

IN NAAM DES KONINGS

vonnis

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Handelsrecht

Breda

zaaknummer / rolnummer: C/02/282082 / KG ZA 14-322

Vonnis in kort geding van 19 juni 2014

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **HOLLISTER BV**,
gevestigd te Den Haag,
2. de buitenlandse vennootschap naar het recht van Illinois, Verenigde Staten van Amerika **HOLLISTER INCORPORATED**,
gevestigd te Illinois, Verenigde Staten van Amerika,
eiseressen,
advocaat mr. drs. B. van der Kamp te Amsterdam,

tegen

1. **ONDERLINGE WAARBORGMAATSCHAPPIJ CENTRALE ZORGVERZEKERAARS GROEP, ZORGVERZEKERAAR UA**,
gevestigd te Tilburg,
2. **OWM CENTRALE ZORGVERZEKERAARS GROEP AANVULLENDE VERZEKERING ZORGVERZEKERAAR UA**,
gevestigd te Tilburg.
3. **DELTA LLOYD ZORGVERZEKERING NV**,
gevestigd te Tilburg,
4. **OHRA ZORGVERZEKERINGEN NV**,
gevestigd te Tilburg,
5. **OHRA ZIEKTEKOSTENVERZEKERINGEN NV**,
gevestigd te Tilburg,
gedaagden,
advocaat mr. A. Versteeg te Amsterdam.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als 'Hollister c.s.' en afzonderlijk als 'Hollister' en 'Hollister Inc.'. Gedaagden zullen gezamenlijk worden aangeduid als 'CZ c.s.'. Gedaagden sub 1, 3 en 4 worden gezamenlijk aangeduid als 'CZ'.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding met producties 1 tot en met 8,

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

2

-
- de brief van CZ c.s. van 31 mei 2014 met de memorie ten behoeve van de behandeling met 8 producties,
 - de brief van Hollister c.s. van 2 juni 2014 met productie 9,
 - de mondelinge behandeling op 4 juni 2014,
 - de pleitnota van Hollister,
 - de pleitnota van CZ c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. Hollister c.s. vorderen dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

CZ c.s. gebiedt om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal te staken en gestaakt te houden;

Subsidiar:

CZ c.s. verbiedt om uitvoering te geven aan de gunningbeslissing en een eventuele overeenkomst gesloten in vervolg op de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal;

Meer subsidiar:

1. CZ c.s. gebiedt de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal zodanig te wijzigen althans opnieuw in te richten dat zulks in overeenstemming is met de Aanbestedingswet, alsmede de overwegingen in dit vonnis in kort geding, waarbij:
 - de opdracht wordt verdeeld in meerdere percelen, behoudens een deugdelijke motivering, overeenkomstig artikel 1.5 aanbestedingswet; en/of
 - niet de eis wordt gesteld dat de aanbieder in 2013, een omvang van distributie moet hebben gerealiseerd met dezelfde omvang als de opdracht als vermeld in het CZ c.s. Inkoopdocument.
2. CZ c.s. gebiedt de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal zodanig te wijzigen dat zulks in overeenstemming is met artikel 13 Zorgverzekeringswet, alsmede de overwegingen in dit vonnis in kort geding, waarbij de keuzevrijheid voor verzekerden overeenkomstig artikel 13 Zorgverzekeringswet wordt geborgd;
3. CZ c.s. gebiedt de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal zodanig te wijzigen dat zulks in overeenstemming is met de zorgplicht die op haar rust op grond van de Zorgverzekeringswet, alsmede de overwegingen in dit vonnis in kort geding, waarbij CZ c.s. het recht op kwalitatief goed en toegankelijke zorg middels haar Inkoopdocument van kwalitatieve waarborgen voorziet;
4. CZ c.s. gebiedt de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal zodanig te wijzigen dat zulks in overeenstemming is met artikel 6 en/of 24 Mededingingswet en CZ c.s., althans de maatschappelijke zorgvuldigheid, alsmede de overwegingen in het in deze te wijzen vonnis in kort geding.

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

3

Meest subsidiair:

CZ c.s. gebiedt de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal zodanig te wijzigen, dat deze in overeenstemming is met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie; objectiviteit; non-discriminatie en proportionaliteit), althans de maatschappelijke zorgvuldigheid, alsmede de overwegingen in dit vonnis in kort geding, waarbij:

- de opdracht wordt verdeeld in meerdere percelen, behoudens een deugdelijke motivering; en/of
- niet de eis wordt gesteld dat de aanbieder in 2013, een omvang van distributie moet hebben gerealiseerd met dezelfde omvang als de opdracht als vermeld in het CZ Inkoopdocument.

Uiterst subsidiair:

1. CZ c.s. gebiedt om de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal op te schorten, dan wel verbiedt om uitvoering te geven aan een eventuele in verband hiermee gesloten overeenkomst totdat het gerechtshof in een spoedappel uitspraak heeft gedaan;
2. CZ c.s. gebiedt om de inkoopprocedure voor de inkoop van stomamateriaal op te schorten, dan wel verbiedt om uitvoering te geven aan een eventuele in verband hiermee gesloten overeenkomst totdat de rechtbank in een door Hollister binnen twee weken na het wijzen van dit vonnis aanhangig te maken bodemprocedure uitspraak heeft gedaan;
elke andere voorlopige voorziening te treffen die passend wordt geacht;

Ten aanzien van alle vorderingen:

met bepaling dat CZ c.s. een dwangsom verbeuren van € 1.000.000,- per overtreding, en € 100.000,- voor iedere dag dat die overtreding voortduurt, van elk van de hiervoor genoemde geboden en verboden;

CZ c.s. veroordeelt in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van het in deze te wijzen vonnis.

2.2. CZ c.s. voeren verweer.

2.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3. De feiten

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

- a. OWM Centrale Zorgverzekeraars groep, Zorgverzekeraar u.a., Delta Lloyd Zorgverzekering NV en OHRA Zorgverzekeringen NV zijn zorgverzekeraars als bedoeld in artikel 1, aanhef en onderdeel b, van de Zorgverzekeringwet.
- b. CZ, Delta Lloyd en Ohra, hierna te noemen CZ, hebben voor de inkoop van stomamaterialen en bijbehorende dienstverlening ten behoeve van hun verzekerden voor het jaar 2014 contracten afgesloten met 17 zorgeaanbieders.
- c. CZ heeft voor de inkoop met ingang van 1 januari 2015 van stomamaterialen en bijbehorende dienstverlening ten behoeve van haar verzekerden de voorwaarden van de

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

4

inkoopprocedure beschreven in het Inkoopdocument voor de levering van stomamateriaal voor stomadragers en bijbehorende dienstverlening van 19 maart 2014 (hierna: 'het inkoopdocument').

d. Het inkoopdocument vermeldt in de inleiding:

"1.1 Aanleiding

De zorgkosten blijven stijgen waardoor zorgverzekeraars zich voor de taak gesteld zien scherp in te kopen zodat de zorg in de toekomst toegankelijk en betaalbaar blijft. Deze opdracht zorgt voor soms ingrijpende maar noodzakelijke keuzes. CZ wil in 2015 haar zorginkoopbeleid voor stomamaterialen voor stomadragers aanscherpen. Het afgelopen jaar heeft CZ een internationale analyse uitgevoerd van de markt van stomamaterialen voor stomadragers. CZ concludeert daaruit dat zij deze stomamaterialen aanzienlijk scherper in kan kopen, met behoud cq. verbetering van kwaliteit en dienstverlening.

CZ is van mening dat een beperking van het aantal gecontracteerde zorgaanbieders en landelijke intake en distributie zullen (lees: zal) leiden tot die kostenbesparing met behoud cq. verbetering van kwaliteit en dienstverlening."

Hiertoe heeft CZ haar inkoopbeleid 2015 ontwikkeld waarmee zij voor de periode van 1 januari 2015 tot en met 31 december 2017 één zorgaanbieder zal selecteren voor de levering van stomamaterialen aan stomadragers, met de mogelijkheid van stilzwijgende verlenging van tweemaal een jaar. Hiermee beoogt zij een kostenbesparing te behalen en tevens te voldoen aan haar verplichting kwalitatief goede zorg te laten leveren die voldoet aan de kwaliteitseisen in het Programma van Eisen dat onderdeel is van dit inkoopbeleid. (...)"

- e. Paragraaf 3 van het inkoopdocument vermeldt dat de inkoopprocedure geen aanbestedingsprocedure is en dat CZ een inkoopbeleid hanteert dat gebaseerd is op objectieve, transparante en non-discriminatoire criteria.
- f. Onderdeel 2.3.3 van het inkoopdocument en onderdeel 5.6 onder 2, van het Programma van Eisen bepalen dat de zorgaanbieder waarmee CZ een overeenkomst zal sluiten "verplicht (is) om alle producten voor stomadragers, voor zover redelijkerwijs mogelijk, die aangeboden worden op de Nederlandse markt en opgenomen zijn in Z Index lijst, binnen 24 uur te kunnen leveren aan CZ verzekerden."
- g. De door Hollister vervaardigde stomamaterialen staan op de Z-index en maken deel uit van het assortiment dat de zorgaanbieder beschikbaar dient te hebben voor levering aan verzekerden van CZ.
- h. Onderdeel 2.3.4. van het inkoopdocument bepaalt onder meer dat de zorgaanbieder doelmatig gebruik dient te stimuleren met inachtneming van de 'Evidence Based Stomazorg' van november 2012 en het protocol 'Hulpmiddelenzorg voor mensen met een stoma' van december 2011. Ook verplicht de zorgaanbieder zich om verzekerden te begeleiden in de materiaalkeuze, waarbij hij werkt volgens de landelijk vastgestelde protocollen en richtlijnen. Hij werkt hierbij samen met de stomaverpleegkundige uit het ziekenhuis.
- i. Onderdeel 2 van paragraaf 3 van het van het Programma van Eisen luidt: "De zorgaanbieder mag verzekerden niet gedwongen overzetten op andere materialen of merken."
- j. Hollister heeft bij brief van 6 mei 2014 kenbaar gemaakt bezwaren te hebben tegen de inkoopprocedure en gesteld dat, kort samengevat:
- CZ een aanbestedende dienst is en daarom gehouden is de Aanbestedingswet na te leven;
 - De keuze voor één leverancier in strijd is met artikel 1.5 van de Aanbestedingswet en subsidiair in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht;

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

5

-
- De keuze voor één leverancier onrechtmatig de keuze voor de stomadragers beperkt in keuze voor producten en diensten;
 - Deze wijze van inkoop onaanvaardbare gevolgen heeft voor de marktwerking in de branche; en
 - Inschakelen van onderaannemers op deze wijze in strijd is met het mededingingsrecht.
- k. Bij brief van 9 mei 2014 heeft CZ gereageerd op de bezwaren van Hollister door te stellen dat, kort samengevat:
- CZ geen aanbestedende dienst is zodat geen sprake is van strijd met artikel 1.5 van de Aanbestedingswet;
 - CZ in haar inkoopdocument heeft aangegeven dat de procedure geen aanbestedingsprocedure is, maar wel rekening houdt met een drietal beginselen (transparantie, gelijkheid en non-discriminatie);
 - De beperking van keuzevrijheid niet ziet op de levering van producten, alleen op de diensten, aangezien het inkoopdocument de eis bevat dat de opdrachtnemer de op de markt beschikbare materialen moet kunnen leveren;
 - CZ geen taak of verantwoordelijkheid heeft in de regulering van de markt;
 - Het gebruik maken van onderaannemers niet leidt tot strijd met het mededingingsrecht;
 - Het alleen selecteren op laagste prijs onjuist is nu aan de opdrachtnemer kwaliteitseisen worden gesteld in het inkoopdocument;
 - Hollister haar bezwaren te laat heeft kenbaar gemaakt en dit had moeten doen op de in het inkoopdocument gestelde wijze;
 - Hollister geen rechtstreeks belang heeft bij haar bezwaren nu zij niet heeft ingeschreven ofwel kenbaar heeft gemaakt in aanmerking te willen komen voor de opdracht.
- l. Op 6 mei 2014, de sluitingsdatum voor inschrijving, heeft CZ van negen partijen inschrijvingen ontvangen. CZ heeft deze inschrijvingen beoordeeld en op 23 mei 2014 aan alle inschrijvers kenbaar gemaakt dat zij voorlopig voornemens is de overeenkomst te sluiten met Mediq CombiCare BV.

4. De beoordeling

4.1. CZ c.s. hebben de ontvankelijkheid van Hollister Inc. betwist op grond van het ontbreken van enig argument waarom deze rechtspersoon naar vreemd recht een band met de Nederlandse rechtsorde zou hebben die maakt dat zij hier in rechte kan optreden. Hollister heeft hierop aangevoerd dat Hollister Inc. haar moedermaatschappij is, dat zij gezamenlijk als één organisatie naar buiten optreden en dat Hollister Inc. dus belang heeft bij deze kwestie.

4.2. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het feit dat Hollister Inc. enig aandeelhouder is van Hollister onvoldoende is om Hollister Inc. ontvankelijk te achten. CZ c.s. stellen terecht dat naar vaste rechtspraak (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288) een aandeelhouder in beginsel niet voor de belangen van de vennootschap waarin zij aandelen houdt, kan opkomen.

4.3. CZ c.s. betwisten eveneens de ontvankelijkheid van Hollister in haar vorderingen tegen Centrale Zorgverzekeraars groep Aanvullende verzekering Zorgverzekeraar u.a. (gedaagde sub 2) en OHRA Ziektekostenverzekeringen NV (gedaagde sub 5), omdat dit geen zorgverzekeraars zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder b, van de Zorgverzekeringswet. Hollister heeft daarop onvoldoende gemotiveerd gesteld dat zij

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

6

niettemin ontvankelijk is in haar vorderingen tegen deze verzekeraars. Hollister zal daarom in haar vorderingen tegen gedaagden sub 2 en sub 5 niet-ontvankelijk worden verklaard.

4.4. Zoals hiervoor al genoemd, zullen de overige gedaagde zorgverzekeraars gezamenlijk worden aangeduid als 'CZ' en Hollister BV als 'Hollister'.

4.5. CZ betwist dat Hollister bij haar vorderingen belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW, omdat Hollister niet zelfstandig of in combinatie met enige andere entiteit kenbaar heeft gemaakt voor de te sluiten overeenkomst in aanmerking te willen komen. Ook heeft Hollister te laat haar bezwaren kenbaar gemaakt. Hollister heeft, in de wetenschap van de lopende procedure, besloten niet deel te nemen. In plaats daarvan heeft zij pas bij brief van 6 mei 2014, dus op één dag na 7 weken na de bekendmaking van het inkoopdocument, summierlijk van haar bezwaren laten blijken. Hollister was bekend met de inkoopprocedure omdat CZ in het kader van de marktinventarisatie ook met Hollister gesproken heeft. CZ stelt zich op het standpunt dat Hollister eerder rechtsmaatregelen had moeten treffen en zo niet binnen de door CZ gestelde termijn van 20 dagen dan toch binnen een termijn van 30 dagen — afgeleid van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 — in rechte had moeten opkomen. Hollister heeft haar kort geding aanhangig gemaakt met de dagvaarding van 27 mei 2014. Dat is, andermaal op één dag na, 10 weken na de bekendmaking.

4.6. Hollister heeft daarop gesteld dat Nefemed, de belangenorganisatie in de medische hulpmiddelenindustrie, bij brief van 8 april 2014 namens haar leden, waaronder Hollister, bezwaren heeft geuit en vragen heeft gesteld over de inkoopprocedure. Uit de Nota Vraag en Antwoord blijkt dat ook door andere gegadigden veel bezwaren en vragen zijn ingediend over de opzet van de inkoopprocedure, zoals volgt uit de eerste 32 vragen in de Nota (pagina 1 t/m 8). Volgens Hollister is zij onder deze omstandigheden wel degelijk ontvankelijk. Daarnaast acht Hollister de 20-dagen-termijn onredelijk kort en niet eenduidig. Voor gegadigden is deze termijn feitelijk nog korter, omdat deze termijn start op de datum van uitgifte van het document en niet op de datum van toezending aan gegadigden (zoals de opschortende termijn van 20 dagen in de Aanbestedingswet). Bovendien volgt niet uit de bepaling dat binnen dezelfde termijn een kort geding moet worden gestart, hetgeen niet mogelijk zou zijn. De termijn voor het stellen van vragen verstreek op 9 april 2014. Op 23 april 2014 heeft CZ een Nota van Vraag en Antwoord doen uitgaan. Deze termijn ligt ruimschoots ná het verstrijken van de 20 dagen termijn op 8 april 2014. Het gaat niet aan dat CZ een gegadigde die in gerechtvaardigd vertrouwen wacht op een antwoord verwijt een vervaltermijn te laten hebben verstrijken.

4.7. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Hollister tijdig vragen heeft gesteld, omdat zij zich als lid van de branche-organisatie Nefemed kan beroepen op de mede namens Hollister gestelde vragen die op 8 april 2014 tijdig, want binnen de termijn, zijn gesteld. Vast staat dat CZ die vragen op 23 april 2014 heeft beantwoord in de Nota Vraag en Antwoord. Moet de vervaltermijn worden opgevat in de zin zoals CZ dat heeft gedaan, dan betekent dit dat het antwoord van CZ op het bezwaar niet mag worden afgewacht maar de deelnemer daarnaast ook rauwelijks een kort geding aanhangig moet maken. Op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kan deze uitleg van CZ niet worden aanvaard. Deelnemers hoeven er redelijkerwijs niet op bedacht te zijn dat zij op die manier, voordat zij antwoord hebben gekregen, moeten handelen op straffe van verval van het recht tegen de inhoud van het inkoopdocument in kort geding op te komen. Hiermee wordt een effectieve rechtsbescherming gefrustreerd. In het inkoopdocument is niet geregeld welke termijn na

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

7

een uitspraak op het bezwaar van toepassing is. De termijn van 30 dagen van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 is niet van toepassing omdat dit geschil geen vordering tot vernietiging betreft. Voor zover CZ met haar stellingen een beroep heeft gedaan op rechtsverwerking wordt dat verweer verworpen. Het enkele tijdsverloop is onvoldoende om een recht te verwerken. Voorts is niet gebleken dat CZ is benadeeld doordat zij op 27 mei 2014 in kort geding is gedagvaard. In dit verband is van belang, dat door de voorlopige gunning op 23 mei 2014 een termijn van 20 dagen is gaan lopen waarbinnen afgewezen inschrijvers kunnen opkomen tegen die beslissing. De datum waarop CZ door Hollister is gedagvaard valt binnen die termijn. Hollister heeft onder deze omstandigheden haar vorderingen daarom tijdig ingesteld.

4.8. Hollister heeft gesteld dat zij (spoedeisend) belang heeft bij de vorderingen omdat CZ een aanbestedende dienst is, dit echter heeft miskend, en ook overigens de inkoopprocedure ten onrechte zodanig heeft ingestoken dat Hollister (en de overige producenten) feitelijk uitgesloten zijn van inschrijving. Hollister zou bij een rechtmatige procedure zelfstandig dan wel in combinatie hebben ingeschreven. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Hollister aldus aannemelijk heeft gemaakt dat zij voldoende belang heeft bij haar vorderingen in de zin van artikel 3:303 BW.

4.9. In geschil is of CZ moet worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw).

4.10. Volgens artikel 1.1 Aw wordt onder aanbestedende dienst onder andere verstaan: een publiekrechtelijke instelling.

Volgens art. 1.1 Aw wordt onder publiekrechtelijke instelling verstaan: een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd; of
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

4.11. De Aw is de implementatie van onder andere richtlijn 2004/18/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. In bijlage III van deze richtlijn is een lijst van publiekrechtelijke instellingen opgenomen. Deze lijst is aangepast bij beschikking van de Commissie van 9 december 2008 (2008/963/EG). Zorgverzekeraars komen niet op deze lijst voor. Dat is echter niet doorslaggevend, omdat de lijst een niet-uitputtende opsomming bevat van publiekrechtelijke instellingen (arrest HvJ EU 11 juni 2009, C-300/07, ro. 45; Oymanns/AOK).

4.12. Van belang is daarom de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) om te bepalen of sprake is van een publiekrechtelijke instelling. Aan die rechtspraak ontleent de voorzieningenrechter de volgende uitgangspunten en maatstaven.

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

8

1. Aan het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ moet een functionele uitleg worden gegeven. Een letterlijke uitleg in de zin dat privaatrechtelijke rechtspersonen niet onder dit begrip kunnen vallen is door het HvJ EU verworpen (HvJ EU 13 januari 2005, C-84/03, ro. 27 en 28; Commissie vs. Spanje).
2. Bij het antwoord op de vraag of de publiekrechtelijke instelling specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, doet het er niet toe dat in dergelijke behoeften ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Het is van belang dat het gaat om behoeften waarin de staat of een territoriaal lichaam om redenen van algemeen belang in het algemeen besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan zij een beslissende invloed willen houden (HvJ EU 10 april 2008, C-393/06, ro. 40; Aigner).
3. Aan het begrip ‘behoeften van algemeen belang anders dan die van industriële of commerciële aard’ moet een autonome en eenvormige uitleg in de gehele EU worden gegeven (HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, ro. 35-36; Truley).
4. Alle relevante gegevens, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is, moeten worden meegewogen (arrest Aigner, ro. 41).
5. Daarbij is het met name van belang, na te gaan of de betrokken organisatie haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie. Het bestaan van een sterke concurrentie kan een aanwijzing zijn dat het niet gaat om een behoefte van algemeen belang van andere dan van industriële of commerciële aard (arrest Aigner, ro. 46; waarin het HvJ EU verwijst naar het arrest BFI Holding van 10 november 1998, C-360/96, ro. 49, alsmede het arrest Agorà en Excelsior, 10 mei 2001, C-223/99 en C-260/99).
6. Het bestaan van een sterke concurrentie wettigt op zich echter nog niet de conclusie dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan een behoefte van industriële of commerciële aard (arrest Truley, ro. 61). Alvorens tot een dergelijke conclusie te komen moet men andere factoren in aanmerking nemen, met name onder welke voorwaarden de betrokken organisatie haar activiteiten uitoefent (HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01, ro. 50; Korhonen).
7. Als een instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, is het niet waarschijnlijk dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn (arrest Korhonen ro. 51).

4.13. Toegepast op het geschil tussen partijen oordeelt de voorzieningenrechter als volgt. CZ betwist niet dat zij voorziet in een behoefte van algemeen belang door het bieden van dekking tegen de risico's als bedoeld in artikel 10 van de Zorgverzekeringswet. Niet in geschil is dus dat CZ specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang.

4.14. Wel in geschil is of die behoeften van algemeen belang anders dan van commerciële aard zijn. CZ voert aan dat de staat er voor gekozen heeft niet zelf de dekking te bieden tegen het hier bedoelde risico maar dat overlaat aan marktpartijen. Deze private partijen hoeven uitsluitend aan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) kenbaar te maken dat zij een zorgverzekering willen aanbieden. De NZa beschouwt zorgverzekeraars als reguliere private schadeverzekeraars. Uit de toelichting bij de Regeling vereveningsbijdrage 2014 blijkt dat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aanvaardt dat zorgverzekeraars met elkaar concurreren om de gunst van de verzekerden. Zorgverzekeraars

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

9

maken winst en sommige zorgverzekeraars hebben ook uitdrukkelijk een winstoogmerk (de zorgverzekeraars die hun bedrijf voeren in de vorm van een NV). Maar zelfs als een zorgverzekeraar geen winstoogmerk heeft maar 'opereert in een klimaat van concurrentie' is zij om die reden al geen publiekrechtelijke instelling. CZ verwijst hiervoor naar het arrest Agorà.

4.15. De voorzieningenrechter is het volgende van oordeel. Hoewel zorgverzekeraars werkzaam zijn in een zekere mate van concurrentie, kan niet worden gezegd dat zij – naar de maatstaven van de rechtspraak van het HvJ EU – onder normale marktvoorwaarden actief zijn en de met de uitoefening van hun activiteiten verbonden verliezen dragen. Voor CZ komt daar nog bij, dat haar organisatie geen winstoogmerk heeft en dus geen winst nastreeft. Een en ander wordt als volgt uitgewerkt.

4.15.1. Dat zorgverzekeraars niet onder normale marktvoorwaarden actief zijn blijkt uit meerdere publiekrechtelijke waarborgen en sancties die in de Zorgverzekeringswet zijn neergelegd:

- In beginsel zijn alle Nederlanders verplicht zich door middel van een zorgverzekering te verzekeren (artikel 2 Zorgverzekeringswet; 'Zvw') tegen de in die wet in artikel 10 genoemde risico's.
- Hiertegenover staat voor zorgverzekeraars de acceptatieplicht van verzekerden (artikel 3 Zvw).
- Er geldt een verbod op premiedifferentiatie; voor iedereen met dezelfde modelovereenkomst geldt dezelfde premiegrondslag.
- De inhoud en de omvang van de prestaties die op grond van de zorgverzekering dienen te worden geleverd, zijn bepaald in de artikelen 11 tot en met 14 Zvw, het Besluit zorgverzekering en gedetailleerd aangeduid in de Regeling zorgverzekering.
- De inning van de premie die verzekerden aan de zorgverzekeraar moeten betalen is bestuursrechtelijk gegarandeerd. In de Zvw zijn bevoegdheden toegekend aan (aanvankelijk het College zorgverzekeringen, nu genoemd) het Zorginstituut Nederland (Zorginstituut), die strekken tot het nemen van maatregelen tegen wanbetalers. Bij een achterstand in de premiebetaling van zes maanden is de zorgverzekeraar verplicht dit te melden aan het Zorginstituut. Vanaf het moment van melding aan het Zorginstituut is de verzekerde een bestuursrechtelijke premie verschuldigd aan het Zorginstituut. De premie wordt geïnd door een inhoudingsplichtige op te dragen de bestuursrechtelijke premie in te houden op het loon van de verzekerde. De bestuursrechtelijke premie blijft verschuldigd totdat de schulden aan de zorgverzekeraar zijn afgelost (artikel 18c e.v. Zvw).
- Het Zorginstituut heeft de bevoegdheid ambtshalve namens een onverzekerde een verzekering af te sluiten bij een zorgverzekeraar (artikel 9d Zvw). De verzekerde is hiervoor een bestuursrechtelijke premie verschuldigd aan het Zorginstituut. De zorgverzekeraar ontvangt hiervoor een bijdrage (artikel 34a Zvw) uit het Zorgverzekeringsfonds (artikel 39 Zvw).
- In het Zorgverzekeringsfonds komen de inkomensafhankelijke bijdragen en de rijksbijdrage(n) van de overheid (artikel 39 Zvw). Vanuit het Zorgverzekeringsfonds ontvangen zorgverzekeraars een vereveningsbijdrage die is gebaseerd op de verzekerdenpopulatie. Dit ter compensatie van de acceptatieplicht.

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

10

4.15.2. Evenmin is sprake van de situatie dat CZ het economisch risico draagt van de uitoefening van haar activiteiten zodat ook in die zin geen sprake is van een normale marktsituatie:

- Is jegens een zorgverzekeraar de noodregeling uitgesproken of is een zorgverzekeraar failliet verklaard, dan voldoet het Zorginstituut aan de verzekerden de vorderingen die zij op de zorgverzekeraar hebben. Het Rijk is tegenover het Zorginstituut aansprakelijk voor die betalingen (artikel 31 Zvw).
- De Zvw voorziet in financiële bijdragen van de overheid aan zorgverzekeraars bij buitengewone gebeurtenissen (artikel 33 Zvw).
- Het lijkt onwaarschijnlijk dat de staat een grote zorgverzekeraar als CZ met een – volgens de in het geding gebrachte Marktscan Zorgverzekeringsmarkt 2013 van de NZa – marktaandeel van ongeveer 20% failliet zal laten gaan.

4.15.3. CZ heeft niet weersproken dat het aantal verzekerden dat jaarlijks van zorgverzekeraar wisselt gering is en dat dit aantal in 2012 circa 6% was. Voors blijkt uit de door CZ overgelegde Marktscan dat het marktaandeel van zorgverzekeraars, waaronder dat van CZ, tamelijk stabiel blijft. CZ heeft geen winstoogmerk. Alles afwegende is het oordeel dat weliswaar sprake is van enige concurrentie, maar niet in die mate dat – rekening houdende met de hiervoor besproken voorwaarden en omstandigheden – gesproken kan worden van een normale marktsituatie. Zoals volgt uit de weergegeven rechtspraak van het HvJ EU is het bestaan van (sterke) concurrentie niet doorslaggevend maar alleen een aanwijzing.

4.16. Niet in geschil is dat CZ rechtspersoonlijkheid bezit.

4.17. De tussenconclusie is daarom, dat CZ kwalificeert als een instelling die voorziet in een behoefte van algemeen belang, anders dan van commerciële aard, en rechtspersoonlijkheid bezit. Aan deze cumulatieve voorwaarden van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ is voldaan.

4.18. Vervolgens dient volgens de definitie van het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ te worden beoordeeld of een van de alternatieve voorwaarden (a, b of c) van toepassing is. Elk van deze voorwaarden weerspiegelt een sterke afhankelijkheid van een instelling van de staat, territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen. Het partijdebat beperkt zich tot onderdeel a, zodat moet worden beoordeeld of de activiteiten van CZ in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd. Hierbij is de volgende rechtspraak van het HvJ EU van belang.

1. Het begrip ‘door de staat gefinancierd’ moet functioneel worden uitgelegd (HvJ EU 13 december 2007, C-337/06, ro. 40; Bayerischer Rundfunk).
2. Het begrip ‘in hoofdzaak’ door de staat gefinancierd moet aldus worden uitgelegd, dat het ‘meer dan de helft’ betekent (HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98, ro. 33; Cambridge).
3. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als openbare financiering (arrest Cambridge, ro. 21).

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

11

4. Van een specifieke tegenprestatie is sprake als aan betalingen een contractuele tegenprestatie is verbonden (HvJ EU 11 juni 2009, C-300/07, ro. 53; Oymanns)
5. Niet is vereist dat de activiteit van de betrokken instelling rechtstreeks door de staat of door een andere publiekrechtelijke instelling wordt gefinancierd. Een indirecte financieringswijze volstaat dus (arrest Oymanns, ro. 51).
6. De beslissing over de vraag of een instelling een aanbestedende dienst is, moet ieder jaar aan het begin van het begrotingsjaar genomen worden, op basis van de op dat moment beschikbare, eventueel voorlopige begrotingscijfers (arrest Cambridge, ro. 40-41).

4.18.1. Hollister heeft gesteld dat zorgverzekeraars voor meer dan de helft worden gefinancierd door het Rijk uit het Zorgverzekeringsfonds, zonder dat daar een contractuele tegenprestatie tegenover staat. CZ betwist dat zij voor meer dan de helft wordt gefinancierd door de staat door te verwijzen naar de pagina's 27 en 29 van de Marktscan Zorgverzekeringswet 2013 van de NZa.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit die Marktscan niet volgt, dat CZ niet voor meer dan de helft wordt gefinancierd door de staat. Het gemiddeld exploitatieresultaat per verzekerde voor de vier grote zorgverzekeraars zegt immers niets over alleen CZ.

Bovendien is deze methode niet relevant voor dit geschil. Bij het gepresenteerde exploitatieresultaat zijn de uitgaven van de zorgverzekeraars meegenomen, terwijl de vraag naar overheidsfinanciering alleen betrekking heeft op de inkomsten. De conclusie is dat CZ onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij voor meer dan de helft wordt gefinancierd door de staat via het Zorgverzekeringsfonds.

De voorzieningenrechter overweegt nog ten overvloede dat uit het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de Zvw volgt, dat volgens de wetgever het systeem is dat op macroniveau 50% van de financiering van de zorgverzekering geschiedt uit inkomensafhankelijke bijdragen (Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 46 en 47), dat daarnaast sprake is van rijksbijdragen en dat ongeveer 45% van de financiering geschiedt via nominale premies (p. 4). CZ heeft geen gegevens aangedragen waaruit blijkt dat dit voor haar anders is.

4.18.2. Bij de vraag of sprake is van overheidsfinanciering dient ook te worden gelet op gelden die CZ betreft uit commerciële activiteiten. CZ heeft echter niet gesteld dat zij ook gelden betreft uit commerciële activiteiten.

4.18.3. CZ voert aan dat de vereveningsbijdrage slechts gegeven wordt voor een deel van de prestaties die onder de dekking van de zorgverzekering vallen en dat zorgverzekeraars voor de verstrekking van de hulpmiddelen volledig risicodragend zijn. Hieruit volgt echter niet dat CZ als instelling niet voor meer dan de helft door de staat wordt gefinancierd, zodat deze stelling wordt gepasseerd.

4.18.4. Niet geheel duidelijk is of CZ betoogt dat tegenover het verschaffen van een vereveningsbijdrage een tegenprestatie van CZ bestaat in de zin die het HvJ EU daaraan toekent. Mogelijk ten overvloede overweegt de voorzieningenrechter dat daarvan geen sprake is, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 32 Zvw (Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 137-138; MvT):

“Doel van de bijdrage is risicoverevening en (gedeeltelijke) financiering van kinderverzekeringen. Dat wil echter niet zeggen dat de zorgverzekeraar de bijdrage daar ook daadwerkelijk voor moet gebruiken. Zoals in het algemene deel van deze toelichting is uiteengezet, is het aan de verzekeraar

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

12

om te bepalen wat hij met de premies, de vereveningsbijdrage, maar ook met eventuele reserves of door derden gefinancierd kapitaal doet, mits hij er voor zorgt dat zijn verzekerden bij wie het verzekerde risico zich voordoet, tijdig de verzekerde prestaties ontvangen. (...) Om deze reden is in het eerste lid niet geregeld, dat het CVZ de vereveningsbijdrage verstrekt 'voor' of 'ter dekking van de kosten van' het aanbieden en uitvoeren van de zorgverzekeringen. De enige voorwaarde is, dat een zorgverzekeraar in het desbetreffende jaar dergelijke verzekeringen aanbiedt en uitvoert. Anders gezegd, de PVK en het CTZ zullen niet nagaan of de vereveningsbijdrage gebruikt wordt voor de financiering van de zorgverzekeringen."

4.18.5. CZ heeft aangevoerd dat de zorgverzekeraars naast de vereveningsbijdrage premie-inkomsten hebben en dat die premies de tegenprestatie vormen voor de door de zorgverzekeraar te leveren dienst, namelijk het bieden van dekking indien een risico als bedoeld in artikel 10 Zvw zich voordoet. Voor dat deel van de inkomsten is volgens CZ in elk geval geen sprake van overheidsfinanciering.

De voorzieningenrechter oordeelt dat dit op zichzelf niet afdoet aan de conclusie dat CZ voor meer dan de helft door de staat wordt gefinancierd doordat zij de vereveningsbijdrage en rijksbijdrage ontvangt. Afgezien hiervan overweegt de voorzieningenrechter dat, op grond van het al genoemde arrest Oymanns van het HvJ EU, het maar zeer de vraag is (vgl. W.R. Möhlmann, Over aanbestedingsplichtige instellingen, woningcorporaties en zorgverzekeraars, BR 2011/15, p. 55 e.v.) of tegenover het betalen van een nominale premie door verzekerden inderdaad sprake is van een contractuele tegenprestatie, in de zin zoals het HvJ EU dit opvat voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht. Evenals in dat arrest immers kan ook voor de Nederlandse situatie gezegd worden dat in aanbestedingsrechtelijke zin geen contractuele tegenprestatie aan de betalingen van een nominale premie is verbonden, omdat verzekerden hun bijdrage alleen moeten betalen wegens een op grond van de wet verplichte aansluiting bij een zorgverzekeraar (ro. 53).

4.18.6. De voorzieningenrechter realiseert zich dat de beslissing over de vraag of een instelling een aanbestedende dienst is, ieder jaar aan het begin van het begrotingsjaar genomen moet worden, op basis van de op dat moment beschikbare, eventueel voorlopige begrotingscijfers. Deze cijfers zijn niet in het geding gebracht. Gegeven het systeem van financiering onder de Zvw acht de voorzieningenrechter het echter vooralsnog niet aannemelijk dat hieruit zal blijken dat CZ in 2014 niet in hoofdzaak door de staat wordt gefinancierd.

4.18.7. Omdat CZ voor meer dan de helft door de staat wordt gefinancierd is de conclusie dat CZ moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 Aw. Dit heeft tot gevolg, dat bepalingen van de Aanbestedingswet op CZ van toepassing zijn.

4.19. Volgens artikel 1.5, lid 1, Aw voegt een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig samen. Indien de aanbestedende dienst samenvoeging van opdrachten nodig acht, moet deze samengevoegde opdracht volgens artikel 1.5, lid 3, Aw worden opgedeeld in percelen. Het afzien van een opsplitsing kan disproportioneel zijn wanneer sprake is van een omvangrijke opdracht die niet is opgedeeld in percelen waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. In het geval een aanbestedende dienst de opdeling in meerdere percelen niet passend acht, dient dit te worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.

4.20. De voorzieningenrechter is van oordeel dat CZ niet voldoende heeft gemotiveerd waarom zij het opdelen van de opdracht in meerdere percelen niet passend acht. CZ heeft

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

13

niet betwist dat de opdracht op dit moment wordt uitgevoerd door 17 gecontracteerde zorgaanbieders. Op grond hiervan mag worden aangenomen dat sprake is van een omvangrijke opdracht en dat het opdelen van de opdracht in percelen zeer wel mogelijk is. Het enkele feit dat CZ kosten wil besparen vormt geen afdoende motivering om slechts één leverancier de opdracht te gunnen. Hiertegenover staan immers de belangen van meerdere (potentiële) leveranciers die van de markt dreigen te worden uitgesloten. Artikel 1.5 Aw beoogt als uitgangspunt een dergelijke situatie te voorkomen.

4.21. Nu CZ in elk geval niet heeft voldaan aan artikel 1.5 Aw dient het primair gevorderde te worden toegewezen. De overige aanbestedingsrechtelijke gevolgen voor CZ behoeven op dit moment geen bespreking. CZ heeft medegedeeld de beslissing van de voorzieningenrechter te respecteren, behoudens de mogelijkheid van hoger beroep, zodat een dwangsomveroordeling niet nodig is.

4.22. Als de in het ongelijk gestelde partij dient CZ te worden veroordeeld in de proceskosten van Hollister. Deze worden begroot op:

- dagvaarding	€ 77,52
- griffierecht	608,00
- salaris advocaat	<u>816,00</u>
Totaal	€ 1.501,52

4.23. Hollister Inc. wordt veroordeeld in de proceskosten van CZ c.s., tot op heden begroot op nihil. Hollister wordt veroordeeld in de proceskosten van gedaagden sub 2 en sub 5, tot op heden begroot op nihil.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. verklaart Hollister Inc. niet-ontvankelijk in haar vorderingen;
- 5.2. verklaart Hollister BV niet-ontvankelijk in haar vorderingen tegen gedaagden sub 2 en sub 5;
- 5.3. gebiedt CZ (gedaagden sub 1, 3 en 4) om binnen twee dagen na dagtekening van dit vonnis de procedure voor de inkoop van stomamateriaal te staken en gestaakt te houden;
- 5.4. veroordeelt CZ in de proceskosten, aan de zijde van Hollister BV tot op heden begroot op € 1.501,52, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis;
- 5.5. veroordeelt Hollister Inc. in de proceskosten van gedaagden, tot op heden begroot op nihil;
- 5.6. veroordeelt Hollister BV in de proceskosten van gedaagden sub 2 en 5, tot op heden begroot op nihil;
- 5.7. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

02/282082 / KG ZA 14-322
19 juni 2014

14

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H.J.G. Römers en in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van mr. D. van de Kreeke-Schütz op 19 juni 2014.

"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant



19 JUNI 2014