

Annotatie

Landelijke Huisartsen Vereniging

Annotatie van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 december 2015,
ECLI:NL:RBROT:2015:9352

Marc Wiggers, Robin Struijlaart en Joris Ruigewaard*

160

Inleiding

Op 17 december 2015 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak (hierna: de uitspraak) gedaan op het beroep van de Landelijke Huisartsen Vereniging (de LHV) tegen het besluit van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) op het bezwaarschrift van de LHV van 3 februari 2014 (hierna: het besluit op bezwaar).¹

De historie van het conflict tussen de LHV en ACM over het vestigingsbeleid van LHV gaat terug tot 2001, toen ACM het toenmalige vestigingsbeleid van de LHV toetste aan het kartelverbod en weigerde een ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw (inmiddels vervallen) te verlenen wegens strijd van het toenmalige beleid met het mededingingsrecht.² Een klein decennium later startte ACM een kartelonderzoek naar LHV, hetgeen resulteerde in een besluit waarbij ACM op 30 december 2011 aan de LHV een boete oplegde van 7.719.000 euro en een last onder dwangsom wegens overtreding van het

kartelverbod (hierna: het primaire besluit).³ In haar besluit op bezwaar verklaarde ACM het beroep van LHV grotendeels ongegrond, maar stelde zij desondanks de boete bij naar 5.907.000 euro, omdat volgens ACM zorgverzekeraars alerter hadden kunnen zijn op gedragingen van huisartsen die de vestiging van nieuwe huisartsen beperkten.

Volgens ACM heeft de LHV mededingingsbeperkende aanbevelingen met betrekking tot de vestiging van nieuwe huisartsen gedaan (hierna: de aanbevelingen). De Rechtbank Rotterdam volgt ACM niet in deze gevolgtrekking, omdat naar het oordeel van de rechtbank de aanbevelingen, gelet op de bewoordingen, de bedoeling en de economische context, geen deugdelijk middel vormden met de strekking de mededinging te beperken.

Samenvatting en commentaar

Besluit ondernemersvereniging

Allereerst gaat de rechtbank na of het vestigingsbeleid kan worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging. Om te beoordelen of dit het geval is, gaat de rechtbank na of de aanbevelingen van de LHV kunnen worden beschouwd als een getrouwe weergave van de wil van de LHV om het gedrag van haar leden ter zake te coördineren. De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend.

3. ACM legde tevens boetes op aan twee natuurlijke personen, omdat zij volgens ACM feitelijk leiding gaven aan de overtreding van de LHV. Deze boetes zijn door ACM in besluit op bezwaar van tafel gehaald. Voor een bespreking van deze boetes zie Wiggers, Struijlaart en Ruigewaard 2014.

* Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. R.A. Struijlaart is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff. Mr. J. Ruigewaard was ten tijde van het schrijven van deze annotatie werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff en zal vanaf september 2016 werkzaam zijn als advocaat bij Maverick Advocaten. De auteurs danken mr. drs. M.C. Brabers, eveneens advocaat bij Loyens & Loeff, voor zijn bijdrage aan de totstandkoming van deze annotatie.

1. De auteurs hebben tevens het besluit op bezwaar geannoteerd, zie M.Ph.M. Wiggers, R.A. Struijlaart en J. Ruigewaard, 'Landelijke Huisartsen Vereniging', annotatie van zaak 6888_1/510, LHV. Beslissing op bezwaar van de Autoriteit Consument & Markt d.d. 3 februari 2014', *M&M* 2014/4, p. 149-157.
2. Besluit ACM 11 april 2001, zaak 537 (LHV).

In dit kader gaat de rechtbank in op de omstandigheden waaronder de aanbevelingen tot stand zijn gekomen.⁴ De aanbevelingen kregen voor het eerst gestalte in 2006 in een notitie ‘*Vestigingsbeleid*’. Deze notitie is voorgelegd aan het bestuur van LHV ten behoeve van een bestuursvergadering in februari 2007. Het staat volgens de rechtbank evenwel niet vast of de notitie ook daadwerkelijk is besproken tijdens deze bestuursvergadering. Volgens de rechtbank staat daarentegen wel vast dat het vestigingsbeleid hierna tijdens meerdere gesprekken en overleggen aan bod is gekomen. Zo is een aangepaste versie van de notitie besproken tijdens een bestuursvergadering in september 2007. Uiteindelijk is tijdens een bestuursvergadering in juli 2008 besproken dat de notitie moest worden geactualiseerd, hetgeen resulteerde in een (concept)memo ‘*Vestiging*’ gericht aan het bestuur (met als bijlage de notitie). Het (concept)memo is vervolgens als ‘besluitvormend’ geagendeerd voor een bestuursvergadering in oktober 2008. De rechtbank concludeert uit deze gang van zaken dat de aanbevelingen tot stand zijn gekomen met medeweten van het bestuur van de LHV.

De aanbevelingen zijn in mei 2008 op het besloten gedeelte van de website van LHV geplaatst. Enkele dagen later is een link naar de aanbevelingen per digitale nieuwsbrief, getiteld ‘vestigingsbeleid houdt regionale huisartsenaanbod in balans’, naar de leden van LHV gestuurd. Hiermee staat naar het oordeel vast dat de aanbevelingen zijn gecommuniceerd aan de leden van de LHV. De rechtbank gaat voorbij aan de stelling van LHV dat de aanbevelingen buiten medeweten van het bestuur op het besloten deel van de website zijn geplaatst.

Deze overwegingen van de rechtbank zijn niet opzienbarend. Echter, ten aanzien van de vraag of sprake is van opvolging van de leden van de LHV is de rechtbank vrij kort van stof, terwijl de uitspraak en de onderliggende ACM-besluiten bepaald niet de conclusie rechtvaardigen dat de adviezen breed opgevolgd werden. Volgens de rechtbank tonen de voorbeelden van opvolging, die blijken uit het besluit op bezwaar, aan dat sprake is van ‘enige’ opvolging in ‘diverse gevallen’ van de aanbevelingen door de leden van de LHV. ‘Enige’ opvolging is voor de rechtbank dus blijkbaar voldoende om in dit geval te kunnen spreken van een besluit van een ondernemersvereniging. Wij zetten hier onze vraagtekens bij. Zoals wij al overwogen in onze annotatie bij het besluit op bezwaar kan ACM ten aanzien van driekwart van de leden van de LHV – dus de overgrote meerderheid – niet aantonen dat dat zij de adviezen hebben opgevolgd, terwijl de Europese jurisprudentie ter zake wel degelijk een ‘voldoende’ mate van opvolging lijkt te vereisen.⁵ De rechtbank vindt ‘enige naleving’ dus blijkbaar ‘voldoende’ en lijkt ACM daarmee een (nog) lagere bewijslast op te leggen dan ACM zichzelf in bezwaar lijkt te hebben opgelegd. ACM deed immers wel onderzoek naar de mate van naleving maar achtte een beperkte

naleving – ten minste 26 procent van de huisartsenkringen – voldoende om van een besluit van een ondernemersvereniging te kunnen spreken. De rechtbank daarentegen lijkt het voldoende te vinden dat er enkele voorbeelden van naleving zijn te geven en lijkt zich niet te bekommeren om het exacte (minimale) nalevingspercentage.

Mededingingsbeperkende strekking

Die meevaller brengt ACM uiteindelijk evenwel weinig. De rechtbank is namelijk van oordeel dat de aanbevelingen, gelet op de bewoordingen, de bedoeling en de economische context, geen deugdelijk middel vormden met de strekking de mededinging te beperken en vernietigt gezien het gebrek aan deugdelijke motivering het bestreden besluit wegens strijd met artikel 7:12 Awb.

Bij de beoordeling of de aanbevelingen een mededingingsbeperkende strekking hebben, verwijst de rechtbank naar de Unierechtelijke uitspraken *Allianz Hungaria*⁶ en het latere *Cartes Bancaires*.⁷ Volgens de rechtbank volgt uit deze rechtspraak dat bij de beoordeling of sprake is van een mededingingsbeperkende strekking moet worden gelet op de bewoordingen, op de bedoeling en op de economische en juridische context van de aanbevelingen. Zij merkt verder op dat bij de beoordeling van de juridische en economische context ook rekening dient te worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.⁸

De rechtbank kijkt eerst naar de bewoordingen en bedoeling van de aanbevelingen. De rechtbank stelt vast dat, hoewel de aanbevelingen huisartsen onder meer het advies geven om periodiek te evalueren of het huisartsenaanbod in evenwicht is, de aanbevelingen niet uitdrukkelijk aanbevelen om een overschot door middel van de waarneemregeling op te lossen. Daarmee maakt de waarneemregeling volgens de rechtbank als mededingingsbeperkend middel geen onderdeel uit van de aanbevelingen. De rechtbank hecht hier erg aan de letterlijk gebezigde bewoordingen van de aanbevelingen. Inderdaad stellen die niet letterlijk dat ‘boventallige’ nieuwkomers per definitie moeten worden geweerd uit waarneemregelingen, maar dit wordt wél vrijblijvend in overweging gegeven:

[a]ls blijkt dat het overschot van permanente aard is, moet de hagro bekijken hoe dit overschot opgelost kan worden. Hierbij kan gedacht worden aan het *verminderen van het aantal waarnemers* of huisartsen in loondienst. Evenzeer kan besloten worden geen actie te ondernemen. Het kan de kwaliteit van de zorg namelijk ten goede komen.’

4. Zie r.o. 5.6. e.v. van de uitspraak.

5. Wiggers, Struijlaart en Ruigewaard 2014, p. 152.

6. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungaria Biztosító Zrt*, ECLI:EU:C:2013:160. Zie voor een bespreking R. Wesseling, ‘De EU-rechter denkt in-the-box’, *M&M* 2015/01.

7. HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13, *Groupement des cartes bancaires/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2204.

8. *Groupement des cartes bancaires/Commissie*, r.o. 6.3.

Het is op het eerste gezicht lastig te begrijpen hoe de rechtbank enerzijds kan oordelen dat sprake is van een (bindend, dwingend) besluit van een ondernemersvereniging, maar anderzijds wel concludeert dat de aanbevelingen op het punt van de waarneemregeling vrijblijvend zijn. Wellicht echter heeft de rechtbank bedoeld te zeggen dat de aanbevelingen ten aanzien van de waarneemregeling géén besluit van een ondernemersvereniging inhouden, maar met betrekking tot andere onderwerpen weer wél.

Het belang dat de rechtbank hecht aan de letterlijke, vrijblijvende tekst van de aanbevelingen lijkt hoe dan ook doorslaggevend voor de voor de LHV positieve uitkomst van de procedure. De waarneemregeling vormt namelijk, in de argumentatie van ACM, juist een essentieel middel voor huisartsen om de toetreding te reguleren. ‘Wilde vestiging’ – zonder toetreding tot een groep samenwerkende huisartsen die waarneming onderling regelt – is volgens ACM namelijk onaantrekkelijk voor huisartsen. Met andere woorden, zittende huisartsen kunnen nieuwe toetreders belemmeren door hen geen onderdeel te laten uitmaken van een waarneemregeling. De rechtbank volgt ACM echter niet in de stelling dat ook zonder een concrete aanbeveling het voor huisartsen duidelijk moest zijn dat een overschot door een waarneemregeling kon worden opgelost. Ook volgt de rechtbank ACM niet in de stelling dat de aanbeveling moet worden uitgelegd als een kwantitatieve mededingingsbeperking, omdat de aanbevelingen geen normstelling van het wenselijk aantal patiënten per huisarts bevatten. Vervolgens beoordeelt de rechtbank de relevante juridische en economische context van de huisartsenmarkt ten tijde van de aanbevelingen. De rechtbank kijkt in dit kader met name naar de rol van de zorgverzekeraar. Dit is niet geheel verwonderlijk gezien de cruciale ‘registreursrol’ die de zorgverzekeraar vervult in ons zorgstelsel. ACM lijkt overigens zelf het belang van de rol van de zorgverzekeraar te erkennen in haar besluit op bezwaar waarin zij de boete opgelegd aan LHV verlaagde, omdat volgens ACM zorgverzekeraars alerter hadden kunnen zijn op gedragingen van huisartsen die de vestiging van nieuwe huisartsen beperkten. De rechtbank acht relevant dat indien een huisarts ten tijde van de aanbevelingen toetrad tot de huisartsenmarkt zonder overeenkomst met een zorgverzekeraar, deze huisarts ongeveer 10 procent van zijn omzet misliep (een huisarts zonder contract kreeg niet alle verrichtingen volledig vergoed). De rechtbank merkt op dat om die reden toetredende huisartsen bij voorkeur een overeenkomst sloten met een zorgverzekeraar. Het besluit om wel of niet te contracteren lag bij de zorgverzekeraar, die zelfstandig (al dan niet in samenwerking met zittende huisartsen) beoordeelde of in een bepaalde regio behoefte bestond aan additionele capaciteit. Volgens de rechtbank is onvoldoende komen vast te staan dat huisartsen met betrekking tot de vestiging van nieuwe huisartsen hun wil konden opleggen aan zorgverzekeraars. Evenmin is volgens de rechtbank gebleken dat de aanbevelingen reeds invloed hadden op het proces van toetreding voorafgaand aan contractering met zorgverzekeraars. De

rechtbank is daarom van oordeel dat de aanbevelingen geen deugdelijk middel vormen met de strekking de mededinging te beperken.

In de afsluiting van onze annotatie bij het besluit op bezwaar⁹ concludeerden wij al dat de rol van de zorgverzekeraars in dit besluit onderbelicht leek te blijven en dat op dit onderwerp een beroep zeker kansrijk leek. Die voorspelling blijkt te zijn uitgekomen en in dit opzicht verbaast de einduitkomst dus niet. Zoals al aangegeven, valt daarbij wel op dat de conclusie van de rechtbank dat het vestigingsbeleid niet verplichtend voorschrijft dat ‘boventallige’ nieuwe huisartsen moeten worden geweerd uit waarneemregelingen de doorslag lijkt te hebben gegeven. Uit de ACM-besluiten *in primo* en op bezwaar volgt dat het vestigingsbeleid (in elk geval volgens ACM) ook betrekking zou hebben op toelating tot waarneemregelingen van huisartsenkringen. Op het moment dat een huisarts wél toestemming krijgt van een zorgverzekeraar om zich op een bepaalde locatie te vestigen maar vervolgens door de plaatselijke huisartsenkring niet wordt toegelaten tot een waarneemregeling, is het maar zeer de vraag of voor die huisarts vestiging wel een reële optie is. Weliswaar schrijft het vestigingsbeleid inderdaad niet dwingend voor om huisartsen voor wie er geen ruimte wordt geacht te bestaan te weren uit waarneemregelingen, het geeft de LHV-leden die mogelijkheid wel degelijk in overweging. Daarmee zou het vestigingsbeleid dus ook met een krachtige zorgverzekeraar met compenserende afnemersmacht nog wel degelijk invloed hebben op de mogelijkheid van individuele huisartsen om zich ergens te vestigen, indien huisartsengroepen *en masse* door de aanbevelingen op het idee komen om nieuwkomers voor wie zij geen ruimte zien op de lokale markt uit waarneemregelingen te weren. In dat geval zouden de aanbevelingen – hoe vrijblijvend ook – wellicht geen mededingingsbeperkende strekking hebben, maar dan toch een mededingingsbeperkend gevolg kunnen hebben. Voor dat alternatieve anker is ACM evenwel niet gaan liggen, wat haar in deze procedure mogelijk de das om heeft gedaan.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat op basis van de jurisprudentie eigenlijk steeds minder helder wordt, welk contextonderzoek een mededingingsautoriteit nu eigenlijk dient te verrichten alvorens zij rechtsgeldig een mededingingsbeperkende strekking mag aannemen. Zowel de Unierechtelijke als nationale jurisprudentie is de laatste jaren op dit vlak behoorlijk op drift en daarbij niet altijd in dezelfde richting. Met de trits

9. De auteurs hebben tevens het besluit op bezwaar geannoteerd, zie Wiggers, Struijlaart en Ruigewaard 2014.

BIDS,¹⁰ *T-Mobile*¹¹ en *Expedia*¹² leek de Unierechter een *effects based approach* te verwerpen en gaf hij de Commissie een behoorlijke speelruimte om ook aan gedragingen die (wellicht) slechts een potentieel mededingingsbeperkende werking hebben toch rechtsgeldig een mededingingsbeperkende strekking te mogen toekennen. Kennelijk vond het Hof van Justitie dat de bewijslast die op mededingingsautoriteiten rust daarmee toch wat al te gering werd, want in *Allianz Hungaria*¹³ ging het ‘vol in de remmen’ door voor de aanname van een mededingingsbeperkende strekking door een mededingingsautoriteit juist in alle gevallen een volledig contextonderzoek naar de daadwerkelijke gevolgen te eisen. Het onderscheid tussen strekkings- en gevolgbeperkingen leek daarbij te vervagen. Een poging de orde in dit opzicht te herstellen volgde al zes maanden later in *Cartes Bancaires*,¹⁴ in welk arrest het Hof van Justitie bepaalde dat weliswaar – zoals volgt uit *BIDS* – bij bepaalde vormen van collusie (let op dat het Hof van Justitie hier overigens niet spreekt van besluiten van ondernemersverenigingen) kan worden aangenomen dat ze de mededinging zo nadelig beïnvloeden dat zij per definitie een mededingingsbeperkende strekking hebben, maar dat dit laatstgenoemde begrip ‘restrictief’ moet worden uitgelegd. Het restrictieve ‘lijstje’ met daarop de gedragingen waarvoor dit geldt, verschaftte het Hof van

Justitie ons in dit arrest evenwel niet. Uit de recente arresten *ING Pensii*¹⁵ en *Toshiba*¹⁶ lijkt de lezer voorzichtig te kunnen afleiden dat in ieder geval klassieke, heimelijke en zuivere markt- en klantverdelingsafspraken (*‘naked restraints’*¹⁷) op dit lijstje thuishoren.

Kijkend naar de hier besproken uitspraak lijkt de rechtbank zich van de aangehaalde jurisprudentie voorname-lijk te baseren op *Allianz Hungaria* (en dus te eisen dat de relevante markt en de positie van alle actoren daarop in alle gevallen volledig in kaart moet worden gebracht voordat de conclusie van een mededingingsbeperkende strekking mag worden getrokken), ofschoon zij ook verwijst naar *Cartes Bancaires*. Als reeds vermeld past die benadering in een patroon dat ook de Nederlandse rechter – net als de Unierechter – in het verleden niet altijd volledig consequent lijkt te zijn omgegaan met de toedeling van de op een mededingingsautoriteit rustende bewijslast. In *Bredase notarissen*¹⁸ lijkt het CBB aan klantverdeling eigenlijk altijd een mededingingsbeperkende strekking toe te kennen, behoudens in de gevallen waarin de ondernemingen die zo’n afspraak maken een marginale marktpositie hebben.¹⁹ Feitelijk is dit *BIDS avant-la-lettre*. *Allianz Hungaria* dan wel *Cartes Bancaires avant-la-lettre* predikt de Nederlandse bestuursrechter vervolgens jarenlang in uitspraken als *Secon*,²⁰ *Psychologen*,²¹ *Thuiszorg Kennemerland*²² en *Thuiszorg ’t Gooi*.²³ In al deze zaken stelde de rechter zeer hoge eisen aan het contextonderzoek dat noodzakelijk was alvorens de conclusie dat sprake is van een mededingingsbeperkende strekking mag worden getrokken. In de lijn *BIDS* staan dan weer de zaken *Fietsen* (chronologisch een uitzondering, want daterend uit de tijd dat de nationale rechter steeds een volledig contextonderzoek eiste)²⁴ en recenter *Executieveilingen*²⁵ (hoewel de Rechtbank Rotterdam hier wel een ‘formele’ ver-

10. HvJ EG 20 november 2008, zaak C-209/07, *BIDS*, ECLI:EU:C:2008:643, r.o. 17: ‘Het onderscheid tussen “inbreuken met mededingingsbeperkende strekking” en “inbreuken met mededingingsbeperkende gevolgen” houdt verband met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging.’
11. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343, r.o. 31: ‘(...) van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen. De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de berekening van het bedrag van de geldboeten en voor de bepaling van de rechten op schadevergoeding.’
12. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, r.o. 37: ‘Bijgevolg moet worden vastgesteld dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt.’
13. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungaria Biztosító Zrt*, ECLI:EU:C:2013:160, r.o. 36: ‘Bij de beoordeling of een overeenkomst “naar haar strekking” mededingingsbeperkend is, moet worden gelet op de bewoordingen en doelen ervan, alsmede op de economische en juridische context (...). Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.’ [cursivering door de auteurs]. Zie ook R. Wesseling, ‘De EU-rechter denkt in-the-box’, *M&M* 2015/1.
14. HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, r.o. 58: ‘Ten tweede heeft het Gerecht in punt 124 van het bestreden arrest, en nadien in punt 146 van dat arrest, ten onrechte geoordeeld dat het begrip mededingingsbeperkende “strekking” niet “restrictief” hoeft te worden uitgelegd. Dit begrip kan uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht.’

15. HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-172/14, *ING Pensii*, ECLI:EU:C:2015:484, r.o. 32: ‘In dat verband blijkt uit de rechtspraak dat overeenkomsten die verdeling van de klanten voor diensten beogen, als vormen van samenwerking naar hun aard bijzonder schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Overeenkomsten over de verdeling van klanten behoren kennelijk, net als overeenkomsten over de prijzen, tot de categorie van de ernstigste mededingingsbeperkingen.’
16. HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-373/14 P, *Toshiba Corporation/Commissie*, ECLI:EU:C:2016:26, r.o. 28: ‘Zo heeft het Hof reeds geoordeeld dat marktverdelingsovereenkomsten zeer zware inbreuken op de mededinging opleveren. Het Hof heeft tevens overwogen dat overeenkomsten die een verdeling van markten beogen, op zich een mededingingsbeperkend doel hebben en behoren tot een groep overeenkomsten die uitdrukkelijk door artikel 101, lid 1, VWEU zijn verboden, aangezien een dergelijk doel niet kan worden gerechtvaardigd op basis van een analyse van de economische context waarin de betrokken mededingingsverstoringe gedragingen worden verricht.’
17. Vergelijk in dit verband ook de annotatie van Wesseling bij *Cartes Bancaires*, *M&M* 2015/1, op p. 2.
18. CBB 12 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO6479.
19. Conform het arrest *Völk/Vervaecke*, HvJ EG 9 juli 1969, zaak C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35. Zie CBB 12 maart 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO6479, r.o. 6.2
20. CBB 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309.
21. CBB 6 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF8820.
22. Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1327.
23. Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1335.
24. CBB 4 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.
25. Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10174.

wijzing plaatst naar *Cartes Bancaires*). Als aangegeven opteert de rechtbank in de hier besproken zaak dan weer voor de lijn uit *Allianz Hungaria*.²⁶ Behoudens de hier-voor geplaatste kanttekening ten aanzien van de vraag welk concreet verschil de vraagmacht van de zorgverzekeraars ten aanzien van het LHV-vestigingsbeleid nu eigenlijk kon maken, valt die hernieuwde omslag naar de mening van de auteurs in algemene zin overigens toe te juichen. Het gaat immers om een bevoegdheid tot het opleggen van punitieve sancties. Het zou indruisen tegen de principes van de rechtsstaat en het EVRM indien mededingingsautoriteiten die bevoegdheid te lichtvaardig zouden kunnen aanwenden ten aanzien van gedragingen waarvan de mogelijk mededingingsbeprekkende invloed op zijn hoogst theoretisch is c.q. met onvoldoende zekerheid kan worden vastgesteld. De deur naar bestraffing van *false negatives* staat dan wagenwijd open! Dit geldt te meer op de zich nog ontwikkelende markten in de zorgsector, waarin marktwerking pas halverwege het eerste decennium van deze eeuw is geïntroduceerd.

Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn

ACM heeft een slepende historie met LHV, waaruit duidelijk volgt dat zowel LHV als ACM al een lange tijd worstelt met de toepassing van het mededingingsrecht op de huisartsenzorg. Hierna (tabel 1) volgt een schematisch overzicht.

164

De oplossing voor de moeizame verhouding met de LHV lijkt ACM recent te hebben gezocht in een alternatief handhavingsbeleid voor de eerstelijnszorg, zoals verwoord in de *Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn* (hierna: de *Uitgangspunten*). De mededingingsregels en de interpretatie ervan blijven hetzelfde, maar de handhaving wordt anders ingericht. Er is sprake van een soort gedoogbeleid:

‘Als samenwerking in het belang van de patiënt is en de samenwerking vindt in het openbaar plaats en de betrokken partijen er naar tevredenheid uitkomen, dan zal ACM niet ingrijpen. Als er klachten komen, krijgen de partijen die de afspraken maken eerst de gelegenheid om hun mogelijk schadelijke gedrag snel aan te passen.’²⁷

26. Voor de volledigheid zij opgemerkt, dat het begrip mededingingsbeprekkende strekking ook prominent aan de orde komt in de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 30 april 2015 in *Thuiszorg Friesland*, ECLI:NL:RBROT:2015:2912 en recent van 12 mei 2016 in de zaak *Was-serijen*, ECLI:NL:RBROT:2016:3477. Aangezien een van de auteurs optreedt als advocaat in deze beide nog niet afgeronde procedures, achten de auteurs het niet opportuun om in deze annotatie inhoudelijk op deze uitspraken in te gaan. Jurisprudentie van na 17 juni 2016 is voorts niet meer meegenomen in het overzicht. Volledigheidshalve zij wel vermeld dat zeer recent ook Gerecht 28 juni 2016, zaken T-208/13 en 216/13, *Telefónica/Commissie* en *Portugal Telecom/Commissie*, alsmede Rb. Rotterdam 23 juni zaak ROT 15/5275 (*GWW Zuid-Limburg*), op het leerstuk van de mededingingsbeprekkende strekking ingaan.

27. ACM, ‘ACM bevestigt ruimte voor samenwerking in eerstelijnszorg’, 19 september 2015 (<www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14733/ACM-bevestigt-ruimte-voor-samenwerking-in-eerstelijnszorg/>).

De Uitgangspunten dringen natuurlijk de vraag op of ACM in de onderhavige zaak ook handhavend zou hebben opgetreden als de Uitgangspunten van toepassing zouden zijn geweest in 2010. Het lijkt erop dat dit niet het geval zou zijn geweest, aangezien – voor zover ons bekend – zorgverzekeraars en patiënten niet hebben geklaagd en het beleid een uitkomst naar gezamenlijke tevredenheid lijkt te vormen. Wonderlijk is die constatering natuurlijk wel. Zorgverzekeraars, patiënten en eerstelijnszorgaanbieders bepalen in de toekomst dus in hoge mate of ACM handhavend zal optreden in de eerstelijnszorg. Dit is een vorm van co-regulation waarbij een deel van het toezicht wordt neergelegd bij de marktpartijen. ACM besteedt dus een deel van haar toezichtstaken uit aan patiënten en zorgverzekeraars. De vraag is natuurlijk of dat wenselijk is en of zij hier überhaupt toe in staat zijn. Worden eerstelijnszorgaanbieders zo niet een speelbal van (de grillen van) patiënten en zorgverzekeraars?

In het lezenswaardige artikel ‘De uitgangspunten toezicht eerstelijnszorg in een context’²⁸ van VerLoren van Themaat en Bosch is de vraag opgeworpen of de Uitgangspunten alleen gelden voor de eerstelijnszorg of dat zij gelden voor de gehele zorgsector. Een valide vraag, die men wat ons betreft breder zou mogen trekken. Wat rechtvaardigt een aparte toezichtstijl voor de (eerstelijns)zorg? Iedere vermeende kartellist (ongeacht de sector) wordt natuurlijk het liefst langs de meetlat van de Uitgangspunten gelegd en dus eerst gewaarschuwd, zodat een boete kan worden ontlopen. Gaat ACM voor verschillende sectoren verschillende toezichtstijlen hanteren? Ervan uitgaande dat de Uitgangspunten hoe dan ook niet buiten de (eerstelijns)zorgsector zullen geleden, is dat dus wel het geval. Mogen we dan nog meer toezichtstijlen van ACM verwachten – al dan niet ingegeven door machtige lobby’s? In het kader van het oplossingsgericht toezicht dat ACM sinds enkele jaren voorstaat, lijkt dat wel waarschijnlijk. Het probleem bepaalt in die filosofie namelijk hoe ACM toezicht houdt. Een rijkgekleurd pallet aan toezichtstijlen lijkt evenwel niet wenselijk, want waar legt ACM dan welke grens en waarom? ‘Slaan’ in de ene sector en ‘praten’ in de andere? Hier direct optreden en daar eerst maar afwachten of er gepiept wordt? Willekeur en rechtsonzekerheid liggen op de loer, maar zolang je gedooft en niet optreedt, kraait er geen haan naar en het ziet er dus niet naar uit dat er snel nog sanctionerend in de eerstelijnszorg zal worden opgetreden (maar misschien des te meer in andere zorgsectoren, want de Taskforce Zorg met een grotere capaciteit dan ooit zal toch niet stil gaan zitten?). Daarmee komt aan de LHV-sage dus hoogstwaarschijnlijk een eind, maar misschien brengt het onderzoek uitgezet door VWS (naar aanleiding van de motie van Leijten en Faber, waarin de regering wordt verzocht om te onderzoeken of er voor de eerste lijn een uitzondering op de Mededingingswet mogelijk is)²⁹ weer wat leven in

28. W. VerLoren van Themaat en M. Bosch, ‘De uitgangspunten toezicht eerstelijnszorg in een context’ *M&M* 2016/1, p. 31-39.

29. *Kamerstukken II* 2014/15, 29689, nr. 581.

de brouwerij. Daarnaast blijft het natuurlijk interessant om te zien waar het oplossingsgericht toezicht van ACM toe zal leiden en in hoeverre dit al dan niet stand zal kunnen houden. Het is immers verre van ondenkbaar dat aanbieders uit andere sectoren van de zorg dan de eerste lijn (en totaal andere sectoren dan de zorg) met een beroep op het aldus geschapen precedent een soortgelijke behandeling zullen eisen. In hoeverre een dergelijke eis in rechte afdwingbaar zou kunnen zijn, is een interessante vraag voor de toekomst en dwingt ACM op voorhand tot reflectie.

Tabel 1

Datum	
1 januari 1998	De Mededingingswet treedt in werking.
31 maart 1998	Aanvraag LHV voor een ontheffing van artikel 6 Mw onder artikel 17 Mw (vervallen) over onder andere (1) het Beleidskader Vestigingsbeleid en (2) uniform collectief contracteren door de districtshuisartsenverenigingen via een voorbeeld van een collectieve zorgovereenkomst en het Beleidskader Overeenkomsten.
11 april 2001	ACM weigert de gevraagde ontheffing. ¹
21 december 2001	ACM verklaart het bezwaar tegen het weigeren van de ontheffing ongegrond. Kort en goed acht zij de Mededingingswet onverkort van toepassing. ²
27 juni 2002	In het jaarverslag NMa 2001 schrijft de NMa dat door de invoering van de marktwerking in de zorgsector 'de van oudsher bestaande manier van collectief contracteren door zorgaanbieders met zorgverzekeraars over concurrentieparameters in strijd is met de Mededingingswet'. ³
14-16 april 2010	ACM voert een bedrijfsonderzoek uit op een aantal locaties van LHV en haar regionale huisartsenkringen ten aanzien van vestigingsadviezen.
9 september 2010	ACM beboet LHV voor het verbreken van een zegel die ACM aan het einde van de eerste onderzoeksdag had aangebracht en die door een beveiliging was verbroken. ⁴
30 december 2011	ACM neemt het primaire boetebesluit inzake huisartsenvestigingsadviezen en legt een boete van 7.719.000 euro op aan LHV en in twee separate besluiten persoonlijke boetes aan feitelijk leidinggevend van het vermeende kartel ter hoogte van 50.000 euro en 25.000 euro. ⁵
4 december 2012	Omdat LHV-huisartsenkringen in strijd met het oordeel van ACM toch adviezen uitbrachten over het tekenen van bepaalde huisartsenzorgcontracten heeft LHV zich genoodzaakt gezien toezeggingen te doen aan ACM. De LHV zal zich op grond daarvan onthouden van (1) onderhandelingen met zorgverzekeraars over behandelingen en (2) adviezen aan haar leden over het al dan niet ondertekenen van huisartszorgcontracten. ⁶
3 februari 2014	ACM verklaart het bezwaar tegen het primaire boetebesluit ten aanzien van de vestigingsadviezen (grotendeels) ongegrond, maar verlaagt wel de boete van 7.719.000 euro naar 5.907.000 euro en ziet af van beboeting van de feitelijk leidinggevend. ⁷
3 juni 2014	CBb herroept het boetebesluit ten aanzien van de zegelverbreking, omdat die niet aan de LHV als functioneel dader kan worden toegerekend. ⁸
3 februari 2015	Motie Leijten en Faber waarin de regering wordt verzocht om te onderzoeken of er voor de eerste lijn een uitzondering op de Mededingingswet mogelijk is, zodat het patiëntenbelang kan worden gediend. De minister van VWS heeft op grond hiervan een onderzoek toegezegd, waarvan de uitkomsten nog niet zijn gepubliceerd. ⁹
26 mei 2015	LHV presenteert haar notitie <i>Bewegingsruimte in de huisartsenzorg</i> waarin wordt gepleit voor het mogelijk maken van collectieve onderhandelingen tussen huisartsen en verzekeraars en het wegnemen van de angst onder huisartsen voor kartelboetes. Volgens LHV kan dit door wetswijzigingen of door een verduidelijking van de bestaande kaders van de Mededingingswet. ¹⁰
19 september 2015	ACM publiceert het visiedocument <i>Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in eerste lijn</i> waarin zij haar handhavingsbeleid ten aanzien van eerstelijnszorg uiteenzet. ¹¹

¹ Besluit ACM 11 april 2001, zaak 537 (LHV).

² Besluit ACM 21 december 2001, RZA 2002, 72.

³ NMa/DTe, 'Jaarverslag van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) 2001', 27 juni 2002, p. 32.

⁴ Besluit ACM 9 september 2010, zaak 6944.

⁵ Besluit ACM 30 december 2010, zaak 6888/435 (LHV).

⁶ Besluit ACM 4 december 2012, zaak 7191/138 (Toezeggingsbesluit LHV).

⁷ Besluit ACM 3 februari 2014, zaak 6888_1/510 (LHV).

⁸ CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200.

⁹ Kamerstukken II 2014/15, 29689, nr. 581.

¹⁰ LHV, 'Bewegingsruimte in de huisartsenzorg', 26 mei 2015.

¹¹ ACM, 'Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn', 19 september 2015.

Tabel 1 (vervolg)

Datum	
15 december 2015	ACM besluit tot intrekking van het besluit tot bindendverklaring van de toezeggingen van 4 december 2012. Zij constateert dat de markt wezenlijk is veranderd, zorgverzekeraars behoefte hebben aan enig overleg met en consultatie van huisartsen en er enige verstarring in de markt is ontstaan. ACM neemt ook in overweging dat de LHV verklaart dat zij de <i>Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in eerste lijn</i> begrijpt en onderschrijft. ¹²
17 december 2015	Rechtbank Rotterdam vernietigt besluit op bezwaar ten aanzien van huisartsenvestigingsadviezen. ¹³ ACM gaat niet in hoger beroep.

¹² Besluit ACM 15 december 2015, ACM/TFZ/2015/207639_OV.

¹³ Rb. Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.