

**Aandachtsgebied:** Horizontale marktverdeling, Beslissing op ontheffingsverzoek

**Instantie:** De minister van Economische Zaken, in overeenstemming met de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

**Rechtspartij:** De Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter Bevordering der Pharmacie ('KNMP')

**Uitspraak:** 10 december 1997

**Bron:** Staatscourant 1997, nr. 250/32

### Verzoek tot ontheffing

Bij brief van 31 mei 1994 heeft de KNMP een verzoek ingediend tot ontheffing van het verbod van de artikelen 1 en 2 van het Besluit marktverdelingsregelingen (het 'Besluit') voor haar 'Beroepscode en gedragsregels'. Twee artikelen van de 'Beroepscode en gedragsregels' zijn van belang:

- krachtens artikel 2.16 is het de openbare apotheker niet toegestaan rechtstreeks en individueel patiënten, die niet zijn eigen patiënten zijn, te benaderen (zogenaamde 'direct mailing'). Zij mogen wel adverteren in de pers, en op radio en televisie;
- artikel 2.23, aanhef en onder a, regelt dat het tijdens dienst of waarneming verboden is om patiënten/cliënten over te nemen, omdat dit als ongepaste concurrentie wordt beschouwd. Onder dienst wordt verstaan het vervullen van avond- en weekenddiensten als andere apothekers zijn gesloten volgens een tussen apothekers afgesproken dienstrooster. Met waarneming wordt

bedoeld het waarnemen van een andere apotheek tijdens ziekte, vakantie en dergelijke.

De ontheffingsaanvraag is subsidiair. Primair is de KNMP van oordeel dat het hier gaat om deontologische regels, zoals gebruikelijk voor (para)medische en andere vrije beroepsbeoefenaren in de Europese Unie en niet om regels die de economische mededinging regelen of beogen te regelen. Naar de mening van de KNMP zijn de genoemde bepalingen niet meer dan een verduidelijking van hetgeen reeds onrechtmatig is in het licht van de jurisprudentie inzake oneerlijke mededinging.

### Beslissing op ontheffingsverzoek

De minister volgt in zijn beslissing het advies van de Commissie economische mededinging (de 'Cem') van 23 oktober 1997.

Naar de mening van de minister kan het afhandig maken van cliëntèle weliswaar een onrechtmatige daad zijn, maar dat is pas het geval onder bepaalde specifieke omstandigheden. Een algemeen verbod op bepaalde klantenwervende activiteiten, zoals neergelegd in bovengenoemde bepalingen, is naar zijn mening een mededingingsregeling in de zin van de Wem.

Voor de beantwoording van de vraag of artikel 2.16 en artikel 2.23, aanhef en onder a van de 'Beroepscode en gedragsregels' in aanmerking komen voor ontheffing van de artikelen 1 en 2 van het Besluit, worden deze twee bepalingen door de minister getoetst aan de criteria van artikel

85, lid 3 EG-Verdrag.

De minister beslist dat de KNMP niet heeft aange- toond dat het verbod om niet-eigen patiënten/cliënten rechtsreeks te benaderen voordelen oplevert voor de pro- ductie en distributie van geneesmiddelen. Evenmin valt naar zijn mening in te zien dat dit verbod een optimale medicatiebewaking en -begeleiding ten goede komt. Overi- gens belemmert het verbod de marktdoorzichtigheid. Hier- door zal de consument de keuze van zijn apotheek op min- der rationele wijze maken. Artikel 2.16 van de 'Beroepsco- de en gedragsregels' voldoet niet aan de eerste twee voor- waarden van artikel 85, lid 3. Derhalve komt zij niet voor ontheffing van het verbod van artikelen 1 en 2 van het Besluit in aanmerking.

De bepaling in artikel 2.23 voldoet daarentegen naar de mening van de minister wel aan de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag. Ten eerste voorziet de regeling van avond- en weekenddiensten en waarneming erin dat patiënten ook op ongebruikelijke tijden van geneesmiddelen kunnen worden voorzien. Dit is, ten twee- de, in het belang van de consument. Artikel 2.23 is in de derde plaats ook onmisbaar: zodra de toepassing van de regeling van avond- en weekenddiensten en waarneming tevens kan worden gebruikt om de eigen klantenkring uit te breiden, wordt het wederzijdse vertrouwen verstoord en vervalt daarmee een belangrijke basis van de regeling. Nu het overnemen van patiënten/cliënten alleen wordt verbo- den tijdens de dienst en de waarneming is ook aan de vier- de voorwaarde van artikel 85, lid 3 EG-Verdrag voldaan.

De minister verleent geen ontheffing voor artikel 2.16, maar wel voor artikel 2.23 van de 'Beroepsregels en gedragsregels' van de KNMP.

### Commentaar

Terecht werpt de Cem in haar advies de vraag op of het verbod in artikel 2.23 om patiënten/cliënten over te nemen van de apotheker wiens dienst wordt waargenomen, wel een mededingingsbeperking is, die onder het Besluit valt. Zowel de minister als de Cem zijn immers van mening dat deze bepaling onmisbaar is voor het goed functioneren van de avond-, weekend- en waarnemingsregeling die als zodanig niet de mededinging beperkt. In dat geval kan artikel 2.23 wellicht beschouwd worden als een nevenres- trictie die de mededinging evenmin beperkt, en behoeft deze bepaling ook geen ontheffing van het verbod van artikelen 1 en 2 van het Besluit.

De Cem laat dit punt echter in haar advies rusten, omdat er verbanden zouden zijn te leggen tussen artikel 2.16 en 2.23: als het verbod van direct mailing in artikel 2.16 wordt verboden, is het – aldus de Cem – in strijd met het bepaalde in artikel 2.23 om direct mailing te bedrijven speciaal gericht op of gevoed door patiënten die gebruik hebben gemaakt van de avond-, weekend- of waarne- mingsregeling. Om die reden lijkt de Cem artikel 2.23 toch een mededingingsbeperking te vinden, die onder het ver- bod van de artikelen 1 en 2 van het Besluit valt.

Naar mijn mening valt de door de Cem bedachte uit- breiding van het verbod moeilijk in artikel 2.23 van de 'Beroepscode en gedragsregels' te lezen. Artikel 2.23 ziet immers uitsluitend op gedragingen van apothekers tijdens weekend-, avonddienst en waarneming. De bepaling ziet niet op gedrag daarna.

Zelfs al zou de door de Cem verzonnen uitbreiding van het verbod om patiënten/cliënten over te nemen van de apotheker wiens dienst wordt waargenomen, wel onder artikel 2.23 vallen, dan lijkt mij de door de Cem gevolgde redenering onjuist. Indien het verbod van artikel 2.23 onmisbaar is voor het goed functioneren van de avond-, weekend- of waarnemingsregeling, geldt dat mijns inziens ook voor het onder artikel 2.23 vallende verbod van direct mailing speciaal gericht op of gevoed door patiënten die gebruik hebben gemaakt van de avond-, weekend- of waarnemingsregeling. Ook dat verbod zou dan niet de mededinging beperken. Naar mijn mening was het derhalve niet nodig dat voor artikel 2.23 een ontheffing van het ver- bod van artikelen 1 en 2 van het Besluit werd gegeven.

Mr. M.M. Slotboom