Medewerkers

Mr. B.J.H. Braeken, Mr. M. Chatelin, Mw. mr. L. van Duuren, Mr. R. Elkerbout LL.M., Mr. M.J.J.M. Essers, Mr. P.P.J. van Ginneken, Mr. D.J.M. de Grave, Mr. M.A. de Jong, Mr. drs. W. Knibbeler, Mr. L.E.J. Korsten, Mr. P.J. Kreijger, Mr. R. Meijer, Mr. W.B.J. van Overbeek, Mw. mr. L.Y.J.M. Parret, Mr. C.E. Schillemans, Mr. drs. J.F. Schutte, Mr. drs. M.M. Slotboom, Mr. dr. J.J.M. Sluijs, Mr. Y. de Vries, Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers

Columnisten

Prof. mr. A. Gerbrandy
Mr. P. Glazener
Mr. T.M. Snoep
Prof. dr. S.J.G. van Wijnbergen

Redactiesecretariaat

Kopij kan per e-mail worden gezonden aan mw. K. de Pré, tel. 06-17992940, e-mail info@deprefix.nl. Auteursrichtlijnen zijn bij de redactiesecretaris verkrijgbaar.

Aanwijzing voor auteurs

Een auteur die een bijdrage voor dit tijdschrift aanlevert, geeft de uitgever tevens een niet-exclusief recht de bijdrage geheel of gedeeltelijk op te nemen in de door Boom juridisch (al dan niet in samenwerking met derden) geëxploiteerde database(s).

Uitgever

Boom juridisch, Kanonstraat 4-IV, Postbus 85576, 2508 CG Den Haag, tel. 070-330 70 33, e-mail info@boomjuridisch.nl, website www.boomjuridisch.nl

Open Access beleid

Zes maanden na verschijning van het artikel staat het de auteur vrij om de definitieve pdf van zijn wetenschappelijke publicatie op het internet toegankelijk te maken. Voor meer informatie zie www.boomjuridisch.nl/open_access. Boom juridisch gaat ervan uit dat de auteur akkoord is met de daar te vinden licentieverwaarden.

Abonnementen

Markt en Mededinging verschijnt zes keer per jaar. De abonnementsprijs bedraagt €338 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens toegang tot het online archief en een e-mailtendering. Kijk op www.bjutijdschriften.nl voor meer informatie en onze algemene voorwaarden.

Voor een abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl. Het plusabonnement kunt u tevens afsluiten via www.bjutijdschriften.nl/abonnements.

Advertenties

Voor het plaatsen van een advertentie in dit tijdschrift kunt u contact opnemen met Capital Media Services BV, tel. 024-3607710, e-mail mail@capitalmediaservices.nl.

ISSN 1387-6236

Nederlands
Uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Artikel

De uitgangspunten toezicht eerstelijnszorg in een context

Weijer VerLoren van Themaat en Mattijs Bosch*

Inleiding

Op 19 september 2015 publiceerde ACM¹ de 'Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn' (hierna: de Uitgangspunten) om het doembeeld te corrigeren dat bij deze zorgaanbieders was ontstaan over de Mededingingswet (Mw) en haar handhavingsbeleid. De Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) reageerde direct positief. Zij suggereerde dat ACM hiermee een nieuw geluid liet horen over het toezicht op de huisartsenzorg.² Is dat zo? Vormen de Uitgangspunten inderdaad een wijziging van het ACM-beleid? Deze bijdrage tracht die vraag te beantwoorden aan de hand van de deelvragen hoe de Uitgangspunten zich verhouden tot:

1. het generiek beleid van de Europese Commissie (hierna: de Commissie);
2. eerdere Nederlandse beleidsdocumenten over samenwerking (met betrekking tot generiek beleid en – meer specifiek – de zorgsector); en
3. het optreden van ACM in individuele zaken.

Daarbij wordt vooral een aantal juridische aspecten belicht. Daarmee doen wij de Uitgangspunten mogelijk tekort, aangezien wij begrijpen dat de Uitgangspunten ook een pragmatische oplossing beogen te bieden voor een gevoel in de sector dat de Mw goede zorg in de weg staat. We schetsen daartoe eerst kort enkele achtergronden.

Vervolgens gaan we in op de juridische status en de inhoud van de Uitgangspunten. In de volgende paragraaf bespreken we de verhouding tussen de Uitgangspunten en Europese en Nederlandse beleidsdocumenten en het optreden van ACM in individuele zaken en plaatsen daarbij enkele kanttekeningen. De laatste paragraaf bevat de conclusies.

Achtergrond

De verhouding tussen de LHV en ACM kent een bewogen geschiedenis die enige verklaring biedt voor de stressreacties die de woorden 'Mededingingswet' en 'ACM' bij huisartsen oproepen. In 2001 oordeelde ACM dat zowel het vestigingsbeleid van de LHV als het collectief onderhandelen door haar organen in strijd was met de Mw.³ In 2011 oordeelde ACM (wederom) dat het vestigingsbeleid de strekking had de mededinging te beperken en legde zij de LHV en enkele feitelijk leidinggevenden forse boetes op.⁴ In 2012 nam ACM een toezeggingsbesluit waarin bepaalde toezeggingen van de LHV met betrekking tot het onderhandelingsproces met

* Mr. I.W. VerLoren van Themaat is partner en advocaat bij Houthoff Buruma. Mr. M.K.M. Bosch is advocaat bij Houthoff Buruma.

1. Onder ACM wordt hierna in de tekst van deze bijdrage ook haar rechtsvoorganger NMa verstaan.
2. Zie het persbericht ACM laat nieuw geluid horen over toezicht huisartsenzorg van 19 september 2015 op <www.lhv.nl>.

3. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537). In het besluit op bezwaar werd het besluit in primo in stand gelaten (Besluit d-g NMa 21 december 2001 (LHV, zaaknr. 2513/40)).
4. Besluit RvB NMa 30 december 2011 (LHV, zaaknr. 6888/435). In het besluit op bezwaar werd het besluit in primo in stand gelaten (Besluit ACM 3 februari 2014 (LHV, zaaknr. 6888 1/510)). De boetes voor twee functionarissen wegens feitelijk leiding geven werden door middel van het besluit op bezwaar wel ingetrokken. De boete vanwege het beperken van de mededinging uit 2011 is uiteindelijk door de Rechtbank Rotterdam vernietigd (Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352).

zorgverzekeraars bindend werden verklaard.⁵ *En passant* werd de LHV ook nog een boete van 51.000 euro opgelegd omdat zij aansprakelijk werd gehouden voor de verbreking van de verzegeling ten tijde van een bedrijfsbezoek.⁶ Meer in het algemeen legde ACM een aantal forse boetes op in de zorgsector.

Deze handhaving werd door de sector op zijn zachtst gezegd als repressief ervaren. Naar aanleiding daarvan zijn vanuit de sector verschillende initiatieven genomen om dit repressieve beleid van ACM te verzachten. Zo bood de LHV op 26 mei 2015 de notitie 'Bewegingsruimte voor de huisartsenzorg' aan minister Schippers aan.⁷ Een week later bood de actiegroep 'Het roer moet om' het Manifest van de Bezorgde Huisarts (ondertekend door 7800 huisartsen) aan de Tweede Kamer aan.⁸ In reactie daarop laat minister Schippers thans een onderzoek uitvoeren naar de mogelijkheden voor zorgaanbieders in de eerste lijn om samen te werken binnen de kaders van de Mw, maar mogelijk ook daarbuiten (wat een wetswijziging met zich mee zou kunnen brengen).⁹

ACM heeft deze initiatieven niet onbetuigd gelaten. Naast diverse interviews en lezingen over dit onderwerp publiceerde ACM op 3 juni 2015 de 'Reactie ACM op casuïstiek actiecomité en LHV', waarin ze aan de hand van concrete casus bespreekt wat wel of niet is toegestaan onder de Mw.¹⁰ Vervolgens plaatste ACM in september 2015 de Uitgangspunten op haar website die onderwerp vormen van deze bijdrage.¹¹ Afgezien van de juridische opmerkingen die hierover gemaakt kunnen worden, lijken de Uitgangspunten in zoverre geslaagd dat deze een aantal niet-functionele zorgen bij de sector hebben weggenomen.

De Uitgangspunten

Juridische status

De Uitgangspunten vormen een korte toelichting op het handhavingbeleid van ACM. Zij zijn niet vastgesteld bij besluit, noch is bij het vaststellen van de Uitgangs-

punten de procedure van artikel 5a Mw doorlopen,¹² zodat betwijfeld kan worden of de Uitgangspunten een beleidsregel zijn in de zin van de Awb.¹³ ACM kan daarvoor niet profiteren van de verlichte motiveringslast zoals die op grond van artikel 4:82 Awb geldt voor beleidsregels. In een besluit over bijvoorbeeld de geldigheid van een overeenkomst tussen zorgaanbieders in de eerste lijn kan ACM dus voor haar motivering niet volstaan met een enkele verwijzing naar de Uitgangspunten en zal ACM nader moeten onderbouwen. Ook kan ACM makkelijker van deze uitgangspunten afwijken dan van beleidsregels. De dubbele toets van de inherente afwijkingsbevoegdheid ingevolge artikel 4:84 Awb, die inhoudt dat slechts van beleidsregels kan (c.q. moet) worden afgeweken als het daarin vastgelegde beleid wegens (1) *bijzondere omstandigheden* (2) onevenredige gevolgen heeft voor één of meer belanghebbenden, geldt hier in beginsel niet.

Dat wil echter niet zeggen dat ACM zich niets hoeft aan te trekken van de Uitgangspunten. De Uitgangspunten kwalificeren in ieder geval als overig (niet in een beleidsregel vastgelegd) beleid.¹⁴ Van dergelijk, niet in een beleidsregel vastgelegd, beleid kan (c.q. moet) in feite worden afgeweken als sprake is van onevenredige gevolgen van de beleidstoepassing voor belanghebbenden, ook zonder bijzondere omstandigheden.¹⁵

Inhoud

De Uitgangspunten bevatten vier korte paragrafen waarin ACM inzicht wil geven in haar toezichtsbeleid op zorgaanbieders in de eerste lijn.

Paragraaf 2 geeft aan dat '(d)e Mededingingswet bepaalt dat zorgaanbieders de keuzevrijheid van patiënten en zorgverzekeraars niet door onderlinge afstemming mogen beperken. Dat mag alleen als dat in het belang is van die patiënten en verzekerden.' Dit laatste is een iets vereenvoudigde weergave van artikel 6 lid 3 Mw aangezien deze bepaling uiteraard ook vereist dat de afstemmende ondernemingen niet de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel uit te schakelen.

Paragraaf 3 somt de daadwerkelijke uitgangspunten op:

1. 'ACM is een open toezichthouder.' ACM geeft aan veel te praten met zorgaanbieders, patiëntenverenigingen en zorgverzekeraars en naar een constructieve dialoog te streven om goed toezicht te kunnen houden.
2. 'ACM grijpt in als samenwerking de belangen van patiënten en verzekerden schaadt.' ACM benadrukt dat zij pas ingrijpt als afstemming schadelijk is voor patiënten en/of verzekerden. Opvallend is dat ACM ook expliciet aangeeft dat '(z)olang zorgaanbieders, patiënten (of hun vertegenwoordigers) en zorgverzekeraars er gezamenlijk uitkomen, er voor ACM geen

5. Besluit RvB NMa 4 december 2012 (LHV, zaaknr. 7191/138). Het toezeggingsbesluit uit 2012 is inmiddels door ACM ingetrokken (Besluit ACM 16 december 2015 (zaaknr. 15.1149.28)).

6. Besluit RvB NMa 9 september 2010 (LHV, zaaknr. 6944). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft de boete voor het verbreken van de verzegeling vernietigd (zie CBB 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200).

7. Zie het persbericht *LHV: Bewegingsruimte voor de huisartsenzorg* van 26 mei 2015 op <www.lhv.nl>.

8. Zie o.a. het artikel *Huisartsen luiden noodklok in Tweede Kamer* van 2 juni 2015 op <www.medischcontact.nl>.

9. Zie Commissiebrief Tweede Kamer van 30 juni 2015 inzake Verzoek om uitbreiding onderzoeksvragen n.a.v. de uitvoering van de motie van de leden Leijten en Dik-Faber (*Kamerstukken* 29689, nr. 581), 779399-137721-MC.

10. Te raadplegen via <www.acm.nl>.

11. Te raadplegen via <www.acm.nl>. Mede hieromtrent gaf Chris Fontein een interview in *NRC Handelsblad* op 19 september 2015 getiteld 'Huisarts hoeft niet bang te zijn voor boete'. Zie voor het artikel <www.nrc.nl>.

12. Art. 5a Mw beschrijft de procedure die gevolgd moet worden bij het uitvaardigen van een beleidsregel.

13. Zie art. 1:3 lid 4 Awb: 'Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.'

14. Vgl. ABRvS 21 februari 2007, AB 2007, 125, r.o. 2.4.

15. Vgl. annotatie A. Tollenaar bij ABRvS 21 februari 2007, AB 2007, 125.

aanleiding (is) om aan te nemen dat een samenwerking schadelijk uitpakt'.

3. 'ACM is gericht op oplossing van het probleem.' Als betrokkenen voortvarend zorg dragen voor de nodige bijstelling (in geval van een mededingingsbeperking die schadelijk is voor patiënten of verzekerden), is er voor ACM geen reden een onderzoek te starten gericht op het opleggen van een boete. Willen de betrokken zorgaanbieders een – in de ogen van ACM – verboden gedraging niet bijstellen en de samenwerking voortzetten, dan kan ACM naleving van de Mw met een formeel besluit afdwingen.

Paragraaf 4 bevat ten slotte enkele vuistregels waar zorgaanbieders zich aan kunnen houden, om te voorkomen dat een samenwerking tot een klacht van een zorgaanbieder, patiënt of zorgverzekeraar leidt en in strijd is met de Mw.¹⁶ Opvallend is dat ACM opmerkt dat in veel gevallen de voordelen voor patiënten en verzekerden inderdaad zullen opwegen tegen de nadelen en dat '(d)an de samenwerking niet in strijd (is) met de Mededingingswet'. Ervan uitgaande dat ACM geen op Amerikaanse leest geschoeide 'rule of reason' voor ogen heeft,¹⁷ of de leer van de inherente beperking wil aanhangen¹⁸ waarin de voor- en nadelen binnen lid 1 worden afgewogen, lijkt ACM ook hier op een artikel 6 lid 3 Mw-beoordeling te doelen. In dit kader gaat ACM voorbij aan de overige voorwaarden van lid 3, zoals uitschakeling van restconcurrentie. Achtereenvolgens worden dan de situaties besproken dat samenwerking is toegestaan (par. 4.1), samenwerking niet is toegestaan (par. 4.2) en de grijze gevallen (par. 4.3). Wat betreft de niet-toegestane samenwerkingen (par. 4.2) merkt ACM op: 'Bepaalde vormen van samenwerking of afstemming zijn meestal schadelijk voor patiënten of verzekerden en dan in strijd met de mededingingsregels.' In dit kader noemt ACM vier beperkingen: (1) het beperken van de keuzevrijheid van patiënten, (2) het beperken van innovatie, bijvoorbeeld door het gezamenlijk reguleren van de toetreding, (3) het verhogen van de prijs, bijvoorbeeld door het maken van tariefafspraken of uitwisselen van informatie over tarieven zonder zorginhoudelijk doel en (4) het collectief beperken van het aanbod richting patiënten of collectief boycotten van een contractvoorstel van een zorgverzekeraar.

De tweede beperking stond centraal in het boetebesluit uit 2011¹⁹ en de vierde beperking in het toezeggingsbesluit uit 2012.²⁰ ACM geeft aan bij dergelijke afstemming een snelle aanpassing van het schadelijke gedrag te

eisen. Niet duidelijk is echter hoe deze bedingen zich verhouden tot Uitgangspunt 2 ('ACM grijpt in als samenwerking de belangen van patiënten en verzekerden schaadt'), waarbij ACM aangeeft geen aanleiding te zien aan te nemen dat een samenwerking schadelijk uitpakt zolang zorgaanbieders, patiënten (of hun vertegenwoordigers) en zorgverzekeraars er gezamenlijk uitkomen. Dit geeft wel aanleiding tot verschillende vragen. Gaat ACM er bijvoorbeeld van uit dat de (beweerdelijke) strekkingsbeperkingen die onderwerp vormden van de eerdere procedures nooit op instemming van (vertegenwoordigers van) patiënten en zorgverzekeraars kunnen rekenen? En wat is de situatie als patiënten en zorgverzekeraars daar wel voorstander van zijn? Dat laatste is niet ondenkbeeldig. De betrokkenheid van de LHV bij toetreding werd volgens ACM ten minste gebillijkt door zorgverzekeraars.²¹ De vraag blijft derhalve of ACM na 19 september 2015 nog steeds een aanpassing zal eisen van het contracteerbeleid van huisartsen als dat de instemming heeft van de zorgverzekeraars. ACM is in ieder geval niet in beroep gegaan tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin haar besluit terzake is vernietigd. Een andere vraag is wat ACM zou doen als verzekeraars en patiënten bepaald gedrag eerst wel steunen, maar later niet meer. Kan ACM dan alsnog tot actie overgaan? Wat zou ACM's positie zijn indien zorgverzekeraars verschillende standpunten innemen? Grijpt ACM alleen niet in als alle zorgverzekeraars instemmen, waardoor iedere zorgverzekeraar de facto een vetorecht krijgt? Wil ACM bevorderen dat zorgverzekeraars met elkaar afstemmen om collectief tot afspraken te komen met de huisartsen? Het zou de voorspelbaarheid en rechtszekerheid, die soms voor investeringsbeslissingen nodig is, ten goede komen als ACM deze vragen zou beantwoorden. Hetzelfde geldt ten aanzien van de vraag of er (en zo ja welke) formele vereisten zijn voor het vastleggen van de instemming van patiënten en zorgverzekeraars. Hoe wordt getoetst of gedocumenteerd wat patiënten en zorgverzekeraars precies willen?

De Uitgangspunten in een context

Deze paragraaf betreft de vraag hoe de Uitgangspunten zich verhouden tot (1) het generieke beleid van de Commissie, (2) eerdere Nederlandse beleidsdocumenten over samenwerking (met betrekking tot generiek beleid voor andere sectoren en de zorgsector) en (3) het optreden van ACM in individuele zaken.

Beleid van de Europese Commissie

De eerste vraag is in hoeverre de Uitgangspunten in lijn zijn met zowel het handhavingbeleid van de Commis-

16. Uitgangspunten, par. 4.

17. Het Gerecht heeft de toepasselijkheid van een dergelijke regel op Amerikaanse leest geschoeid op art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) uitdrukkelijk afgewezen. Zie Gerecht 18 september 2001, zaak T-112/99, *Métropole télévision/Commissie (M6)*, ECLI:EU:T:2001:215, r.o. 72.

18. Zie de internetconsultatie 'Aangepaste Beleidsregel mededinging en duurzaamheid' (te raadplegen via <www.internetconsultatie.nl>) en de 'Reactie van de SER op de ontwerp-aangepaste beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid' (p. 2), te raadplegen via <www.ser.nl>.

19. Besluit RvB NMa 30 december 2011 (LHV, zaaknr. 6888/435).

20. Besluit RvB NMa 4 december 2012 (LHV, zaaknr. 7191/138).

21. Vgl. Besluit RvB NMa 30 december 2011 (LHV, zaaknr. 6888/435), randnr. 58. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de eindbeslissing om een huisarts een contract aan te bieden nog altijd bij de zorgverzekeraars lag; Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352, r.o. 6.7.

sie, als de uitleg van het kartelverbod door de Europese rechter.

Het handhavingsbeleid van de Commissie is midden jaren negentig verschoven van een *form-based* benadering naar een meer *effect-based* benadering. De *form-based* benadering is dogmatischer en legistischer van aard en ziet mede op bescherming van de internemarkt-principes, maar kwam onder invloed van de Chicago School steeds meer onder druk te staan. Zoals het in de literatuur wel wordt beschreven:

‘Substantive modernization can be understood as a shift in the underlying rationality of EU competition law from the static protection of the freedom to trade of competitors to the dynamic promotion of a competitive process conducive to efficiency gains and contributing as a result to the welfare of consumers. In practice, it entails a move from a form-based to an effects-based approach in EU competition law enforcement.’²²

Diverse documenten van de Commissie vanaf deze periode²³ illustreren deze beleidswijziging. Zo stelt de Commissie in haar ‘Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3’:

‘Doel van artikel 81 is de concurrentie op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen. Concurrentie en marktintegratie zijn een middel voor het bereiken van deze doelstellingen, omdat de totstandbrenging en het behoud van een open interne markt bijdraagt tot een doelmatige middelenallocatie binnen de Gemeenschap – in het belang van de gebruikers.’²⁴

Het Hof van Justitie benadrukt anderzijds dat het kartelverbod meer belangen dient dan alleen het belang van afnemers. Het kartelverbod beschermt ook de belangen van concurrenten en het – meer abstracte – belang van de structuur van de markt en, daarmee, de mededinging als zodanig. Een sprekende uitspraak van het Hof van Justitie in dit verband is *Glaxo*. De vraag was of Glaxo’s distributieovereenkomsten ten aanzien van bepaalde geneesmiddelen –inclusief een beperking van parallelhandel – in aanmerking kwamen voor een ontheffing onder het oude systeem van Verordening (EEG) nr. 17/62. Het Gerecht oordeelde dat ‘een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, in beginsel (kan) worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, maar enkel voor zover kan worden aangenomen dat daarmee de eindgebruikers

deze voordelen worden ontnomen’.²⁵ Volgens het Gerecht kon er – gelet op de juridische en economische context waarin de algemene verkoopvoorwaarden van Glaxo werden toegepast – niet van worden uitgegaan dat zij de eindgebruikers dergelijke voordelen ontnamen.²⁶ Er waren immers groothandelaars – als tussenpersonen – in deze prijsgereguleerde markten actief, die het prijsvoordeel dat de parallelhandel kon meebrengen, voor zichzelf konden houden, in welk geval dit voordeel niet aan de eindgebruikers werd doorgegeven.²⁷ Het Gerecht oordeelde dat de overeenkomst op haar effecten moest worden beoordeeld.²⁸ Het Hof van Justitie volgde de redenering van het Gerecht niet en zette uiteen:

‘Uit die bepaling [artikel 101 VWEU] blijkt geenszins dat alleen de overeenkomsten die de gebruikers bepaalde voordelen ontnemen, een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben. Voorts zij gewezen op de rechtspraak van het Hof, dat artikel 81 EG, zoals ook de overige mededingingsregels van het Verdrag, niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen. Bijgevolg is er niet eerst sprake van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking wanneer de eindgebruikers de voordelen van een doeltreffende mededinging uit het oogpunt van bevoorrading en prijzen worden ontnomen (zie naar analogie arrest T-Mobile Netherlands e.a., reeds aangehaald, punten 38 en 39).’²⁹

Opvallend is dat ACM nu net dit citaat aanhaalt in het boetebesluit van 2011. Daarover later meer.

Het is op zich zelf niet verwonderlijk dat er verschil is tussen de juridische uitleg van het kartelverbod, zoals door het Hof van Justitie verwoord, en het handhavingsbeleid van een toezichthouder. Een toezichthouder kan ervoor kiezen iedere (juridische) inbreuk te vervolgen, maar kan zich bij de prioritering van zaken ook (mede) laten leiden door de effecten van een inbreuk op gebruikers, marktstructuur, of eventuele andere belangen. Zoals Chris Fontein aangaf tijdens het laatste Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht: ‘Voor de duidelijkheid, dit is een uitwerking van onze toezichtstijl. Wij gaan de mededingingswet niet anders interpreteren.’³⁰

De Uitgangspunten sluiten aan bij de *effect-based* benadering van de Commissie in de zin dat het belang van de gebruiker centraal staat in plaats van de vraag of een

22. D.M.B. Gerard, ‘The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War With Itself?’, in: J. Bourgeois en D. Waelbroeck, *Ten Year of Effects-Based Approaching EU Competition Law*, Brussel: Bruylant 2012, p. 2 (te raadplegen via <<http://papers.ssrn.com>>).

23. Gerard 2012, p. 7-9.

24. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (2004/C 101/08), randnr. 13.

25. Gerecht 27 september 2006, zaak T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, ECLI:EU:T:2006:265, r.o. 121.

26. *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, r.o.122.

27. *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, r.o.122.

28. *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, r.o. 147.

29. HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a.*, ECLI:EU:C:2009:610, r.o. 63.

30. Speech Chris Fontein, Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2015, 8 oktober 2015, p. 16.

regel geschonden is.³¹ Een voorbeeld van laatst genoemde legistische benadering is het LHV boetebesluit uit 2011.

De Uitgangspunten wijken echter af van een strikte *effect-based* benadering in de zin dat een subjectief element wordt toegevoegd in de vorm van de wil van de gebruikers. Vermoedelijk zal in veel gevallen de opvatting van de gebruikers een goede indicatie vormen van eventueel schadelijk effect, maar het is niet hetzelfde. Denkbaar is dat er wel een merkbaar effect is op de mededinging, maar gebruikers toch instemmen. Of omgekeerd.

Ten slotte bevat het uitgangspunt dat pas een boete wordt opgelegd nadat een zorgaanbieder in de eerste lijn eerst is gewaarschuwd, een opmerkelijke gelijkenis met het vroegere misbruikstelsel van de Wet economische mededinging (WEM). Daarbij was een concurrentiebeperking legaal (onder andere) totdat de minister van Economische Zaken bij besluit een bepaalde mededingingsregeling³² onverbindend/in strijd met het algemeen belang had verklaard.³³ De 'ja, tenzij'-benadering neemt niet weg dat er uiteraard verschil is tussen beleid en wet op het gebied van rechtsbescherming. Anders dan tegen een formeel besluit kan niet in rechte worden opgekomen tegen een informele waarschuwing van ACM dat een huisartsenregeling volgens haar in strijd is met het kartelverbod.

ACM-beleid

• *Generiek beleid*

Het generieke (niet specifiek op de zorgsector betrekking hebbende) ACM-beleid, dat volgt uit eerdere documenten, lijkt in ieder geval ook sterk de nadruk op het belang van de gebruiker te leggen.

Zo is in het document 'Prioritering van handavingsonderzoeken' uit 2012 te lezen:

'Voor het antwoord op de vraag welke omvang het consumentenbelang heeft dat met een mogelijke overtreding is gemoeid, verkent de NMa in hoeverre

die overtreding – als daarvan sprake zou zijn – de consument (direct of indirect) raakt, bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen, slechtere kwaliteit, beperking van keuzemogelijkheden of een beperking in de mogelijkheid om zijn eigen belang optimaal te behartigen doordat hem de daarvoor benodigde (transparante) informatie wordt onthouden. Dit neemt overigens niet weg dat de NMa onder omstandigheden ook belang kan hechten aan mogelijke overtredingen die ingrijpen in de structuur van de markt.'³⁴

Ook in het document 'Strategie Autoriteit Consument & Markt' wijst ACM op de consumentenbelangen:

'Het streven is om markt- en consumentenproblemen op te lossen. Tegelijkertijd zullen wij steeds oog hebben voor de context en voor de marktstructuur. Is er bijvoorbeeld sprake van een actieve of inactieve consument, zijn er overstapdrempels, en is de markt voldoende transparant? ACM maakt hiervoor ook gebruik van wetenschappelijke inzichten over het gedrag van consumenten.'³⁵

Tot slot komt de nadruk op de gebruiker terug in het document 'Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten': 'ACM geeft haar toezicht op verticale overeenkomsten vorm op basis van de algemene ACM-strategie waarin de welvaart van consumenten centraal staat.'³⁶

Kortom, in het licht van deze beleidsdocumenten is de in de Uitgangspunten genoemde overeenstemming tussen zorgaanbieders en gebruikers als handavingscriterium niet geheel inconsequent. Niet eerder heeft ACM in deze documenten echter zo expliciet aangegeven dat consensus tussen aanbieder en afnemer handhaving van ACM kan voorkomen. Het eerder gesignaleerde subjectieve element is daarin niet terug te vinden.

• *Specifiek beleid met betrekking tot de zorg*

In het eerdere beleid op het gebied van de zorg spelen zorgverzekeraars en patiënten in ieder geval ook een belangrijke rol. Zo gaf ACM in de 'Richtsnoeren voor de zorgsector' uit 2010 aan dat zij op grond van de Mededingingswet zal 'ingrijpen op het moment dat gedragingen van en tussen ondernemingen de concurrentie en de keuzevrijheid voor patiënten of verzekerden belemmeren'.³⁷

Vanaf 2013 geeft ACM steeds explicieter aan dat de opvatting van gebruikers niet alleen (positief) handhaving kan uitlokken, maar ook (negatief) handhaving kan voorkomen. Zo merkte ACM-bestuurder Henk Don in mei 2013 op:

'Als patiënten en zorgverzekeraars unaniem en op goede gronden aangeven dat een voorgestelde samen-

31. Een letterlijke lezing van de Uitgangspunten zou overigens de indruk kunnen wekken dat ACM schade aan patiënten of zorgverzekeraars (effect) gelijk stelt aan een inbreuk: 'Bepaalde vormen van samenwerking of afstemming zijn meestal schadelijk voor patiënten of verzekerden en dan [cursief red.] in strijd met de mededingingsregels.' Niet alles wat schadelijk is, is echter per definitie een mededingingsinbreuk en niet elke mededingingsinbreuk is per definitie schadelijk voor gebruikers (vgl. *Glaxo*). Aangenomen mag dan ook worden dat dit niet bedoeld is.

32. Een overeenkomst of burgerrechtelijk besluit, waarbij de economische mededinging tussen ondernemers wordt geregeld, zie oud art. 1 WEM. Vgl. M.R. Mok, *Kartelrecht Nederland - De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 33 en p. 55.

33. Op grond van art. 19 WEM konden 'Onze Ministers' een mededingingsregeling die naar hun oordeel geheel of gedeeltelijk in strijd is met het algemeen belang onverbindend verklaren. Bij de wetwijziging van 1994, *Stb.* 801, is het woord 'onverbindend' vervangen door: 'in strijd met het algemeen belang'. In de praktijk was er geen verschil, omdat indien een regeling (of gedeelte daarvan) in strijd met het algemeen belang was verklaard, ook onverbindend was na inwerkingtreding van de beschikking (art. 19 lid 3 WEM). Art. 22 WEM bevatte een verbod met betrekking tot het voorschrift van art. 19 WEM. Vgl. M.R. Mok, *Kartelrecht Nederland - De Mededingingswet* Deventer: Kluwer 2004, p. 38.

34. Prioritering van handavingsonderzoeken door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, 14 februari 2012, p. 2.

35. Strategie Autoriteit Consument & Markt, p. 9.

36. Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten, p. 11.

37. Richtsnoeren voor de zorgsector, randnr. 5.

werking of fusie niet op bezwaren stuit, dan is niet te verwachten dat er zich een probleem zal voordoen. In zo'n geval is er voor ACM dus ook geen reden om in te grijpen. De voorgestane koers geldt evenzeer voor fusies als voor andere vormen van samenwerking.³⁸

In de 'ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen' uit 2013 is te lezen:

'ACM grijpt alleen in bij samenwerking als de concurrentie wordt beperkt en er (potentiële) schade voor de patiënt/verzekerde is. Bij de beoordeling van de vraag of er schade te verwachten valt of optreedt, kent ACM grote waarde toe aan de goed beargumenteerde inbreng van patiënten en zorgverzekeraars. Bij de totstandkoming van een samenwerking is het daarom van belang voor ziekenhuizen om vooraf goed vast te leggen hoe patiënten en verzekeraars tegen een samenwerking aankijken.'³⁹

In het document 'Beoordeling fusies en samenwerkingen ziekenhuiszorg' geeft ACM aan:

'Zoals hiervoor aangegeven, dient het toetsen van samenwerking (ook in de zorg) te gebeuren op basis van self assessment. Zorgaanbieders zullen zelf moeten onderzoeken of bepaalde afspraken die zij maken niet schadelijk uitpakken voor de verzekeraars die bij hen zorg inkopen of de patiënten aan wie zij zorg leveren. ACM kan achteraf toetsen of de samenwerking aan deze voorwaarden voldoet en ingrijpen als dit niet het geval is.'⁴⁰

Meer specifiek met betrekking tot de eerstelijnszorg, publiceerde ACM in 2015 eveneens de 'Reactie ACM op casuïstiek actiecomité en LHV'. Dit gaat niet zozeer in op het (handhavings)beleid, maar op de inhoudelijke behandeling van casus die volgens ACM wel of niet zijn toegestaan volgens de Mw. In het begeleidend bericht op haar website schrijft ACM:

'Het toezicht van ACM richt zich op vormen van samenwerking of afstemming die nadelen hebben voor patiënten en verzekerden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als huisartsen overgaan tot het collectief verdedigen van hun ondernemersbelangen. Denk bij ondernemersbelangen aan: de hoogte van vergoedingen, het verdelen van patiënten om de praktijkomzet veilig te stellen of het weren van een nieuwe huisarts omdat deze mogelijk patiënten kan overnemen van reeds gevestigde huisartsen.'

Uit voornoemde documenten blijkt dat (potentiële) schade voor zorgverzekeraars en patiënten een grote rol speelt bij de afweging van ACM al dan niet in te grijpen. De Uitgangspunten sluiten daarbij aan. De Uitgangs-

punten gaan echter verder voor zover ACM aanneemt dat een samenwerking niet schadelijk is en geen aanleiding geeft tot ingrijpen ingeval patiënten en zorgverzekeraars instemmen met gedragingen van zorgaanbieders. Weliswaar zinspeelde Henk Don hier in 2013 ook al op, maar de Uitgangspunten codificeren dit beleid nu in formelere zin.

Overigens is – zoals Henk Don ook in 2013 opmerkte – niet in te zien waarom dit beleid alleen voor eerstelijnszorg zou gelden en niet voor de gehele zorgsector. Ook Chris Fonteijn sprak in dit kader tijdens het eerdergenoemde congres over 'zorg' in algemene zin: 'Samenwerkingsverbanden vinden in de zorg over het algemeen in de openheid plaats, aan tafel bij de afnemers ofwel de verzekeraars. Zij kennen ook onze uitgangspunten en weten ons nu goed te vinden als zij benadeeld worden.'⁴¹

Optreden van ACM in individuele zaken

Hoe verhouden de Uitgangspunten zich tot de ACM-praktijk? We bespreken drie gedragszaken. Twee daarvan – het boetebesluit uit 2011 en het toezeggingsbesluit uit 2012 – kregen dit jaar een interessante wending. In (in ieder geval) de laatste zaak waren de Uitgangspunten daar ook op van invloed. Tot slot gaan we kort in op enkele zorggerelateerde fusiezaken.

• *Besluit ten aanzien van ontheffingsverzoek LHV uit 2001*

In 2001 wees ACM een verzoek van LHV tot een ontheffing op grond van het oude artikel 17 Mw af.⁴² Het verzoek zag kort gezegd op twee aspecten, te weten (1) de vestiging- en praktijkuitoefeningslocatie en (2) de uniformering van aanbod en tarieven ten opzicht van de zorgverzekeraars.⁴³

Ten aanzien van het vestigingsbeleid stelde de DHV-Vestigingscommissie⁴⁴ eerst vast of sprake was van een (nieuwe) vestigingsplaats (overdracht van een praktijk of vrije vestiging). Vervolgens selecteerde de Huisartsengroep de kandidaten.⁴⁵ ACM oordeelde dat (onder andere) dit ertoe strekte en tot gevolg had een marktverdeling tot stand te brengen tussen de in Nederland actieve huisartsen op de lokale markten.⁴⁶ Ook meende ACM dat enkele regelingen met betrekking tot de

41. Speech Chris Fonteijn, Jaarcongres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2015, 8 oktober 2015, p. 15.

42. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537). In het besluit op bezwaar werd het besluit in primo in stand gelaten (Besluit d-g NMa 21 december 2001 (LHV, zaaknr. 2513/40)).

43. Besluit ACM 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), par. 6.2.4.

44. Een DHV staat voor 'Districts Huisartsen Vereniging'. Er waren destijds 23 districten. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 8.

45. Kandidaten voor een vestigingsplaats werden alleen geaccepteerd indien door de gevestigde huisartsen (georganiseerd in een Huisartsengroep) getoetst was (1) of de overeenkomst van de kandidaat wel gelijkloënd was aan die van de andere huisartsen in de Huisartsengroep (waarvan de inhoud weer centraal was voorgeschreven door de DHV resp. LHV), en (2) of de kandidaat ook overigens de instemming had van de gevestigde huisartsen (in de Huisartsengroep). Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 92.

46. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 90.

38. Speech Henk Don 14 mei 2013, 12e Markt & Mededingingsconferentie, p. 7.

39. ACM-lijn maatschappen en ziekenhuizen, p. 3.

40. Beoordeling fusies en samenwerkingen ziekenhuiszorg, p. 3.

bescherming van het praktijkbestand en praktijkgebied⁴⁷ tot doel en tot gevolg hadden patiënten en geografische markten te verdelen.⁴⁸

Ten aanzien van de uniformering van aanbod en tarieven ten opzicht van zorgverzekeraars, oordeelde ACM dat een huisarts aanvaardde dat een DHV in zijn plaats overeenkomsten met zorgverzekeraars aanging en dat hij zijn eigen bevoegdheid opgaf om op individuele basis en op zijn eigen voorwaarden te contracteren. Via de door de verschillende DHV's te sluiten CZO's (collectieve zorgovereenkomsten) werd bereikt dat huisartsen binnen de betreffende DHV hun diensten tegen identieke voorwaarden aanboden. Volgens ACM werd hierdoor de onderlinge concurrentie tussen huisartsen binnen een DHV op het gebied van voorwaarden waaronder zij hun diensten aanboden, volledig uitgesloten.⁴⁹ Deze regelingen hadden – volgens ACM – tot doel en ten gevolg dat een uniform aanbod tot stand kwam waardoor de mededinging werd beperkt.⁵⁰

Wanneer dit besluit tegen de Uitgangspunten wordt aanhouden, valt een aantal punten op. Ten eerste de rol van de zorgverzekeraars ten aanzien van de collectieve opstelling van de huisartsen jegens hen. De zorgverzekeraars lijken hier geen grote bezwaren tegen te hebben gehad.⁵¹ Integendeel, blijkens het besluit hadden ook diverse zorgverzekeraars ontheffingsaanvragen ingediend die betrekking hadden op CZO's met de regionale DHV's.⁵² Het is de vraag of ACM na publicatie van de Uitgangspunten bij een dergelijke situatie nu zou ingrijpen. Daarover later meer.

Ten tweede merkte ACM op dat in 1999 klachten waren ontvangen met betrekking tot de beperking van de mogelijkheid van vrije vestiging en, voorts, de onderlinge afspraken tussen huisartsen bepaalde patiënten te weigeren en door te verwijzen.⁵³ Het is goed voorstelbaar dat de eerste klacht afkomstig was van een concurrerende huisarts. Ook in dit geval rijst de vraag of ACM vandaag nog een onderzoek zou instellen indien overeenstemming tussen de zorgverzekeraar en huisarts zou bestaan.

• *Boetebesluit ten aanzien van LHV uit 2011*

Op 30 december 2011 legde ACM aan de LHV een boete op van 7.719.000 euro voor een overtreding van het kartelverbod, meer specifiek een besluit van een onder-

nemingsvereniging met een strekking de mededinging te beperken door te adviseren over – wederom – vestigingsbeleid.⁵⁴

Enkele punten vallen op wanneer we de Uitgangspunten tegen dit besluit aanhouden. In het begeleidend persbericht is te lezen: 'Dit beleid benadeelt niet alleen nieuwe huisartsen, maar ook patiënten en zorgverzekeraars die daardoor minder keuze hebben'.⁵⁵ Interessant is dat Henk Don ook de 'nieuwe huisartsen' noemt, naast de patiënten en de zorgverzekeraars. Dat impliceert dat ACM het nadeel voor concurrenten ten minste heeft meegewogen in haar besluit. Verder is interessant dat in deze zaak sprake was van een praktijk die op z'n minst gebillijkt werd door de zorgverzekeraars. Zo merkte ACM in randnummer 58 van haar besluit in primo op: 'Uit het onderzoek van de NMa in deze zaak volgt dat zorgverzekeraars het in de praktijk aan de (groep van) gevestigde huisartsen overlaten of en hoe de praktijk wordt overgenomen.' Ongeacht de vraag of dit helemaal juist is – de Rechtbank Rotterdam weersprak dit in r.o. 6.7 van haar vonnis van 17 december 2015⁵⁶ – rijst de vraag hoe dit zich verhoudt tot het beweerdelijke nadeel van zorgverzekeraars. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat ACM hier een meer legistische benadering volgde, mede gelet op de verwijzing naar *Glaxo*: 'Niet is vereist dat het besluit de belangen van concurrenten of consumenten schaadt; de mededingingsregels dienen volgens vaste rechtspraak ertoe om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.'⁵⁷

Het is moeilijk voorstelbaar dat ACM een dergelijke overweging vandaag de dag nog zou laten meewegen in een beslissing met betrekking tot handhaving in de eerstelijnszorg.

Overigens heeft de Rechtbank Rotterdam het beroep van de LHV tegen dit besluit op 17 december 2015 gegrond verklaard en het besluit van ACM vernietigd.⁵⁸ De rechtbank oordeelde bij de bespreking van de relevante juridische en economische context dat de eindbeslissing tot het verstrekken van een contract aan een huisarts niet bij de huisartsen, maar bij de zorgverzekeraars lag. Naar het oordeel van de rechtbank was onvoldoende komen vast te staan dat de huisartsen een dermate sterke positie hadden ten opzichte van de zorgverzekeraars, dat zij aan hen via een door hen te organiseren sollicitatieprocedure hun wil konden opleggen met betrekking tot het al dan niet verstrekken van contracten aan nieuw toetredende huisartsen. De rechtbank was dan ook van oordeel dat de Aanbevelingen, gelet op de bewoordingen, de bedoeling en de economische context, geen deugdelijk middel vormden met de strekking de

47. Zoals (1) een non-concurrentiebeding zoals opgenomen in de LHV-waarneemregeling dat tot gevolg zou hebben dat de bij de LHV aangesloten huisartsen zich beschermd wisten tegen (directe) concurrentie van andere huisartsen binnen hun Waarneemgroep (Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 96), (2) bescherming van het praktijkbestand en gebied door de regels terzake van de minimum- en maximumpraktijkomvang (Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 97 en 100) en (3) de eis dat de huisarts bij spoedgevallen binnen 15 minuten aanwezig moest kunnen zijn zoals opgenomen in de Nota bereikbaarheid en beschikbaarheid (Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 42 en 98).

48. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 99.

49. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 100.

50. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 110.

51. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 32.

52. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 54.

53. Besluit d-g NMa 11 april 2001 (LHV, zaaknr. 537), randnr. 53.

54. Besluit RvB NMa 30 december 2011 (LHV, zaaknr. 6888/435). In het besluit op bezwaar werd het besluit in primo in stand gelaten (Besluit ACM 3 februari 2001 (LHV, zaaknr. 6888_1/510).

55. Zie het persbericht *NMa beboet LHV wegens ongeoorloofde vestigingsadviezen* van 9 januari 2012 op <www.acm.nl>.

56. Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

57. Besluit RvB NMa 30 december 2011 (LHV, zaaknr. 6888/435), randnr. 128 en voetnoot 128.

58. Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

mededinging te beperken.⁵⁹ ACM is niet tegen dit vonnis in beroep gegaan.

• *ACM toezeggingsbesluit uit 2012*

Ongeveer een jaar na het hiervoor genoemde boetebesluit nam ACM jegens de LHV een toezeggingsbesluit.⁶⁰ Daarbij zegden de regionale LHV-huisartsenkringen toe geen adviezen meer te zullen geven aan hun leden over het tekenen van door zorgverzekeraars aangeboden contracten. Ook zegden de regionale kringen toe niet als collectief met zorgverzekeraars te zullen onderhandelen over de beoogde voorwaarden in de huisartsenzorgcontracten die betrekking hebben op concurrentieparameters, behalve in twee specifieke omstandigheden waarin artikel 6 lid 3 Mw van toepassing is.

Op 15 december 2015 heeft ACM dit besluit ingetrokken.⁶¹ ACM merkt op dat zij een besluit als bedoeld in artikel 12h lid 1 Mw kan wijzigen of intrekken indien:

- a. er een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust;
- b. het besluit berust op door de marktorganisatie verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende gegevens;
- c. de marktorganisatie in strijd met de toezeggingen handelt.

ACM constateert dat de LHV tot op heden heeft voldaan aan alle verplichtingen die volgen uit de toezeggingen die in 2012 zijn gedaan en door ACM bindend zijn verklaard:

38

‘ACM heeft tevens een wezenlijke wijziging van de omstandigheden op de markt kunnen waarnemen en concludeert dat de toezeggingen zoals die de afgelopen jaren van kracht zijn geweest, de wijze van toezicht die ACM onder de huidige omstandigheden effectief acht niet langer ondersteunen.’⁶²

ACM lijkt met dit laatste te verwijzen naar intrekkinggrond ‘a’. Het is echter de vraag of dit hetzelfde is als een wezenlijke verandering in de feiten waarop het besluit berust. Het lijkt eerder te gaan om een nieuw beleid zoals dat uiteen is gezet in de Uitgangspunten. Zo geeft ACM in het intrekkingbesluit aan dat:

‘Tegen de achtergrond van bewegingen die binnen de sector in de loop van 2015 in gang zijn gezet, heeft ACM op 19 september 2015 het document “Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn” gepubliceerd. Hierin beschrijft ACM de wijze van toezicht die zij doeltreffend en passend acht binnen de specifieke omstandigheden in de eerstelijnszorg.’⁶³

De invloed van de Uitgangspunten is ook terug te zien in de opmerking van ACM dat het ACM bekend is (1)

dat zorgverzekeraars behoefte hebben aan enig overleg met en consultatie van huisartsen om in contracten goed te kunnen inspelen op landelijke en regionale ontwikkelingen en behoeften en dat (2) ACM enige verstarring in de markt heeft waargenomen die contraproductief was.⁶⁴

• *Fusie zaken*

Tot slot valt op dat ACM ook op het gebied van concentraties in de (ziekenhuis)zorg veel waarde hecht aan de opvattingen van zorgverzekeraars en patiënten.⁶⁵ Zo lijken de standpunten van (enkele) zorgverzekeraars een overwegende rol te hebben gespeeld in de eerste, en tot dusver enige verbodsbeschikking ten aanzien van een ziekenhuisfusie (*Albert Schweitzer Ziekenhuis/Rivas Zorggroep*).⁶⁶

Hoewel het in concentratiezaken gebruikelijk is dat marktpartijen door de toezichthouder worden geconsulteerd alvorens een besluit wordt genomen, is de taak en beleidsvrijheid van de toezichthouder in concentratiezaken wezenlijk anders dan in gedragszaken. Daarmee is ook het belang dat kan worden gehecht aan de mening van marktpartijen anders. Waar de toezichthouder in gedragszaken een ruime discretionaire marge heeft om zaken al dan niet aan te pakken in het licht van zijn handhavingbeleid, dient de toezichthouder in concentratiezaken simpelweg een besluit te nemen of de concentratie wel of niet wezenlijk de mededinging beperkt. De toezichthouder zal op basis van een eigen, objectieve prospectieve (kwantitatieve en kwalitatieve) analyse zich een oordeel moeten vormen of de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze door de concentratie zal worden belemmerd. Daarbij mag worden geluisterd naar de mening van patiënten of zorgverzekeraars, maar deze mening kan nooit, zoals bij het gedragstoezicht, de doorslag geven of een bepaalde gedraging wel of niet wordt verboden.

Conclusie

In beginsel passen de Uitgangspunten in een moderne, *effect-based* benadering van het gedragstoezicht van de Commissie en ACM. De gebruiker staat centraal. ACM heeft daarbij de meer legistische benadering uit haar beginjaren om alles te beboeten dat in strijd was met de wet verlaten. Dat is toe te juichen. Opvallend is echter dat de mening van de gebruiker – zorgverzekeraar en patiënt – hier als een proxy voor het effect wordt gezien. Als zorgaanbieders, patiënten en zorgverzekeraars er onderling uitkomen, wordt aangenomen dat er geen schadelijk effect is. Dat is mogelijk een pragmatische benadering, maar deze aanname zal niet altijd juist zijn.

59. Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352, r.o. 6.8.

60. Besluit RvB NMa 4 december 2012 (LHV, zaaknr. 7191/138).

61. Besluit ACM 15 december 2015 (zaaknr. 15.1149.28).

62. Besluit ACM 15 december 2015 (zaaknr. 15.1149.28), randnr. 10.

63. Besluit ACM 15 december 2015 (zaaknr. 15.1149.28), randnr. 8.

64. Besluit ACM 15 december 2015 (zaaknr. 15.1149.28), randnr. 7.

65. Zie ook R. Kemp, M.-L. Leijh-Smit en K. Schep, ‘Concentratietoezicht ACM in de ziekenhuissector’, *M&M* 2015/3. De auteurs weerspreken overigens dat ACM de mening van zorgverzekeraars bij de beoordeling van fusies in de ziekenhuissector klakkeloos volgt (p. 110).

66. Besluit ACM 22 juli 2015 (Albert Schweitzer Ziekenhuis - Rivas Zorggroep, zaaknr. 14.0982.24), (bijvoorbeeld) randnr. 180.

Daarbij komt een aantal vragen op. Kan ACM nog optreden tegen een regeling van zorgaanbieders in de eerste lijn als zorgverzekeraars en patiënten hiermee instemmen, ook als het een strekkingsbeding betreft? In hoeverre kan ACM handhaven als zorgverzekeraars en patiënten in eerste instantie akkoord gaan met een bepaalde gedraging van zorgaanbieders, maar later, zonder duidelijke motivering of wijziging van omstandigheden, hun mening veranderen?

Het zou nuttig zijn als ACM zou aangegeven wat de formele vereisten zijn die worden gesteld aan de instemming van patiënten en zorgverzekeraars, hoe getoetst kan worden wat patiënten en zorgverzekeraars precies willen en of een latere intrekking van instemming alsnog handhaving kan uitlokken.

Ook zou het nuttig zijn indien ACM, mede in het licht van de maatschappelijke discussies daaromtrent, zou aangeven of en zo ja wat de verschillen zijn tussen eerstelijnszorg en andere takken van zorg die een eventueel verschil in benadering rechtvaardigen.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat, anders dan sommige uitspraken lijken te indiceren, deze uitgangspunten voor het handhavingsbeleid in het kader van het gedragstoezicht niet op gelijke wijze mogen worden toegepast in het concentratietoezicht.