

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer 3310 / 98

Betreft zaak: 3310/Nederlands Tandtechnisch Genootschap

1	INLEIDING	3
1.1	PROCEDUREVERLOOP	3
1.2	RAPPORT	4
2	VASTSTAANDE FEITEN	4
2.1	HET NTG	4
2.2	DE BRANCHE EN HET NTG	6
2.3	DE NTG-REFERENTIELIJST.....	8
2.4	CORRECT CALCULEREN	10
3	STANDPUNTEN VAN HET NTG	13
3.1	BETREFFENDE DE PROCEDURE.....	13
3.2	BETREFFENDE DE FEITEN	14
3.3	BETREFFENDE DE JURIDISCHE BEOORDELING	15
3.4	BETREFFENDE DE SANCTIE	16
4	BEOORDELING	18
4.1	PROCEDURELE ASPECTEN	18
4.2	BETREFFENDE DE FEITEN	18
4.2.1	<i>Tarieven vs Coderingen</i>	18
4.2.2	<i>Tarieven voor tandartsen</i>	23
4.2.3	<i>Eigen tarieven tandtechnici</i>	24
4.2.4	<i>Minimale en inferieure kwaliteit</i>	27
4.3	JURIDISCHE BEOORDELING	29
4.3.1	<i>Besluit van een ondernemersvereniging</i>	29
4.3.2	<i>Mededingingsbeperking</i>	32
4.3.3	<i>Merkbaarheid</i>	34
4.3.4	<i>Artikel 81, lid 1, EG</i>	36
4.4	CONCLUSIE	37
5	SANCTIE EN LAST	38

5.1	TOEREKENING.....	38
5.2	BOETE.....	38
5.2.1	<i>Beoordelingskader</i>	38
5.2.2	<i>Duur en ernst van de overtreding</i>	39
5.2.3	<i>Vaststelling van de hoogte van de boete</i>	40
5.3	LAST ONDER DWANGSOM.....	43
6	BESLUIT	46

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

1 Inleiding

1.1 Procedureverloop

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) heeft ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) door de ondernemersvereniging het Nederlands Tandtechnisch Genootschap (hierna: NTG).
2. Het onderzoek heeft zich gericht op de door het NTG gepubliceerde referentie-/ coderingslijsten, ook wel aangeduid als referentielijsten Coderingen en Tarieven (hierna: referentielijst).
3. Op 7 mei 2003 hebben ambtenaren van de NMa die krachtens besluit van de d-g NMa belast zijn met het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Mw bepaalde wettelijke voorschriften¹, een bedrijfsbezoek afgelegd bij het secretariaat van het NTG, te Zeist. Tijdens dit bedrijfsbezoek is inzage verkregen in zakelijke documenten en bescheiden². Voorts zijn in het kader van het onderzoek schriftelijk vragen aan het NTG gesteld en zijn er mondelinge inlichtingen ingewonnen bij de bureausecretaris van het NTG³. Aansluitend op het gesprek is het NTG een aantal malen verzocht nadere informatie te verstrekken⁴. Deze gegevens zijn per post en per e-mail door de NMa ontvangen⁵.
4. Gedurende het onderzoek is tevens informatie ingewonnen bij onder andere de Vereniging van Laboratorium Houdende Tandtechnici (hierna: VLHT), enkele zorgverzekeraars, het ministerie van VWS, de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheekunde (hierna: de NMT), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) en het College Tarieven Gezondheidszorg (hierna: het CTG).
5. Het onderzoek heeft geleid tot het vermoeden dat artikel 6 Mw en artikel 81 EG zijn overtreden door het NTG en dat dit het NTG kan worden toegerekend. Met het oog op een daarvoor op te

¹ Staatscourant, 2 januari 1998, nr. 1.

² 3310/16.

³ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureausecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26).

⁴ 3310/19, 3310/33, 3310/35, 3310/44 en 3310/51.

⁵ 3310/21, 3310/22, 3310/34 en 3310/45.

leggen boete en/ of last onder dwangsom heeft de d-g NMa een rapport, zoals bedoeld in artikel 59 Mw, laten opmaken (hierna: het rapport). Dit rapport is vastgesteld en aan het NTG toegezonden op 11 december 2003.

6. Op 12 januari 2004 heeft de NMa het NTG met het oog op artikel 60, lid 2, Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Conform artikel 60, lid 1, Mw heeft de NMa het NTG hierbij opgeroepen schriftelijk en/ of mondeling zijn zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen. Het NTG heeft schriftelijke een zienswijze toegezonden op 13 februari 2004. Zij heeft deze op 19 februari 2004 mondeling toegelicht in een ten kantore van de NMa gehouden hoorzitting. Bij brief d.d. 3 maart 2004 heeft het NTG nog een aantal – tijdens de hoorzitting gevraagde – documenten toegezonden aan de NMa. Conform artikel 61, lid 2, Mw is een verslag opgemaakt van de hoorzitting. Dit verslag is het NTG toegezonden op 26 maart 2004, waarbij zij in gelegenheid is gesteld hierover opmerkingen te maken. Bij fax van 2 april 2004 heeft het NTG laten weten geen opmerkingen te hebben naar aanleiding van het verslag.

1.2 Rapport

7. Kort en bondig wordt in het rapport het volgende geconcludeerd⁶. Er is een redelijk vermoeden dat het NTG inbreuk heeft gemaakt op artikel 6, lid 1, Mw en op artikel 81, lid 1, EG door ten minste vanaf 1 januari 1998 tot en met 11 december 2003 minimaal tweemaal per jaar een lijst met adviestarieven voor tandtechnische werkstukken en handelingen vast te stellen en te verspreiden onder zijn leden en activiteiten te ontplooiën om de naleving van deze lijst te stimuleren, waardoor het gedrag van zijn leden op het gebied van de prijsstelling van tandtechnische werkstukken wordt gecoördineerd en een prijsbodemp in de markt wordt gelegd. De overtredingen zijn begaan door het NTG en moet aan hem worden toegerekend.

2 Vaststaande feiten

8. In de onderhavige zaak gaat de d-g NMa uit van de onderstaande feiten die, afkomstig uit het rapport en de daarin aangehaalde documenten, niet of onvoldoende gemotiveerd door het NTG zijn weersproken.

2.1 Het NTG

9. Het NTG is een vereniging naar Nederlands recht en opgericht op 22 mei 1992. Volgens de statuten van het NTG zijn de leden van het NTG ondernemingen die zich hoofdzakelijk bezig

⁶ In het vervolg van dit besluit wordt – daar waar nodig – uitgebreider ingegaan op het rapport.

houden met het vervaardigen van tandtechnische werken voor derden⁷. Tandartsen kunnen dus geen lid zijn van het NTG aangezien hun hoofdactiviteit niet is het vervaardigen van tandtechnische werken. In de praktijk is een aantal tandartsen wel lid van het NTG. Het betreft tandarts-leden die naast hun tandartspraktijk een aparte tandtechnische praktijk hebben, dan wel tandartsen die een tandtechnicus in dienst hebben⁸.

10. Het statutaire doel van het NTG is:

“het bevorderen van de professionele belangen van de ondernemingen in de tandtechnische branche in Nederland in het algemeen en van de leden van de vereniging in het bijzonder.”⁹ ¹⁰

De vereniging tracht haar doel te bereiken door onder andere:

- a) *“het bevorderen van overleg en samenwerking tussen leden;*
 - b) *het verzamelen van gegevens en het bestuderen van vraagstukken, welke voor de tandtechnische branche van belang zijn;*
 - c) *het houden van vergaderingen, lezingen, voordrachten en demonstraties, welke op de tandtechnische branche betrekking hebben en het geven van andere voorlichting aan de leden;*
 - d) *het bevorderen van de belangen van de tandtechnische branche en het uitbrengen van adviezen daar, waar zulks wenselijk is;*
- (...)
- l) *het oprichten en in stand houden van een verenigingsperiodiek, dat als officieel orgaan van de vereniging kan gelden.”¹¹*

11. Organen van het NTG zijn de algemene vergadering (hierna: AV)¹², het bestuur en het dagelijks bestuur. Het bestuur is belast met het besturen van het NTG, het dagelijks bestuur is, onder verantwoordelijkheid van het bestuur, belast met de dagelijkse leiding.¹³ Aan de AV komen in de vereniging alle bevoegdheden toe, die niet door de wet of de statuten aan het bestuur zijn opgedragen¹⁴. Het bestuur van het NTG bestaat uit een oneven aantal personen dat door de AV is

⁷ Artikel 6. Afschrift akte van statutenwijziging, betreffende de algehele wijziging van de statuten van de vereniging: Nederlands Tandtechnisch Genootschap, gevestigd te Zeist, van 17 december 1997 (3310/34).

⁸ Zie de notitie van het telefoongesprek d.d. 29 september 2003 tussen de NMa en de bureausecretaris van het NTG (3310/51).

⁹ Artikel 3 van de Statuten (3310/34).

¹⁰ Alle citaten die in dit besluit zijn opgenomen zijn letterlijk overgenomen, inclusief alle taal-, spel- en stijlfouten.

¹¹ Artikel 4 van de Statuten (3310/34).

¹² In stukken van het NTG wordt regelmatig verwezen naar en geduid op de “Algemene Ledenvergadering”. In het navolgende zal steeds worden uitgegaan van Algemene Vergadering (hierna dus: AV).

¹³ Artikel 17 van de Statuten (3310/34).

¹⁴ Artikel 19 van de Statuten (3310/34).

benoemd¹⁵. Het NTG houdt een bureau aan voor de uitoefening van de werkzaamheden onder verantwoordelijkheid van het bestuur¹⁶.

12. Het NTG heeft zijn statutaire zetel te Zeist. Het bureau c.q. het secretariaat van het NTG is gevestigd aan de Verlengde Slotlaan 76 te Zeist¹⁷, alwaar 3 parttime medewerkers werkzaam zijn, waaronder de bureausecretaris. Sinds 23 november 1999 heeft het NTG een eigen website: www.tandtechnieknet.nl.
13. Het NTG voert diverse taken en activiteiten uit. Zo brengt het NTG de eerdergenoemde referentielijst uit (zie randnummer 2). De NTG-referentielijst komt verder ter sprake in paragraaf 2.3 hierna. Daarnaast organiseert het NTG genootschapspractica over verschillende onderwerpen (oa. over correct calculeren) voor zijn leden en biedt het assistentie bij het verkrijgen van Europese certificeringen. Over algemene genootschapszaken worden de leden geïnformeerd via de eigen website van het NTG. Op het afgeschermd gedeelte van deze site plaatst het NTG onder meer zijn referentielijst. Via het (interne) mededelingenbulletin 'Het Genootschapsbulletin', dat wordt verzorgd door het secretariaat van het NTG, worden de leden op de hoogte gehouden van relevante actuele ontwikkelingen. Daarnaast ontvangen alle leden van het NTG het Tandtechnisch Magazine (hierna: TTM) waarin diverse Genootschapsrubrieken van het NTG zijn opgenomen, zoals vanaf december 2000 de rubriek "Correct Calculeren"¹⁸.

2.2 De branche en het NTG

14. Een tandtechnisch laboratorium (hierna: TTL)¹⁹ vervaardigt tandtechnische werkstukken. TTL's werken over het algemeen in opdracht van tandartsen en tandprotheticen en verrichten soms ook tandtechnische werkzaamheden ten behoeve van orthodontisten²⁰. De belangrijkste opdrachtgever voor de TTL's is de tandarts. Tandartsen kunnen in beginsel ook zelf tandtechnische werkstukken maken. Echter, gebleken is dat het meeste tandtechnische werk door hen wordt uitbesteed aan een TTL²¹. Volgens de NMT doet ongeveer 3 à 4 procent van de tandartsen (soms) de techniek nog zelf.

¹⁵ Artikel 14 van de Statuten (3310/34).

¹⁶ Artikel 24 van de Statuten (3310/34).

¹⁷ Het postadres luidt: Postbus 658, 3700 AR Zeist, tel. 030-6915754, fax 030-6917045, e-mail info@tandtechnieknet.nl.

¹⁸ Zie stuknummer 03310163430061, Notulen AV van 21 november 2000 (3310/16).

¹⁹ Indien in het verdere verloop van dit rapport wordt gesproken over een TTL dan wordt hier zowel, een tandtechnicus, een éénmansbedrijf als een laboratorium met meerdere werknemers bedoeld.

²⁰ KPMG Bureau voor Economische Argumentatie "De markt voor mondzorg, een deelmarktanalyse" van april 2002, p.38 (3310/4).

²¹ Zie onder andere het verslag van het gesprek van de NMa met VWS op 2 april 2003 (3310/6) en het verslag van het gesprek van de NMa met de NMT op 20 augustus 2003 (3310/39).

15. Aan het uitoefenen van het tandtechnisch vak zijn geen specifieke (wettelijke) voorwaarden verbonden. In beginsel kan dus iedereen een TTL oprichten. Hiervan wordt geen registratie bijgehouden. Volgens de gegevens van de Kamer van Koophandel waren er in Nederland per 1 januari 2003 1103 tandtechnische bedrijven, bestaande uit tandtechnici, tandtechnische laboratoria en tandtechnische werkplaatsen²². Uit gesprekken met de bureaussecretaris van het NTG blijkt dat het aantal ingeschrevenen bij de Kamer van Koophandel deels TTL's betreft die zich niet hebben uitgeschreven, deels dubbelstellingen zijn en deels werknemers zijn van andere TTL's die soms 'iets voor zichzelf doen'²³. Volgens het NTG zijn er circa 800 tandtechnische bedrijven in Nederland. In dit besluit zal worden uitgegaan van tenminste 800 TTL's.
16. In de praktijk blijkt dat voornamelijk de tandarts bepaalt welk TTL wordt ingeschakeld om een bepaald tandtechnisch werkstuk te maken. De patiënt heeft, uitzonderingsgevallen daargelaten, geen contact met een TTL. Uit een gesprek met het NMT is gebleken dat de tandarts vaak samenwerkt met meerdere TTL's aangezien er ook onder TTL's specialisatie kan optreden²⁴. Voorts blijkt uit datzelfde gesprek dat de tandarts vaak kiest voor een TTL in de buurt.
17. De kosten voor tandtechnische werkstukken worden door het TTL in rekening gebracht bij zijn opdrachtgever (de tandarts), die ze vervolgens doorberekent aan de patiënt of zijn zorgverzekeraar. Indien het tandtechnisch werkstuk wordt gemaakt door "de tandarts of een ander orgaan voor gezondheidszorg", zijn de kosten gebonden aan een maximum in het kader van de Wet Tarieven Gezondheidszorg (hierna: WTG)²⁵. Voor het vaststellen van deze maxima verwijst het CTG naar de referentielijst van het NTG. TTL's vallen daarentegen niet onder de WTG en zijn dus niet gehouden aan wettelijke maxima.
18. Binnen de tandtechnische branche zijn twee brancheverenigingen te onderscheiden, te weten het NTG en de VLHT. Volgens eigen zeggen is het NTG veruit de grootste vereniging voor TTL's in Nederland²⁶ en heeft het NTG circa 400 leden²⁷. Volgens eigen informatie heeft de VLHT circa 175

²² Zie www.kvk.nl (3310/53). Volgens het SVBG (intermediair tussen branche en onderwijs voor gespecialiseerde beroepsgroepen) zijn er 1040 ondernemingen/ vestigingen in de tandtechnische branche. Zie www.svbg.nl (3310/50).

²³ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26).

²⁴ Verslag van het gesprek van de NMa met de NMT op 20 augustus 2003 (3310/39).

²⁵ Tariefbeschikking betreffende tarieven voor tandheelkundige hulp door tandartsen ten behoeve van ziekenfondsverzekerden en niet-ziekenfondsverzekerden, ingangsdatum 1 januari 2003, vastgesteld door het CTG (3310/3).

²⁶ www.tandtechnieknet.nl

²⁷ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26). Dit aantal wordt ook door de VLHT geschat. Zie verslag van het gesprek van de NMa met de secretaris van de VLHT op 26 juni 2003 (3310/29).

leden²⁸. De VLHT stelt dat de verdeling qua marktomvang tussen het NTG en de VLHT groter is dan het verschil in aantallen leden. Bij de VLHT zijn met name de kleinere TTL's aangesloten²⁹.

19. Het NTG heeft in een brief aangegeven dat het geen zicht heeft op de totale omzet van zijn leden en op de totale omzet van de tandtechnische branche³⁰. Wel stelt het NTG in gesprekken³¹, brieven³² en op zijn website³³ dat zijn leden 70 tot 80% van de totale jaaromzet van de tandtechnische branche in Nederland vertegenwoordigen³⁴. Het Hoofdbedrijfschap Ambachten (hierna: HBA) schat de omzet voor het jaar 2000 op 656 miljoen Nederlandse guldens (omgerekend ongeveer EUR 298 miljoen, NMa)³⁵. Het SVGB, Intermediair tussen Branche & onderwijs, schat de omzet van de tandtechnische branche voor 2001 op EUR 160 miljoen³⁶. Exacte gegevens over de omzet in de branche ontbreken. Er wordt in dit besluit vanuit gegaan dat omzet in de tandtechnische branche in Nederland tenminste EUR 160 miljoen bedraagt.

2.3 De NTG-referentielijst

20. In de periode van 1 januari 1998, de datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet, tot 11 december 2003, de datum van het vaststellen van het rapport, (hierna kortweg: de onderzochte periode), doch overigens ook reeds vanaf 1992 (het jaar van oprichting van het NTG), publiceert het NTG een lijst, in dit besluit aangeduid als 'referentielijst'.³⁷ De NTG-referentielijst omvat zo'n 40 pagina's en begint met een index met daarin aangegeven een achttal hoofdgroepen van tandtechnische producten en/ of werkzaamheden, verder onderverdeeld in subgroepen³⁸. De Hoofdgroepen zijn: 0 = Offerte + ontwerp, 1= Prothese werkzaamheden, 2 = Orthodontie 3=

²⁸ Verslag van het gesprek van de NMa met de secretaris van de VLHT op 26 juni 2003 (3310/29) en www.vlht.nl (3310/54).

²⁹ Het grootste VLHT lid zou ongeveer 40 medewerkers in dienst hebben, terwijl er TTL's bestaan met 100 medewerkers. Verslag van het gesprek van de NMa met de secretaris van de VLHT op 26 juni 2003 (3310/29).

³⁰ Brief van de bureaussecretaris van het NTG van 24 september 2003 (3310/45).

³¹ Verslag van het gesprek met de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26).

³² Brief van de bureaussecretaris van het NTG van 24 september 2003 (3310/45).

³³ www.tandtechniek.nl (3310/55).

³⁴ Verslag van het telefoongesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG van 29 september 2003 (3310/51)

³⁵ Hoofdbedrijfschap Ambachten, *Jaarboek Ambacht 2002*, Voorburg. HBA-publicatieroomnummer. 268, februari 2002(3310/49).

³⁶ SVGB, Intermediair tussen Branche & Onderwijs, *Arbeidsmarkt Beroepsopleiding 2002*, augustus 2002 (3310/50).

³⁷ In 2000 verandert de naam van de NTG-lijst zijnde coderings- en tarievenlijst in 'referentielijst'. Zie de notulen van de bestuursvergadering van het NTG van 6 maart 2000 (3310/22): "*voorstel 2: helemaal mee eens met de idee van de heer [...] om de coderingenlijst te behouden: 06/03/14; op voorstel van de bureaussecretaris wordt besloten de term referentielijst te gebruiken*".

³⁸ Zie de referentielijst per 1 april 2002 in 3310/1, de referentielijst – gedeeltelijk – per 1 februari 2003 in 3310/16 (stuknummers 03310163430174 t/m 03310163430179), de referentielijst per 1 april 2003 in 3310/16 (stuknummers 03310163430180 t/m 03310163430217) alsmede de referentielijst "tarieven per 1 april 2001 t/m 31 maart 2002", uitgedraaid van de website van het NTG (3310/86).

Frame werkzaamheden, 4= Kroon en/of brugwerkzaamheden, 5 = Porselein en kunstharswerkzaamheden, 6 = Implantaten en hoofdgroep 9 = Materialen. De hoofdgroepen 7 en 8 bestaan niet in de referentielijst. Vervolgens bestaat de referentielijst per subgroep uit een opsomming van verschillende posten met een 4-cijferige code ervoor en met vrijwel altijd een tarief in gulden/ euro's erachter. In totaal gaat het om ruim 500 posten.

21. In de bijlage bij dit besluit zijn enkele bladzijden uit de NTG-referentielijst per 1 april 2002³⁹ opgenomen. Hierop zijn de posten, coderingen en tarieven voor diverse tandtechnische werkstukken en handelingen te zien.
22. In de onderzochte periode past het NTG de referentielijst twee maal per jaar aan, namelijk voor januari en voor april⁴⁰. Het NTG stuurt de referentielijst, samen met het Genootschapsbulletin, ook twee maal per jaar naar zijn leden⁴¹. Het publiceert de referentielijst vanaf begin 2000 bovendien op het gedeelte van zijn website, dat alleen toegankelijk is voor leden. Daarnaast stuurt het de referentielijst naar het bestuur van de VLHT, de NMT, de Associatie Nederlandse Tandartsen (hierna: ANT) en de Organisatie van Nederlandse Tandprothetici (hierna: ONT)⁴². Bovendien ontvangt het CTG een exemplaar van de referentielijst⁴³. Individuele tandartsen kunnen de referentielijst, tegen een bepaald tarief, opvragen bij het NTG⁴⁴.
23. Sinds december 2000 wijst het NTG de leden er bij de toezending van de aangepaste referentielijst op dat zij vrij zijn eigen tarieven te bepalen⁴⁵. Daarbij brengt het NTG bij de leden ook onder de aandacht dat het gebruikelijk en gunstig is de tarieven rondom 1 januari en 1 april aan te passen. Gedurende de jaren 2000, 2001 en 2002 voegt het NTG bij het desbetreffende Genootschaps- bulletin een voorbeeldbrief die zijn leden kunnen gebruiken om de tandartsen

³⁹ 3310/ 1.

⁴⁰ In december/januari vindt aanpassing van de tarieven plaats vanwege de stijging van de tanden en kiezenprijzen. In maart/april vindt verhoging van de tarieven plaats op basis van een bepaalde aanpassingssystematiek. Zie de in voetnoot 41 genoemde Genootschapsbulletins.

⁴¹ Zie verslag van het gesprek d.d. 2 juni 2003 tussen de bureausecretaris van het NTG en NMa-ambtenaren (3310/26). Zie voorts Genootschapsbulletins; nr. 58, 5 maart 1998 en nr. 155, maart 2003 in 3310/22, nr. 102, 16 maart 2000, nr. 121, 20 december 2000, nr. 137, 20 december 2001, nr 142, 18 maart 2002, in 3310/20, alsmede nr. 126, 8 maart 2001 in 3310/85 en nr. 80, 16 maart 1999, nr. 153, 16 december 2002 in 3310/87. Zie ook voetnoten 48, 49 en 50 hierna.

⁴² Verslag van het gesprek van de NMa met de bureausecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26).

⁴³ Verslag van het gesprek van de NMa met het CTG op 26 mei 2003 (3310/23).

⁴⁴ Zie de website van het NTG (3310/55).

⁴⁵ Zie de desbetreffende Genootschapsbulletins in voetnoot 41. Het NTG maakt voorts specifiek melding van het feit dat de tarieven voor tandartsen die tandtechnisch werk in eigen beheer maken als maximum gelden.

(lees: afnemers) op de hoogte te stellen van de tariefaanpassingen⁴⁶.

24. Het beschikken over de NTG-referentielijst is één van de twee hoofdredenen voor het lidmaatschap van het NTG⁴⁷. Uit de dossierstukken blijkt verder dat de referentielijst(-tarieven) geregeld ter sprake komt (komen) binnen het NTG. Zo wordt in de AV van 20 maart 1998 het volgende medegedeeld over de geactualiseerde NTG-referentielijst:

*“De heer [...] deelt mee dat alle leden binnen afzienbare tijd een nieuwe uitdaging krijgen op het vlak van de prijsstelling aangezien de nieuwe prijs- en coderingslijst vandaag de deur uitgaat.”*⁴⁸

Een ander voorbeeld is te ontleen aan de bestuursvergadering van 3 oktober 2000 waarin één van de bestuursleden vraagt naar de verwerking van het nieuwe BTW-tarief dat van 17,5% naar 19% stijgt. De notulen van de vergadering vervolgen:

*“Besloten wordt deze verandering vast in de Coderingslijst te verwerken en er voor te zorgen dat de aangepaste lijsten reeds begin december aanstaande het land in gaan: 03/ 10/ 18.”*⁴⁹

Ook in de notulen van de bestuursvergadering van 7 november 2000 is het volgende te lezen over aanpassing van de referentielijst:

“Tevens wordt besloten om de aangepaste bedragen voor tanden en kiezen te verwerken en aan de leden toe te zenden”.⁵⁰

2.4 Correct Calculeren

25. Onder de noemer “Correct Calculeren” ontwikkelt het NTG verschillende activiteiten, waarbij het gebruik van de referentielijst voorop staat. Het “Correct Calculeren”, zo heeft de bureaussecretaris in een gesprek met de NMa gesteld⁵¹, vormt voor het NTG een belangrijk hulpmiddel bij het ondersteunen van zijn leden. Het NTG ziet het als een belangrijke taak om de leden te leren ondernemen en met name te leren correct te calculeren. Het NTG zou zijn leden hierbij stapje voor stapje een handreiking leveren om zich te beschermen tegen de ‘boze buitenwereld’ (o.a.

⁴⁶ Zie Genootschapsbulletins nr. 121, 20 december 2000, nr. 137, 20 december 2001, nr. 142, 18 maart 2002 in 3310/ 20 en nr. 126, 8 maart 2001 in 3310/ 85.

⁴⁷ Zie de Notulen van de bestuursvergadering d.d. 6 maart 2000, onder punt 3.3, in 3310/ 22.

⁴⁸ Notulen AV van het NTG van 20 maart 1998 in 3310/ 16 (stuknummer 03310163430110).

⁴⁹ Notulen van de bestuursvergadering van het NTG van 3 oktober 2000 (3310/ 22).

⁵⁰ Notulen van de bestuursvergadering van het NTG van 7 november 2000 (3310/ 22). Zie ook de notulen AV van het NTG van 21 november 2000 in 3310/ 16 (stuknummer 03310163430061).

⁵¹ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/ 26).

tandartsen)⁵². Volgens de bureaussecretaris van het NTG zouden tandtechnici namelijk structureel aan de onderkant van de marge zitten en niets weten van ondernemerschap⁵³. Deze ondersteuning tracht het bestuur op verschillende wijzen aan te bieden.

26. Reeds genoemd in randnummer 13 is het feit dat alle leden van het NTG het TTM ontvangen en dat in dat vaktijdschrift diverse Genootschapsrubrieken van het NTG zijn opgenomen, zoals vanaf december 2000 de rubriek "Correct Calculeren". Tijdens de AV van 21 november 2000 kondigt de voorzitter van het NTG deze Genootschapsrubriek als volgt aan:

*"Zo kunt u vanaf het volgende TTM in december een nieuwe rubriek lezen waarin telkens correcte calculatievoorbeelden worden gegeven. Te beginnen met de prothese. U vindt in die nieuwe rubriek concrete voorbeelden met de correcte coderingen en al even concrete uitgewerkte prijsvoorbeelden. Dat doen we ook en vooral om onze leden een betere onderhandelingspositie te geven. Dat blijkt nodig."*⁵⁴

27. In deze rubriek laat het NTG aan de hand van concrete voorbeelden zien hoe de prijs van bepaalde tandtechnische werkstukken⁵⁵ berekend kan worden. Daarbij worden soms meerdere voorbeelden gegeven vanwege de verschillende vervaardigingsmethoden die mogelijk zijn. Het NTG maakt het zijn leden duidelijk dat zij er goed aan doen alle denkbare handelingen en materialen in rekening te brengen⁵⁶. In TTM 43 uit oktober 2001 valt het volgende te lezen:

"Tandtechnische werkstukken zijn altijd maatwerk. Dus is een correcte calculatie van elk werkstuk noodzakelijk. Uit divers onderzoek blijkt dat allerlei zaken worden vergeten. Dat is in niemands belang. Niet van de patiënt, niet van de tandarts en ook niet van de zorgverzekeraar. Het is economisch een wantoestand die zo snel mogelijk tot het verleden moet behoren. Desnoods via een inhaalslag. Zeker

⁵² Verslag van het gesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26).

⁵³ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureaussecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/26). Deze gedachte van het NTG is ook terug te vinden in het TTM nr. 48 uit augustus/september 2002. Hierin staat: "Bij goed vakmanschap komt het niet alleen aan op het afleveren van een technisch kwalitatief goed product. Niet minder belangrijk voor het voortbestaan van een bedrijf zijn ondernemerskwaliteiten zoals het kunnen maken van een goede calculatie." En zie ook het Verslag van de secretaris over 1999 (3310/22): "En kennelijk durven of kunnen te veel leden die kosten nog niet adequaat doorberekenen."

⁵⁴ Zie stuknummer 03310163430061 in 3310/16.

⁵⁵ Gebruikte voorbeelden betreffen de volgende tandtechnische werkstukken: C-prothese, boven en onderprothese op implantaat, kroon- en brugwerk, Silensor, Telescoopkroon, frames, etsbruggen, rebasing en steggen.

⁵⁶ Het NTG haalt hierbij onder meer aan dat:

"Uit onderzoek blijkt dat allerlei zaken onbewust worden vergeten." (TTM 42)

"...geen noodzakelijke handelingen verrichten of materialen leveren zonder die in de calculatie mee te nemen." (TTM's 40, 41 en 42)

"Te meer ook omdat elke keer weer blijkt dat de marges in de tandtechniek minimaal zijn." (TTM 39) en *"...met het geven van kortingen – respectievelijk het hanteren van te smalle marges – volstrekt onaanvaardbare financiële risico's worden genomen."* (TTM 47) in 3310/27.

gelet op de gemiddeld nog steeds veel te smalle financieel-economische marges binnen de tandtechnische branche. Een niet gering aantal tandtechnisch laboratoria bestaat slechts bij de gratie van onbezoldigde overuren maken. Een economische depressie kan voor hen de financiële doodsteek betekenen. In wezen moet daarvoor een buffer opgebouwd kunnen worden.”

En in TTM 38 uit november/december 2000:

“Een tandtechnisch laboratorium is uiteindelijk ook een onderneming die alleen kan voortbestaan als er een redelijke winst gemaakt wordt. Dan moeten in ieder geval alle kosten doorberekend kunnen worden.”⁵⁷

28. In de voorbeeldberekeningen van de rubriek “Correct Calculeren” zijn vele tientallen posten uit de hoofd- en subgroepen van de NTG-referentielijst gebruikt. De bij die berekeningen gehanteerde tarieven komen nagenoeg overeen met de tarieven uit de referentielijst. In het algemeen zijn de in de voorbeelden gehanteerde tarieven gelijk aan of liggen ze iets boven de tarieven uit de NTG-referentielijst⁵⁸.
29. Een andere activiteit van het NTG waarbij de NTG-referentielijst gebruikt wordt, is in het kader van de Genootschapspractica. Op 18 mei 1999 organiseerde het NTG voor het eerst het “Genootschapspracticum coderingslijst”. Later zijn meer van dergelijke Genootschapspractica gevolgd. Het onderwerp van dit practicum is het juist hanteren van de coderings- en tarievenlijst⁵⁹. De idee om deze practica te organiseren teneinde de leden bij te brengen hoe de NTG-referentielijst dient te worden toegepast, is reeds in 1998 en 1999 ter sprake geweest⁶⁰.
30. Naast het hanteren van de coderingen uit de NTG-referentielijst, heeft het NTG deze Genootschapspractica georganiseerd om te bevorderen dat de leden bij het calculeren tot een adequate prijsstelling komen⁶¹. Het NTG ziet het als zijn taak de marges bij de leden te verbeteren en de winst te verhogen en bedient zich daarbij van de referentielijst. Het NTG wijst zijn leden

⁵⁷ TTM 38 en 43 zijn beide eveneens te vinden in 3310/27.

⁵⁸ In ieder geval blijkt dit uit een vergelijking van de tarieven uit de voorbeelden van de rubriek “Correct Calculeren” in de TTM's 41, 42, 43 en 44 (periode mei t/m december 2001) en de referentielijst met de tarieven per 1 april 2001. Hetzelfde geldt voor de tarieven van deze Genootschapsrubriek in de TTM's 47, 48, 49 en 50 (periode mei t/m december 2002) en de referentielijst met de tarieven per 1 april 2002.

⁵⁹ Zie Genootschapsbulletin nr. 84, 11 mei 1999, in 3310/20.

⁶⁰ Zie de Notulen van de bestuursvergadering d.d. 20 januari 1999 in 3310/16 (stuknummer 03310163430275) en de Notulen van de AV d.d. 20 maart 1998 in 3310/16 (stuknummer 03310163430111).

⁶¹ Zie onder het kopje “Tarieven” uit het Verslag van de Secretaris 1999 in 3310/22: “...is het voorts extra belangrijk goed te weten hoe te calculeren en de juiste coderingen te gebruiken voor een adequate prijsstelling. Daartoe is op 18 mei 1999 een zeer goed bezocht interactief Genootschapspracticum georganiseerd.”

erop dat zij zoveel mogelijk alle posten van de NTG-referentielijst in rekening brengen. De navolgende citaten, waaruit e.e.a. blijkt, zijn afkomstig uit de Notulen van de AV d.d. 12 april 2000 respectievelijk van de AV d.d. 21 november 2000:

“De financiële marges zijn nog steeds te smal. Daarom gaan we u helpen om uw winst te verhogen. Er komt een vervolg op het zeer succesvolle Genootschapspracticum over calculeren en het juist hanteren van de coderingen: de referentielijst coderingen en tarieven voor de tandtechniek.”⁶²

En:

“Dit jaar heeft sowieso reeds in het teken gestaan van het bevorderen van correct calculeren en het juist hanteren van de coderingen. Ik herinner u aan de vijf regionale bijeenkomsten over dit onderwerp. (...) Daarom zeg ik nog maar eens; u bent vrij om een hoger tarief te berekenen en dat aan uw tandarts te offeren. U mag daarbij alle reële kosten doorberekenen en u moet een reële winstmarge incalculeren. Anders pleegt u vroeg of laat economische zelfmoord. U mag ook bepaalde kosten letterlijk zichtbaar maken. (...) U krijgt daartoe op de nieuwe coderingslijst enkele speciale coderingen aangereikt. Die lijst kunt u in december tegemoet zien. Daarin is ook de BTW-verhoging van 17,5 naar 19% verwerkt. Evenals de nieuwe prijzen voor tanden en kiezen.”⁶³

3 Standpunten van het NTG

3.1 Betreffende de procedure

31. Volgens het NTG heeft de NMa zich ten onrechte beperkt tot het analyseren van gegevens die afkomstig zijn van het NTG. Enig onderzoek onder de leden van het NTG, met name op het gebied van het door zijn leden gevoerde prijsbeleid, is niet verricht. Aldus zou, volgens het NTG, sprake zijn van een zeer eenzijdig onderzoek.
32. De d-g NMa zou inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 EVRM doordat in strijd met de rechten van verdediging het opmaken van het rapport omgeven is met publiciteit. Het NTG stelt dat dit ook in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

⁶² Zie de Notulen van de AV d.d. 12 april 2000 in 3310/16 (stuknummer 03310163430071).

⁶³ Zie de Notulen van de AV d.d. 21 november 2000 in 3310/16 (stuknummer 03310163430059).

3.2 Betreffende de feiten

33. Volgens het NTG zijn de feiten zoals gepresenteerd in het rapport en de wijze waarop deze door de d-g NMa zijn geïnterpreteerd op meerdere onderdelen onjuist.
34. Het NTG voert aan dat zij niet de leden adviseerde op het gebied van *tarieven*, maar op het gebied van het hanteren van de voor de bedrijfsvoering van de leden noodzakelijke *coderingen*. Het geven van dergelijke adviezen is, volgens het NTG, gericht op handhaving en verbetering van de kwaliteit van het tandtechnisch bedrijf. De coderingen zijn tevens van belang voor het vereiste inzake naspeurbaarheid in verband met ketenaansprakelijkheid (voortvloeiende uit EG Richtlijn 93/42), stelt het NTG.
35. Volgens het NTG suggereert de NMa ten onrechte dat de publicatie van de tarieven één van de twee hoofdredenen is om lid te worden van het NTG. Een belangrijke reden om lid te worden van het NTG is daarentegen wel de reeks coderingen die deel uitmaakt van de referentielijst. Overigens, zo merkt het NTG op, zijn er 25 redenen voor het aangaan van het lidmaatschap. Adviezen over de tariefaanpassingen worden nagenoeg nooit gevraagd, wel wordt er advies gevraagd met betrekking tot het hanteren van de coderingen, aldus het NTG.
36. Voorts brengt het NTG naar voren dat de tarieven genoemd in de referentielijst dienen als referentie voor tandartsen, de ECD/ FIOD, diverse gemeentelijke instanties en consumenten(organisaties). De in de referentielijst opgenomen tarieven zijn de tarieven die het NTG aanlevert aan het CTG ten behoeve van de vaststelling van de maxima waartegen tandartsen die zelf tandtechniek doen krachtens de WTG mogen declareren. De in de referentielijst vermelde tarieven zijn uitsluitend en alleen bedoeld voor tandartsen die zelf tandtechniek doen, zo betoogt het NTG. De tarieven waren volgens het NTG slechts om praktische redenen opgenomen in de referentielijst voor de TTL's. Het NTG zou niet over de financiële en technische middelen beschikken om e.e.a. te splitsen.
37. Bovendien, zo vindt het NTG, heeft het NTG zijn leden er bij herhaling duidelijk op gewezen dat tandtechnisch ondernemers hun eigen tarieven op basis van eigen calculaties moeten vaststellen. Zijn beleid zou er vanaf ultimo 1998 op gericht zijn geweest zich strikt aan de Mededingingswet te houden. Het NTG verwijst hierbij naar een memo d.d. 15 december 1998 van het secretariaat aan het bestuur van het NTG⁶⁴. Het NTG voert verder nog aan dat de naamswijziging uit 2000 van 'codering- en tarievenlijst' in 'referentielijst' niet slechts een cosmetische aanpassing was, maar samenhang met de wens van het bestuur van het NTG nog duidelijker dan voorheen aan te geven dat het zwaartepunt ligt op de coderingen in plaats van op de tarieven.

⁶⁴ Als bijlage 1 gevoegd bij de schriftelijke zienswijze d.d. 13 februari 2004 van het NTG (3310/81).

38. Het NTG ontkent toepassing van de tarieven uit de referentielijst te hebben gestimuleerd. Zij merkt op dat uitlatingen van het NTG sedert eind 1998 steeds gepaard gaan met verwijzingen naar de Mededingingswet, het feit dat collectieve prijsafspraken verboden zijn en bijvoorbeeld het feit dat ieder lid zijn eigen prijzen dient te bepalen. Het NTG wijst erop dat de NMa ten onrechte aan een aantal citaten⁶⁵ bewijs meent te kunnen ontleen voor de stelling dat het NTG zijn leden aanzet tot het hanteren van de tarieven uit de referentielijst. Volgens het NTG gaat het hier om de minimale kwaliteit die de leden dienen te garanderen. Indien men onder een bepaald prijsniveau duikt, zou dat minimum niet meer kunnen worden gewaarborgd, meent het NTG. Meer in het bijzonder stelt het NTG het als zijn taak te zien op te treden tegen tandtechnici die kwalitatief inferieure producten leveren. Het NTG voert aan zich hierbij niet tegen "prijsstunten" als zodanig te richten.
39. Ten aanzien van de tussentijdse aanpassingen van de referentielijst geeft het NTG aan dat de aanpassing in december door fabrikanten gewijzigde prijzen van tanden en kiezen betreft dan wel verband houdt met wijziging van het aantal tanden en kiezen per setje of dat er merken/ modellen bijkomen en afvallen. Het gaat dan slechts om enkele pagina's en niet de hele referentielijst. De aanpassing in maart geschiedt, volgens het NTG, op basis van vaste objectieve externe parameters en dient te worden gezien in het licht van de maximum WTG-tarieven en zijn van belang voor tandartsen en zorgverzekeraars.
40. Onder *correct calculeren* moet, volgens het NTG, het toepassen van de juiste coderingen worden verstaan. Goed calculeren, zo stelt het NTG, betreft het meenemen van alle elementen c.q. componenten die relevant zijn voor een bepaalde verrichting. Het gebruik van de juiste codes is daarbij van belang, volgens het NTG. De Genootschapspractica die onder deze noemer werden gegeven, zouden uitsluitend daarvoor zijn bedoeld⁶⁶. Bij deze practica maakt iedere deelnemer aan de hand van zijn eigen tarievenlijst zijn eigen calculaties. Het NTG voert verder aan dat het geheel buiten de rubriek "Correct Calculeren" in het Tandtechnisch Magazine stond. Deze rubriek werd verzorgd door de redactie van het Magazine.

3.3 Betreffende de juridische beoordeling

41. Het NTG meent dat de d-g NMa ten onrechte tot zijn conclusie is gekomen in het rapport dat de referentielijst een getrouwe weergave is van de wil van het NTG om het gedrag van zijn leden op

⁶⁵ Het betreft citaten uit de notulen van de AV 1999 en 2000 van het NTG, uit het TTM 40 van maart/april 2001 en uit het Genootschapsbulletin nr. 142, 18 maart 2002, opgenomen in randnummers 25, 26, 28 en 29 van het rapport. Zie in dit besluit randnummers 68 (2^e en 4^e citaat), 70, 73 en 74.

⁶⁶ Volgens de verklaring van de bureausecretaris tijdens de hoorzitting d.d. 19 februari 2004 zou de kern van de practica over correct calculeren zijn, de leden bewust te maken van het aantal handelingen bij het vervaardigen van bepaalde tandtechnische werkstukken en zouden de prijzen zelf niet aan de orde zijn geweest bij deze practica (3310/89).

de markt te coördineren en dat deze derhalve dient te worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6, lid 1, Mw. Naar de mening van het NTG is niet voldaan aan de drie elementen die door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) in het arrest *Sachversicherer* in acht zijn genomen, te weten i) het gemeenschappelijk belang van de leden⁶⁷, ii) de aard van de aanbevelingen⁶⁸ en iii) de statutaire bevoegdheid om adviestarieven uit te vaardigen⁶⁹.

42. Het NTG stelt dat het niet het oogmerk heeft (gehad) het gedrag van zijn leden op het gebied van prijzen te beïnvloeden door middel van de publicatie van tarieven. Het NTG herhaalt ter onderbouwing hiervan zijn betoog dat de referentielijst enerzijds het correct toepassen van de in de referentielijst genoemde coderingen dient en anderzijds dienst doet als lijst van maximum WTG-tarieven (tarieven die door tandartsen die zelf tandtechniek doen ten hoogste in rekening mogen worden gebracht).
43. Het doel van het NTG was niet de concurrentie – aan de onderkant van de markt – uit te schakelen, maar te streven naar tandtechnisch werk van een minimum kwaliteitsniveau. Het enkele bestaan van de referentielijst heeft, volgens het NTG, geen enkel effect gehad op het door de individuele leden gevoerde tarievenbeleid. Het NTG herhaalt dat het, in ieder geval sedert ultimo 1998, erop gewezen heeft dat leden een eigen tarievenbeleid moeten voeren. Het NTG voegt als bijlage 3 bij zijn zienswijze enkele rekenvoorbeelden uit de rubriek “Correct Calculeren” om daarmee aan te tonen dat van de referentielijst afwijkende, soms aanzienlijk lagere, prijzen in rekening worden gebracht. Volgens het NTG heeft de d-g NMa geen bewijzen dat de NTG-referentielijst de mededinging merkbaar (heeft) beperkt.
44. Ten slotte verwijst het NTG voor wat betreft de in het rapport geconcludeerde inbreuk op artikel 81, lid 1, EG, naar al zijn eerdere argumenten met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, Mw. Bovendien stelt het NTG dat geen sprake is geweest van enig onderzoek naar het bestaan van beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

3.4 Betreffende de sanctie

45. Het NTG is van mening dat het opleggen van een last onder dwangsom overbodig is aangezien het NTG reeds vrijwillig tegemoet is gekomen aan de door de d-g NMa geuite bezwaren en zulks aan zijn leden heeft gecommuniceerd. Om deze reden is er volgens het NTG evenmin reden om een boete op te leggen. Bovendien zou het NTG door de zeer negatieve publiciteit die door de

⁶⁷ Zijnde, volgens het NTG, niet het hanteren van de in de referentielijst genoemde tarieven, maar het toepassen van de coderingen.

⁶⁸ Volgens het NTG niet het uniformeren van het tarievenbeleid, maar het garanderen van een zeker minimum kwaliteitsniveau.

⁶⁹ Welke bevoegdheid het NTG stelt te missen.

NMa is geïnitieerd reeds zijn bestraft. Voor het geval er toch gedacht wordt aan een boete merkt het NTG nog op dat zij in het verleden richting de NMa altijd open kaart heeft gespeeld en er gezien de communicatie die er in medio 2000 tussen het NTG en de NMa is geweest er redelijkerwijs vanuit gegaan mocht worden dat het beleid van het NTG in overeenstemming was met de Mededingingswet.

46. Het NTG stelt dat medio 2000 twee ambtenaren van de NMa een bezoek hebben gebracht aan het kantoor van het NTG. Tijdens dit bezoek is, volgens het NTG, de referentielijst uitvoerig ter sprake gekomen en is er gevraagd of een en ander verenigbaar was met de Mededingingswet. Uit de reacties van de kant van de NMa hieromtrent heeft het NTG afgeleid dat de referentielijst geen strijdigheid opleverde met de Mededingingswet⁷⁰. Mocht dit, na intern beraad toch anders zijn dat zou het NTG hiervan door de NMa op de hoogte worden gesteld, aldus het NTG. Kort na dit bezoek is er, volgens het NTG, desgevraagd door de NMa telefonisch bevestigd dat de referentielijst vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen probleem zou zijn⁷¹.
47. Bij de bepaling van de hoogte van een eventuele boete, dient naar de mening van het NTG, met het voorgaande rekening te worden gehouden. Tijdens de hoorzitting heeft het NTG gewezen op de zaak ANKO en naar voren gebracht dat die kwestie vergelijkbaar is met de onderhavige en de NMa daar geen boete heeft opgelegd. Er zou in ieder geval geen boete mogen worden opgelegd over de periode medio 2000 tot een met 11 december 2003. Daarnaast wordt verzocht rekening te houden met het feit dat uit het rapport geen aantoonbare effecten van het beleid van het NTG zijn gebleken, de beperkte financiële slagkracht van het NTG (het boekjaar 2003 verwacht het NTG met slechts EUR 25.000,- in kas af te sluiten) en net als in de zaak OSB aan te sluiten bij de contributie van de leden.

⁷⁰ Tijdens de hoorzitting d.d. 19 februari 2004 heeft de bureausecretaris van het NTG, die tijdens het bezoek medio 2000 de NMa-ambtenaren te woord heeft gestaan, verklaard destijds te hebben gezegd: "Als u vindt dat wij het niet goed doen, laat ons dat dan weten." Daarop zou, volgens de bureausecretaris, niet zijn gereageerd, doch wel gesteld: "geen bericht, goed bericht". Zie het verslag van de hoorzitting in 3310/89.

⁷¹ Tijdens de hoorzitting heeft de bureausecretaris hieromtrent verklaard dat hij tijdens het telefonische contact met de NMa te horen kreeg: "Nee, wij geven u geen brief, zo werken wij niet." Dit vond het NTG geen ongewone reactie, aldus de bureausecretaris. Zie het verslag van de hoorzitting in 3310/89.

4 Beoordeling

4.1 Procedurele aspecten

48. De d-g NMa verwerpt de door het NTG opgeworpen gedachte dat het niet-verrichten van onderzoek onder de leden van het NTG, betekent dat het onderzoek 'zeer eenzijdig' is (geweest). De NMa heeft haar onderzoek naar de gedragingen van het NTG overeenkomstig het zorgvuldigheidsbeginsel verricht. Op grond van de aldus verrichte onderzoeksactiviteiten en het opgebouwde dossier heeft de d-g NMa zich een evenwichtig beeld van de branche, de betrokken gedragingen en de juridische en economische context, voorzover relevant, kunnen vormen. Tegen deze achtergrond is het onderhavige onderzoek en zijn de uitkomsten daarvan voldoende om, op basis van de vermoedens zoals neergelegd in het rapport, te besluiten. Hetgeen het NTG heeft gesteld doet hieraan geen afbreuk.
49. Naar aanleiding van de stelling dat de NMa door de publiciteit die aan dit onderzoek is gegeven artikel 6 EVRM, alsmede het zorgvuldigheids- en het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, merkt de d-g NMa het volgende op. Hetgeen door de NMa in deze zaak naar buiten is gebracht betreft niet meer dan waartoe het onderzoek en het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport een basis bieden. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het onderzoek, doet daaraan niet af. De NMa geeft in haar communicatie met de pers met betrekking tot rapporten aan dat het gaat om een vermoeden van een overtreding en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en een eventueel op te leggen boete. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61 en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden betrokken zijn, zijn niet betrokken geweest bij het opstellen van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.

4.2 Betreffende de feiten

50. In hoofdstuk 2 van dit besluit is reeds een uiteenzetting gegeven van de feiten die in ieder geval als vaststaand worden aangemerkt. Het betreft daar – kort gezegd – het NTG, de NTG-referentielijst en het "Correct Calculeren". Onderstaand wordt naar aanleiding van hetgeen het NTG in zijn zienswijze, ter hoorzitting toegelicht en aangevuld, naar voren heeft gebracht, nader op feiten van de onderhavige zaak ingegaan.

4.2.1 *Tarieven vs Coderingen*

51. In de eerste plaats voert het NTG aan dat bij zijn advisering naar de leden het hanteren van de referentielijst geen betrekking heeft op de tarieven, maar op de coderingen. De coderingen zijn

van belang voor de kwaliteit van het tandtechnisch bedrijf, alsmede voor de zogeheten naspeurbaarheid, aldus het NTG. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

52. De bijna 500 posten die de – door het NTG uitgebrachte en twee maal per jaar aangepaste – referentielijst bevatten, zijn in vrijwel alle gevallen voorzien van tarieven. Daar doet de verwijzing van het NTG naar de in de referentielijst opgenomen coderingen niets aan af. Zie ook de in de bijlage bij dit besluit opgenomen bladzijden uit de referentielijst met tarieven per 1 april 2002. Bovendien blijkt onder meer uit randnummers 23 en 24 hierboven zeer duidelijk dat het NTG met behulp van de referentielijsten de leden bijstaat op het punt van de tarieven c.q. de tarifiering. Immers de daar aangehaalde mededelingen van het NTG bij het toezenden van de aangepaste referentielijst aan zijn leden hebben betrekking op tarieven en tariefaanpassingen (randnummer 23) en voorts valt eruit op te maken dat het NTG de actualisering van de referentielijst in verband brengt met de prijsstelling door de leden en het verwerken van het nieuwe BTW-tarief en de nieuwe prijzen voor tanden en kiezen (randnummer 24). Kortom; advisering met betrekking tot de coderingen is hier niet aan de orde. Uit de navolgende citaten, aangehaald uit twee Genootschapsbulletins waarbij het NTG de leden zijn referentielijst toezendt, volgt eveneens dat het het NTG met name te doen is om de tarieven:

“Bijgaand treft u aan een nieuwe Referentielijst voor Coderingen en Tarieven aan. Volgens de aanpassingmethodiek die destijds met de NMT is overeengekomen, zijn deze referentietarieven met 2,7% verhoogd.”⁷²

En:

“Hierbij ontvangt u de – in verband met de stijging van de tanden en kiezenprijzen – aangepaste Referentielijst Coderingen en Tarieven.”⁷³

53. Ook uit de reacties c.q. vragen van de leden blijkt, in tegenstelling tot wat het NTG zelf beweert, dat het NTG adviseert over de tarieven en niet uitsluitend over de coderingen. Een duidelijk voorbeeld hiervan is te vinden in de telefonische vraag/opmerking die een lid het NTG begin 2000 voorlegt. De memo van het NTG-secretariaat aan het bestuur:

“De heer [...] zou graag zien dat het Genootschap doorgaat met het geven van de jaarlijkse adviestarieven op 1 januari en 1 april. Hij roept het bestuur op niet te voorzichtig te zijn in verband met de NMa. (...) Wellicht dat ook in de formulering een manier gevonden kan worden waardoor de NMa

⁷² Genootschapsbulletin nr. 102, 16 maart 2000, in 3310/20.

⁷³ Genootschapsbulletin nr. 137, 20 december 2001, in 3310/20.

niet hoeft in te grijpen.”⁷⁴ ⁷⁵

54. Verder kan ook uit de notulen van enkele bestuursvergaderingen worden afgeleid dat het NTG, in verband met reacties c.q. vragen van zijn leden, de leden ondersteunt met betrekking tot zaken als toeslagen, prijscalculatie en tarieven. Uit het navolgende citaat volgt dat het NTG, door het opnemen van een aantal extra coderingen in de referentielijst, de leden steunt om posten, zoals bijvoorbeeld de arbo- en milieutoeslag en een brandstoftoeslag, in hun prijscalculaties mee te nemen. Wederom blijkt hieruit dat het het NTG wel degelijk erom te doen is, de leden te adviseren terzake van de tarieven c.q. tarifiering:

“Nav een brief van een tandarts aan TTL Bussum inzake afwijzing van de arbo- en milieutoeslag, alsook van nog vijf andere vergelijkbare signalen, besluit het bestuur deze als nieuwe coderingen op te nemen in de aan te passen Coderingenlijst: 18/ 10/ 28. Dit geldt ook voor desinfectie, energietoeslag, brandstoftoeslag en dergelijke, (...) is het [bestuur] accoord om in een rubriek veel gestelde vragen van de website tevens antwoord te geven op de methode van prijscalculatie: 18/ 10/ 32.”⁷⁶

En ook het navolgende citaat toont aan dat het NTG de leden adviseert ten aanzien van de tarieven c.q. de tarifiering. Opgemerkt zij dat het NTG niet ontkend heeft dat dit – ook reeds in het rapport opgenomen – citaat één van zijn activiteiten richting de leden betreft aangaande de tarieven en evenmin gesteld heeft dat dit anders ligt:

“Brief de dato 4/ 9/ 98 van Fraba betreffende tarieven. Vriendelijk beantwoorden in lijn met staande beleid: 15/ 10/ 32.”⁷⁷

55. Ter beoordeling van het argument van het NTG aangaande de ‘naspeurbaarheid’ kan het volgende worden opgemerkt. Met ‘naspeurbaarheid’ wordt bedoeld dat de herkomst of aflevering van (onderdelen van) producten achteraf achterhaald kan worden.⁷⁸ Dit zou, volgens het NTG, van

⁷⁴ Zie memo d.d. 4 februari 2000 van het NTG-secretariaat aan het Bestuur in 3310/ 38. In reactie hierop overweegt het Bestuur de coderingenlijst te behouden en de term referentielijst te gaan gebruiken (zie voetnoot 37).

⁷⁵ Voor een ander voorbeeld kan verwezen worden naar Genootschapsbulletin nr. 58, 5 maart 1998, waarin is opgenomen welke actie het NTG-bestuur heeft ondernomen naar aanleiding van reacties van leden terzake van de invoering van een administratief maximum techniekbedrag door enkele zorgverzekeraars (3310/ 22). Zie verder nog TTM 44, 41 en 39 in de Genootschapsrubriek “Correct Calculeren”: “In gesprekken met laboratoriumhouders uit alle windstreken blijkt dat ...” respectievelijk “Daarmee speelt het Genootschapsbestuur in op wensen van leden die ...” (...) “Immers, de hier gegeven voorbeelden van correct calculeren zijn ontleend aan inzendingen van welwillende tandtechnici.” en “Uit de vele vragen die aan het secretariaat gesteld zijn, blijkt ...” (3310/ 27).

⁷⁶ Zie bladzijde 5 van de Notulen van de bestuursvergadering d.d. 18 oktober 2000 in 3310/ 22.

⁷⁷ Zie 3.10 onder het kopje “Ingekomen stukken en mededelingen” in de Notulen van de bestuursvergadering d.d. 15 oktober 1998.

⁷⁸ Verslag van het gesprek van de NMa met de bureausecretaris van het NTG op 2 juni 2003 (3310/ 26).

belang zijn in het kader van de Europese richtlijn Medische Hulpmiddelen (hierna: Europese Richtlijn),⁷⁹ die is omgezet naar Nederlands recht door middel van het Besluit Medische Hulpmiddelen (hierna: Besluit) van 12 mei 1995⁸⁰. Volgens het NTG is de reden van het gebruik van een uniforme codering gelegen in dit Besluit⁸¹. Het NTG heeft voorts aangegeven over dit NTG-systeem van naspeurbaarheid een overleg te hebben gehad met de IGZ, die, volgens het NTG, het systeem met waardering zou hebben ontvangen.⁸²

56. Naar de mening van de d-g NMa is aangetoond noch voldoende aannemelijk gemaakt, dat de NTG-referentielijst vereist is uit hoofde van de zojuist genoemde Europese Richtlijn en het Besluit. De artikelen (12, lid 3, en punt 13.3 van onderdeel 1) uit het Besluit waarnaar het NTG heeft verwezen⁸³, stellen het vereiste van één voor alle tandtechnici geldende referentielijst met coderingen niet. Daarenboven heeft de IGZ in het gesprek met de NMa gesteld dat de NTG-referentielijst geen uitvloeisel is van het Besluit en aangegeven dat de inspectie met eigen formulieren werkt. Verder bestond de referentielijst al voordat het Besluit in 1995 van kracht werd en omvat de referentielijst veel meer dan de 'naar maat gemaakte medische hulpmiddelen' waarop het Besluit van toepassing is, zoals onder meer blijkt uit inde bijlage bij dit besluit opgenomen bladzijden van de referentielijst met de tarieven per 1 april 2002⁸⁴.
57. Daargelaten de vraag of de coderingen van de NTG-referentielijst gewenst zijn in het kader van kwaliteit, naspeurbaarheid, registratie en/of het afleveren van een overzicht van de totale jaarlijkse productie aan de IGZ, moet bovendien vastgesteld worden dat de NTG-referentielijst verder gaat dan noodzakelijk is door het vermelden van tarieven voor tandtechnische handelingen en werkstukken. Niet valt in te zien immers op welke wijze de adviesprijzen op de NTG-referentielijst, bijdragen aan één van bovengenoemde gebruiksdoelen. Bovendien vereist het Besluit slechts dat een TTL jaarlijks een overzicht kan afgeven van de door hen naar maat gemaakte medische hulpmiddelen en kan voldoen aan zijn registratieverplichting⁸⁵. Daarbij is niet vereist aan te geven tegen welke prijs de naar maat gemaakte medische hulpmiddelen zijn vervaardigd en afgeleverd⁸⁶.

⁷⁹ Richtlijn nr. 93/42/ EEG, PbEG L 169. De Richtlijn beoogt een gedegen rechtskader te bieden ter bescherming van de veiligheid van patiënten en beoogt te verzekeren dat technische regels aansluiten op de technologische vooruitgang. Voorts staat de administratieve naspeurbaarheid (naspeurbaarheid voor ketenaansprakelijkheid) centraal in de Richtlijn.

⁸⁰ Besluit medische hulpmiddelen. Zie Staatsblad 243 van 30 maart 1995.

⁸¹ Brief van de bureaussecretaris van het NTG van 21 augustus 2003 (3310/37).

⁸² Zie de in vorige voetnoot aangehaalde brief van het NTG aan de NMa.

⁸³ Zie het antwoord van het NTG op vraag 1a in 3310/37.

⁸⁴ Zie ook het verslag van het telefoongesprek van de NMa met de IGZ van 19 september 2003 (3310/43).

⁸⁵ Zie het verslag van het telefoongesprek van de NMa met de IGZ op 24 september 2003 (3310/43).

⁸⁶ Zie ook het arrest HvJEG van 11 november 1997, *Ladbroke Racing*, gevoegde zaken C-359/95 en C-379/95, Jur. 1997, I-6265, ro.

58. Overigens moet het NTG in de onderzochte periode in staat worden geacht om de tarieven en de coderingen op de referentielijst te splitsen en verwerpt de d-g NMa het argument van het NTG hiervoor niet over de financiële en technische middelen te hebben beschikt. Het NTG beschikte, naar de mening van de d-g NMa, in de onderzochte periode over voldoende mensen en middelen. Tijdens de hoorzitting heeft de bureaussecretaris verklaard dat het secretariaat over 3 parttime medewerkers en over computers beschikt(e). Zie ook de Notulen van de AV d.d. 20 maart 1998 onder het kopje “Financieel verslag 1997” waarin de aanschaf van een laptop computer ter sprake komt⁸⁷ alsmede het feit dat het NTG per eind november 1999 over een eigen website beschikt. Ten slotte zij verwezen naar de Notulen van de AV d.d. 21 november 2000 onder het kopje “Financiën en begroting 2001”, waaruit blijkt dat het NTG over de nodige middelen beschikt⁸⁸.
59. In paragraaf 2.4 hierboven is reeds vastgesteld dat het NTG met de onder de noemer “Correct Calculeren” georganiseerde Genootschapspractica alsmede de Genootschapsrubriek in het TTM wel degelijk, met behulp van de referentielijst, de leden adviseert terzake van de tarieven. Het argument van het NTG dat de practica, met als onderwerp de referentielijst, uitsluitend zouden zijn bedoeld voor de juiste coderingen is, gelet op de in paragraaf 2.4 weergegeven feiten en citaten, evident onjuist. Bovendien kan worden aangenomen dat de NTG-referentielijst ‘leermateriaal’ is tijdens deze practica. Op de eerste plaats omdat de leden twee maal per jaar een geactualiseerde referentielijst van het NTG toegezonden krijgen en aangenomen moet worden dat zij allen over een actuele referentielijst beschikken en deze overigens sedert november 1999 van de website van het NTG kunnen downloaden c.q. uitprinten. In de tweede plaats omdat het NTG de leden oproept naar het Genootschapspracticum een referentielijst mee te nemen en daaraan toevoegt dat dat een eigen versie kan zijn, maar ook die van het Genootschap⁸⁹. Wat betreft de Genootschapsrubriek “Correct Calculeren” kan er nog op worden gewezen dat, anders dan het NTG stelt, moet worden geconcludeerd dat deze rubriek in zijn geheel de verantwoordelijkheid is van het NTG. In het Verslag van de secretaris uit 1996 valt hierover namelijk het volgende te lezen:

“Sinds eind 1995 is het Tandtechnisch Magazine (TTM) volledig onafhankelijk geworden. Het Genootschap heeft het TTM niettemin aangewezen als het externe medium waarin het [NTG] een eigen vaste rubriek heeft onder eigen redactionele en inhoudelijke verantwoordelijkheid.”^{90 91}

⁸⁷ Stuknummer 03310163430108 in 3310/16.

⁸⁸ Stuknummer 03310163430065 in 3310/16.

⁸⁹ De oproep van het NTG aan de leden voor het Genootschapspracticum van 18 mei 1999 in het Genootschapsbulletin nr. 84, 11 mei 1999 (3310/20), luidt: “Brenge daarom uw eigen tarief- en coderingslijst mee: die van het Genootschap of uw eigen versie”

⁹⁰ Zie Verslag van de secretaris 1996 onder het kopje “Tandtechnisch Magazine” in 3310/22.

⁹¹ Het TTM wordt uitgegeven door de Stichting Public Affairs, waarvan de bureaussecretaris van het NTG voorzitter is (3310/26) en het adres identiek is aan dat van het NTG (zie randnummer 12). Voorts is één van de drie leden van het redactieteam de zoon, tevens medewerker van de bureaussecretaris (zie 3310/16, het colofon en de verklaring van de bureaussecretaris tijdens de hoorzitting).

Het colofon van het TTM geeft ook expliciet aan dat als zodanig herkenbare verenigingsrubrieken uitdrukkelijk buiten de verantwoordelijkheid van de redactie van het TTM vallen. De rubriek “Correct Calculeren” is een Genootschapsrubriek die in het TTM is ondergebracht bij het “Verenigingsnieuws” en waarvan iedere bladzijde is voorzien van de aanduiding “Genootschapszaken”.

60. Op grond van het voorgaande dienen de – tot zover aangehaalde – argumenten van het NTG te worden verworpen en kan worden geconcludeerd dat:
- het NTG een referentielijst uitbrengt mét tarieven bij zo’n 500 posten voor tandtechnische handelingen en werkstukken,
 - het NTG zijn leden met behulp van de referentielijst bijstaat op het gebied van de tarieven c.q. tarifiering,
 - het opstellen van coderingen bij die posten op de referentielijst niets afdoet aan voorgaande twee conclusies,
 - onder de noemer “Correct Calculeren” het NTG aanvullende ondersteunende activiteiten heeft ontwikkeld voor de leden die eveneens betrekking hebben op het hanteren van de tarieven uit de referentielijst.

4.2.2 *Tarieven voor tandartsen*

61. In tweede plaats stelt het NTG dat de tarieven op de referentielijst uitsluitend bedoeld zijn voor tandartsen die tandtechniek zelf doen en voor wie de tarieven krachtens de WVG maxima zijn.
62. Deze stelling van het NTG kan niet worden aanvaard. Ten eerste vanwege het enkele feit dat het NTG, wier leden tandtechnisch ondernemers zijn, zijn bestaansrecht ontleent aan de belangenbehartiging van zijn leden en niet aan de behartiging van de belangen van tandartsen⁹². Dit blijkt ook uit het feit dat het NTG de referentielijst niet automatisch en gratis verspreidt onder individuele tandartsen⁹³, terwijl de leden van het NTG de referentielijst standaard kosteloos krijgen toegestuurd. In het kader van deze belangenbehartiging stelt het NTG de referentielijst op, past het die twee maal per jaar aan en brengt het de referentielijst uit⁹⁴. Zo heeft voorts het NTG de activiteiten onder de noemer “Correct Calculeren” (Genootschapspractica⁹⁵ en Genootschapsrubriek⁹⁶) uitsluitend of met name georganiseerd ten behoeve van de leden (lees:

⁹² Zie randnummers 9 en 10 hierboven.

⁹³ Zoals aangegeven in randnummer 22 ontvangt de NMT wel steeds een gratis update van de Referentielijst.

⁹⁴ Zie in dit verband ook de voorbeeldbrieven voor Genootschapsleden, reeds genoemd in randnummer 23.

⁹⁵ Zie randnummers 29 en 30.

⁹⁶ Zie randnummers 26 en 27 hiervoor en de reeds eerder aangehaalde citaten uit de TTM's 44 en 41 (3310/27): “*In gesprekken met laboratoriumhouders uit alle windstreken blijkt dat ...*” respectievelijk “*Daarmee speelt het Genootschapsbestuur in op wensen van*

tandtechnisch ondernemers of TTL's).

63. Juist is dat de kosten verbonden aan het vervaardigen van tandtechnische werkstukken door tandartsen zelf uit hoofde van de WTG gebonden zijn aan door het CTG vast te stellen maxima. Hiervoor verwijst het CTG naar de NTG-referentielijst (zie randnummer 17). Dit betekent echter geenszins dat het CTG daarmee het NTG heeft opgedragen de referentielijst op te stellen of dat er een wettelijke grondslag bestaat voor deze lijst. Het NTG heeft daar verder ook geen enkele onderbouwing voor gegeven. Het CTG heeft op vragen van de NMa bevestigd dat er geen wettelijke grondslag voor de NTG-referentielijst bestaat en dat het CTG evenmin het NTG heeft benaderd om een lijst met maximum tarieven op te stellen⁹⁷. Bovendien bestond de NTG-referentielijst, waarvan vanaf 1992 (het jaar van oprichting van het NTG) tot 1996 tussen het NTG, de VLHT en de NMT jaarlijks de tariefswijzigingen werden afgesproken⁹⁸, reeds voordat het CTG maximum tarieven moest gaan bepalen⁹⁹.
64. Gelet op het voorgaande kan derhalve het argument, dat het NTG de referentielijst voor het CTG opstelt en het argument dat de referentielijst uitsluitend voor tandartsen is bedoeld, niet worden aanvaard.

4.2.3 *Eigen tarieven tandtechnici*

65. Ten derde wijst het NTG erop zijn leden bij herhaling te hebben medegedeeld dat zij hun eigen tarieven dienden te bepalen. Zijn beleid zou sedert ultimo 1998 erop gericht zijn, zich te houden aan de Mededingingswet.
66. Inderdaad wijst, overigens eerst vanaf december 2000, het NTG bij de halfjaarlijkse toezending van de aangepaste referentielijst in de desbetreffende Genootschapsbulletins de leden erop dat zij vrij zijn eigen tarieven te bepalen. Daarnaast is nog in het Verslag van de secretaris over 2002 onder het kopje "Tarieven" een expliciete uitlating te vinden over de NMa en het maken van eigen

leden die..." (...) "Immers, de hier gegeven voorbeelden van correct calculeren zijn ontleend aan inzendingen van welwillende tandtechnici."

⁹⁷ Het CTG heeft voorts aangegeven dat zij meerdere mogelijkheden heeft om de maximumtarieven voor techniekkosten vast te stellen, die tandartsen of andere organen voor de gezondheidszorg in rekening mogen brengen. Verslag van het gesprek van de NMa met het CTG, van 26 mei 2003 (3310/23).

⁹⁸ In 1995 wordt gekomen tot de invoering van een nieuwe mutatiesystematiek die sedertdien door het NTG wordt gehanteerd.

⁹⁹ Zie het verslag van het gesprek van de NMa met het CTG, van 26 mei 2003 (3310/23). Tot de tariefbeschikking ingaande per 1 januari 1995 werd er in de tariefbeschikking door het CTG verwezen naar de adviestarieven van de VLHT. In de tariefbeschikking van 1 januari 1995 wordt voor het eerst verwezen naar de advieslijst van het NTG. Zie het E-mailbericht van het CTG van 2 juni 2003, (3310/24).

tarieven (zie voorts randnummer 68 hierna)¹⁰⁰. Echter dergelijke woorden kunnen niet verhullen dat het NTG de onderzochte gedragingen, ook na 1998, onverkort heeft voortgezet, zelfs heeft geïntensiveerd. Het NTG is de referentielijst mét daarin de tarieven blijven verspreiden onder zijn leden. Tevens heeft het NTG, met gebruikmaking van de tarieven uit zijn referentielijst, onder de noemer "Correct Calculeren", voor het eerst in mei 1999, Genootschapspractica georganiseerd en, vanaf december 2000, onder dezelfde naam de Genootschapsrubriek in het TTM gepubliceerd. Daarenboven zijn, zoals uit het navolgende blijkt, in de documenten van het dossier aanwijzingen te vinden die erop duiden dat het NTG zijn gedragingen heeft willen verbergen en verbloemen.

67. Opgemerkt is reeds dat het NTG de naam van coderings- en tarievenlijst in 2000 heeft veranderd in referentielijst. Het bijhouden en uitbrengen van de NTG-referentielijst (mét tarieven) is echter onverminderd doorgegaan. Bovendien verkondigt het NTG terzake van de prijzen op diezelfde lijst in 1998 nog dat het adviesprijzen betreft en dat de leden deze dienen te handhaven:

*"Deze lijst ligt vast en dat heeft grote voordelen, mits de leden zich daar ook aan houden en tenminste de adviesprijzen in rekening brengen. (...) De voorzitter vraagt alle leden met klem om de verhoging van 2,4% terstond en zonder aarzelingen in te voeren."*¹⁰¹

En:

*"De Genootschapsprijzen zijn strikt genomen adviesprijzen. Maar dit laat onverlet dat de prijzen uit de coderingslijst wel zo veel mogelijk gehandhaafd dienen te worden."*¹⁰²

68. Voorts constateert de d-g NMa in diverse documenten dat het NTG zich bewust is van de Mededingingswet en de NMa en er desondanks voor kiest zijn gedragingen met de tarieven van de referentielijst voort te zetten. Daarbij maakt het NTG duidelijk dat het zoekt naar andere mogelijkheden om door te kunnen gaan, zij het met een voorzichtiger communicatiewijze:

*"Te uwer informatie gelieve u bijgaand onze nieuwe coderings- en tarievenlijst aan te treffen die per 1 april 1999 van kracht wordt. Wellicht ten overvloede zij vermeld dat opperste voorzichtigheid geboden is ten aanzien van de communicatie hierover richting leden en derden. Heel in het bijzonder geldt dit voor de communicatie op papier of beeldscherm. Dit in het kader van de nieuwe mededingingsproblematiek."*¹⁰³

En:

¹⁰⁰ Zie 3310/ 16 (stuknummer 03310163430257).

¹⁰¹ Zie de Notulen van de AV d.d. 20 maart 1998 in 3310/ 16 (stuknummer 03310163430110).

¹⁰² Zie Genootschapsbulletin nr. 70, 13 juli 1998 (3310/ 22).

¹⁰³ Zie de brief d.d. 19 maart 1999 van de bureausecretaris van het NTG aan de VLHT in 3310/ 16 (stuknummer 03310163430001).

“Maar, in de beslotenheid van deze AV spreek ik ook u aan om hier nog eens goed over na te denken. De wet verbiedt ons u prijzen op te leggen. Zelfs adviesprijzen aan u aanprijzen mag formeel niet meer. Overleg over te hanteren prijzen met de NMT mag thans evenmin. Gelukkig beschikken we over een goed onderbouwd aanpassings-mechanisme. Op basis daarvan heeft u een bruikbare indicatie voor hoe het zou kunnen gaan met uw tarieven. Dat onze coderingslijst daarbij een belangrijk hulpmiddel is, moge u duidelijk zijn.”¹⁰⁴

Alsmede:

“De Nederlandse Mededingingsautoriteit verbiedt collectieve prijsafspraken. Dus ook een jaarlijkse verhoging van prijzen van Tanden en Kiezen, zoals u dat in het verleden telkenjare gewend was. De leveranciers dienen zelf te zorgen voor een mededeling over eventuele prijsaanpassingen voor het komende jaar. Het is aan de individuele ondernemer hoe die te calculeren. Het genootschapsbestuur zoekt nog naar een mogelijkheid om een soort referentie voor zijn leden op te stellen.”^{105 106}

En ten slotte:

“Natuurlijk realiseren wij ons heel goed dat de NMa uiterst actief is. Ik vraag u dan ook om bij het lezen en vooral bij de beoordeling van onze teksten daar speciaal op te letten. Onze zusterorganisatie [VLHT] heeft er vanaf gezien een referentielijst te produceren en het land in te doen gaan. Wij kiezen uitdrukkelijk voor het handhaven ervan, aangezien dat de positie van de tandtechnisch ondernemer vergemakkelijkt.”^{107 108}

69. Dat het NTG met de door hem ingeroepen uitlatingen, inhoudende verwijzingen naar de Mededingingswet en naar de eigen tariefvrijheid van de TTL's, zijn werkelijke bedoelingen en gedragingen heeft willen maskeren, kan ten slotte worden afgeleid uit verschillende citaten die zijn aangehaald in paragraaf 2.4 “Correct Calculeren”. Daaruit blijkt immers dat het NTG via de Genootschapspractica en de Genootschapsrubriek de leden voorrekenen hoe en hen voorhoudt dat zij zoveel mogelijk alle posten van zijn referentielijst moeten doorberekenen en daarbij de referentie-tarieven hanteert. Een andere aanwijzing hiervoor is het feit dat het NTG vanaf december 2000 in de Genootschapsbulletins van maart en december aangeeft dat de tarieven voor tandtechniek vrij zijn, doch in 2000, 2001 en 2002 de Genootschapsbulletins met de

¹⁰⁴ Zie het verslag van de AV d.d. 23 november 1999 in 3310/16 (stuknummer 03310163430086).

¹⁰⁵ Zie Genootschapsbulletin nr. 100, 24 december 1999 (3310/20).

¹⁰⁶ Zie voor de keus om de naam van de coderings- en tarievenlijst te veranderen in referentielijst ook voetnoot 37 en onder het kopje “Tarieven” in het Verslag van de secretaris 2000 (3310/22).

¹⁰⁷ Zie de woorden van de voorzitter in de Notulen van de AV d.d. 12 april 2000 in 3310/16 (stuknummer 03310163430077).

¹⁰⁸ Zie ook nog het in randnummer 53 opgenomen citaat.

aangepaste referentielijst heeft doen vergezellen van voorbeeldbrieven waarmee de leden tandartsen (lees: afnemers) op de hoogte kunnen stellen van de tariefaanpassingen.

70. Een recent voorbeeld, waarbij het NTG zijn leden – anders dan zijn gestelde beleidswijziging – wijst op het hanteren van zijn referentielijst is het Genootschapsbulletin van 18 maart 2002. Daarin wordt de volgende mededeling gedaan:

“Wel is het gebruikelijk om jaarlijks rondom 1 januari en 1 april de tarieven aan te passen. [...] Directe doorberekening in april is dan uiteraard gunstiger dan langer wachten. Het Genootschap raadt u dan ook aan deze systematiek te volgen.”¹⁰⁹

Het NTG gaat er, blijkens dit citaat, vanuit dat zijn leden hun prijzen halfjaarlijks zullen aanpassen. Daarbij adviseert het NTG zijn leden dit op vaste data te doen volgens de vastgestelde systematiek.

71. Gelet op voorgaande overwegingen moet worden geconcludeerd dat de door het NTG beweerde beleidswijziging strekkende tot het zich conformeren aan de Mededingingswet in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden. Het NTG heeft zijn gedragingen (het adviseren van de leden met de tarieven van de referentielijst) voortgezet en is zich bovendien gaan bedienen van een voorzichtiger taalgebruik en meer verholen manieren (via de Genootschapspractica en de Genootschapsrubriek) om de leden met behulp van de NTG-referentielijst bij te staan op het gebied van de tarieven c.q. tarifiering.

4.2.4 *Minimale en inferieure kwaliteit*

72. Ten vierde brengt het NTG naar voren de leden niet aan te zetten tot het hanteren van de tarieven uit de referentielijst, maar bij te staan in het streven naar een minimale kwaliteit. Het NTG voegt hieraan toe op te treden tegen TTL's die inferieure kwaliteit leveren.
73. Met zijn verwijzing naar het streven de leden ertoe te brengen een minimale kwaliteit te leveren, wil het NTG een uitleg geven aan een gedeelten van de verslagen van de AV d.d. 23 november 1999 en 12 april 2000, die echter, gelet op de tekst van die gedeelten, geen stand houdt. Verwezen zij in het bijzonder naar het tweede en vierde citaat dat hierboven is opgenomen onder randnummer 68 en naar het navolgende citaat:

“Die financiële middelen moet u vrijmaken uit de winstmarge. Die winstmarge is weer in hoge mate afhankelijk van de prijs die u durft te berekenen. En daar schort het zeer tot mijn spijt toch nog wel eens aan. Ik heb in de loop der jaren gemerkt dat dit een lastig thema is. In feite komt het er op neer dat

¹⁰⁹ Genootschapsbulletin nr. 142, 18 maart 2002 in 3310/16 (stuknummer 03310163430152).

*vrijwel iedereen beweert verantwoorde prijzen te berekenen. In het verleden hoorde ik dan; ja hoor mijn tarieven zijn geheel volgens de coderingslijst. De realiteit ligt even anders. Jammer genoeg.*¹¹⁰

Uit de drie citaten komt naar voren dat het NTG met behulp van de referentielijst de leden ondersteunt en stimuleert om de NTG-tarieven te hanteren.

74. Als laatste verwijst het NTG naar de Genootschapsrubriek “Correct Calculeren” in het TTM 40¹¹¹ waar volgens zijn uitleg een bepaald tekstgedeelte dient te worden gelezen tegen de achtergrond van het streven naar een minimum kwaliteitsniveau in de tandtechnische branche. Wat er zij van de door het NTG gewenste uitleg, het laat voor wat betreft deze Genootschapsrubriek onverlet dat het NTG heeft willen bevorderen dat zijn leden (tenminste) de in de referentielijst opgenomen tarieven hanteren. Reeds vastgesteld is dat het NTG in deze Genootschapsrubriek het zijn leden duidelijk maakt dat zij er goed aan doen alle denkbare handelingen en materialen in rekening te brengen. Het NTG geeft concreet uitgewerkte prijsvoorbeelden, waarin tientallen posten uit de NTG-referentielijst zijn opgenomen met tarieven die nagenoeg overeenkomen met de NTG-tarieven. Zie randnummers 26 t/m 28 hierboven.
75. Aangaande het standpunt van het NTG dat het optreedt tegen “prijsstunters” door geen reclame voor deze categorie tandtechnici te maken en de “prijstunters die sjoemelen met de kwaliteit” aan te pakken, kan worden opgemerkt dat het NTG er anderzijds blijk van heeft gegeven zich actief in te zetten voor naleving van de in de referentielijst vastgelegde tarieven¹¹². Het NTG verzoekt zijn leden voorbeelden aan te leveren van gevallen waarbij zij onder druk gezet worden door tandartsen (en zorgverzekeraars) terzake van de prijzen (van gebitsprothesen), opdat het vervolgens actie kan ondernemen richting de NMT¹¹³.
76. De hierboven – ten vierde – aangehaalde argumentatie van het NTG kan derhalve niet overeind blijven. Geconcludeerd wordt dat het NTG wel degelijk eraan heeft gewerkt om de tarieven uit zijn referentielijst te handhaven en uit niets concreet blijkt dat het opnemen en hanteren van adviestarieven in de referentielijsten is ingegeven door kwaliteitsoverwegingen, laat staan primair daartoe dienden. Overigens kan nog worden opgemerkt dat het kwaliteitsbeleid van een branchevereniging, zoals het NTG, niet hoeft te worden uitgevoerd – en vanuit het oogpunt van mededingingsregels ook niet zou moeten worden uitgevoerd – door middel van het aanbevelen van referentie- of adviestarieven.

¹¹⁰ Aldus de voorzitter in het verslag van de AV d.d. 23 november 1999 in 3310/ 16 (stuknummer 03310163430086).

¹¹¹ 3310/27.

¹¹² Zie onder het kopje “Algemene Vergadering” in het Genootschapsbulletin nr. 58, 5 maart 1998, in 3310/22.

¹¹³ Zie de Notulen van de AV d.d. 20 maart 1998 in 3310/ 16 (stuknummers 03310163430109 en 03310163430110).

4.3 Juridische beoordeling

77. Artikel 6, lid 1, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) op de Mw dient voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 Mw de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie als leidraad.¹¹⁴
78. Het vervaardigen van tandtechnische werkstukken tegen betaling wordt als een economische activiteit beschouwd. Zelfstandige tandtechnici (TTL's) zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, sub f, Mw. Het NTG is een vereniging naar Nederlands recht. Zijn leden zijn ondernemingen, actief in de tandtechnische branche. Het NTG behartigt met zijn doelstelling en activiteiten de belangen van de bij zijn aangesloten ondernemingen. Het NTG is derhalve een ondernemersvereniging in de zin van artikel 1, sub g, Mw.

4.3.1 *Besluit van een ondernemersvereniging*

79. Ten aanzien van het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' hanteert het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) een functionele benadering. Het is niet van doorslaggevend belang hoe men een bepaalde afspraak juridisch gezien karakteriseert. Volgens vaste rechtspraak valt onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' ook een niet bindende beslissing die de getrouwe uitdrukking vormt van de wil van de vereniging(en) om het gedrag van haar/hun leden op de betrokken markt te coördineren¹¹⁵. Ook wanneer het besluit van de ondernemersvereniging wordt gepresenteerd als een 'vrijblijvende aanbeveling'¹¹⁶. Om onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' te vallen is een formeel besluit niet noodzakelijk. Het gaat er slechts om of bepaalde entiteiten, de ondernemersverenigingen of de aangesloten ondernemingen, handelingen verrichten die ertoe strekken om de in artikel 6 Mw bedoelde gevolgen teweeg te brengen¹¹⁷.
80. Naar het oordeel van de d-g NMa vormen de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven en de wijze waarop het NTG deze presenteert de getrouwe uitdrukking van de wil van het NTG om

¹¹⁴ MvT, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 13.

¹¹⁵ Zie o.a. het arrest HvJEG van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer, zaak 45/85, Jur. 1987, p. 405, ro. 32 en de beschikking EC van 5 juni 1996, FENEX, Pb. 1996 L 181/28, ov. 41-42.

¹¹⁶ In Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, bevestigde het Hof dat een aanbeveling, zelfs ondanks de aanduiding van 'vrijblijvend', het karakter van een besluit van een ondernemersvereniging kan hebben (ro. 26-32).

¹¹⁷ Zie het arrest HvJEG van 15 mei 1975, Frubo, Jur. 1975, p. 563, het arrest HvJEG van 29 oktober 1980, Van Landewijck, zaak 209/78, Jur. 1980, p. 3125, ro. 88 en het arrest HvJEG van 8 november 1983, Navewa, zaak 96/82, Jur. 1983, p. 3369, ro. 20.

het gedrag van zijn leden op de betrokken markt te coördineren en vormen deze derhalve besluiten van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6 Mw. Diverse feiten en omstandigheden ondersteunen dit oordeel.

81. In het voorgaande is gebleken dat het NTG met de referentielijst en de erin opgenomen tarieven de leden wil bijstaan (oa. randnummer 25). Zij zijn bedoeld als een bruikbare indicatie en een belangrijk hulpmiddel voor de leden bij hun prijsstelling (2^e citaat in randnummer 68) en gebruikt als aansporing tot handhaving van de referentie-tarieven (zie met name randnummers 27, 30 en 73).
82. De van bijna 500 posten en tarieven voorziene referentielijst wordt twee maal per jaar door het NTG geactualiseerd en aan de leden toegestuurd¹¹⁸. In 1998 dringt het NTG er bij de leden op aan de tarieven uit de referentielijst te handhaven en aanpassingen direct in te voeren (randnummer 67). Het NTG zet, bij toezending van de aangepaste referentielijsten, ook na 1998 zijn leden ertoe aan de aangepaste tarieven direct door te berekenen (randnummers 23 en 70). Voorts zet het NTG de leden ertoe aan (tenminste) de referentietarieven te hanteren, door erop te wijzen dat de marges in de tandtechnische branche te smal zijn, alle mogelijke posten zoveel mogelijk doorberekend moeten worden en dat er redelijke winstmarges behaald moeten worden (randnummers 27, 30 en 73). Hierbij verwijst het NTG naar en/ of maakt het gebruik van de referentietarieven.
83. Verder brengt het breed en regelmatig verspreiden van de adviezen terzake van de prijsstelling door het NTG op zich zelf al mee dat het in staat is het gedrag van de leden te coördineren en derhalve invloed heeft op de prijsstelling in de markt¹¹⁹. Bovendien kan er van worden uitgegaan dat de leden de prijsadviezen opvolgen althans dat de tarieven bij de individuele prijsstelling van een lid een belangrijk ijkpunt vormen. Het is overigens voor de kwalificatie van de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven niet doorslaggevend in hoeverre de leden de tarieven hebben opgevolgd en of de leden al dan niet zijn gedwongen om de tarieven op te volgen, en evenmin of dit is gecontroleerd¹²⁰.
84. Het NTG kan, met circa 400 leden die zo'n 50% van het totaal aantal tandtechnici in Nederland en 70 tot 80% van de totale jaaromzet in de tandtechnische branche vertegenwoordigen, als een gezaghebbende brancheorganisatie worden beschouwd. Het effect van gedragingen van het NTG onder zijn leden dient niet te worden onderschat. Dit betekent dat het NTG met het verspreiden van prijsadviezen in staat is het gedrag van zijn leden te coördineren en derhalve invloed heeft op

¹¹⁸ Publicatie van de referentielijst vindt ook op andere wijze plaats.

¹¹⁹ Zie beschikking EC van 12 december 1988, Net Book Agreement, Pb 1989, L 22/ 12, ov. 48 en FENEX, reeds aangehaald, ov. 33 en 73.

¹²⁰ Besluit d-g NMa van 13 november 2003, zaak 2973, Bovag en NCBFM randnummer 90.

de prijsstelling in de markt¹²¹. Uit gegevens verstrekt door het NTG blijkt immers, zoals zojuist al genoemd, dat zijn leden 70 tot 80% van de totale jaaromzet van de tandtechnische branche in Nederland vertegenwoordigen (zie randnummers 18 en 19).

85. De leden hebben een gemeenschappelijk, commercieel belang hun gedragingen te coördineren en de adviezen op te volgen¹²². Het streven naar ruimere marges en een redelijke winst is te beschouwen als zo een gemeenschappelijk, commercieel belang. Voorts is het voor de leden aantrekkelijk om gezamenlijk te voorkomen dat de tarieven door scherpe concurrentie gaan dalen. Door het beeld te schetsen dat een TTL een zwakkere onderhandelingspositie heeft ten opzichte van tandartsen en zorgverzekeraars, bevestigt het NTG dat zijn leden gebaat zijn bij een gemeenschappelijk beleid ten aanzien van prijzen. Dit is met name het geval wanneer de prijzen op de NTG-referentielijst als minimumprijzen worden gehanteerd, waardoor een prijsbodem in de markt wordt gelegd. Hierbij wordt opgemerkt dat de tandarts de belangrijkste opdrachtgever is voor het TTL. Veelal besteedt een tandarts zijn werk uit aan één of enkele TTL's¹²³. De relatie met de tandarts is derhalve bepalend voor de hoeveelheid opdrachten die een TTL krijgt. Er zal dus een druk bestaan op de TTL's om met de prijs te ijveren om de gunst van de tandarts. Bovendien zouden, aldus het NTG, tandartsen proberen de rekening voor tandtechnisch werk te drukken, om zo niet verplicht te zijn een machtigingaanvraag in te dienen bij de zorgverzekeraar¹²⁴.
86. Behalve door tandartsen worden TTL's in hun prijsbeleid ook beïnvloed door het (vergoedingen)beleid van zorgverzekeraars. Volgens het NTG zou een zorgverzekeraar, die het tandtechnisch werkstuk uiteindelijk aan zijn verzekerde vergoedt, op basis van de gedeclareerde tarieven zogenoemde 'gemiddelde tarieven' berekenen. Op basis van deze gemiddelden bepaalt een zorgverzekeraar vervolgens het bedrag dat maximaal zal worden vergoed. In een situatie waarin de zorgverzekeraar gemiddelden tot norm verheft, zijn TTL's gebaat bij hoge(re) declaraties die leiden tot hogere gemiddelden. Gezien het feit dat gemiddelden door alle TTL's gezamenlijk worden bepaald, hebben de TTL's hier duidelijk een gemeenschappelijk belang.
87. Ten slotte wordt opgemerkt dat de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven zijn vastgesteld en gepubliceerd door het NTG, dat wil zeggen door de AV en/of door (of onder verantwoordelijkheid van) het bestuur, zijnde statutaire organen van het NTG (randnummer 11). De referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven vallen binnen de statutaire doelomschrijving

¹²¹ Zie beschikking EC van 12 december 1988, Net Book Agreement, Pb 1989, L 22/ 12, ov. 48 en besluit d-g NMa van 13 november 2003, zaak 2973, Bovag en NCBRM, randnummer 88.

¹²² FENEX, reeds aangehaald, ov. 40, beschikking EC van 26 oktober 1999, FEG en TU, Pb 2000, L 39/ 1, ov. 100.

¹²³ Gesprek van de NMa met de NMT van 20 augustus 2003 (3310/ 39). Tijdens dit gesprek heeft de NMT aangegeven dat een tandarts vaak samenwerkt met meerdere laboratoria.

¹²⁴ Tandartsen kunnen veelal zonder voorgaande machtiging van een zorgverzekeraar bepaalde behandelingen leveren, mits de vergoeding beneden een bepaald bedrag blijft.

en vormen één van de middelen (het bevorderen van de belangen van de tandtechnische branche en het uitbrengen van adviezen) om zijn doel te bereiken (randnummer 10).

88. Op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen, concludeert de d-g NMa dat de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven, die door het NTG worden opgesteld, aangepast en verspreid, zijn aan te merken als besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

4.3.2 *Mededingingsbeperking*

89. Uit gevestigde Europese jurisprudentie, de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en ook uit nationale jurisprudentie kan worden afgeleid dat adviezen en aanbevelingen van ondernemersverenigingen die betrekking hebben op (onderdelen van) prijzen en tarieven naar hun aard mededingingsbeperkend zijn en daardoor onder het verbod van artikel 81, lid 1 EG vallen.¹²⁵ In zijn interpretatie van artikel 6 Mw volgt de d-g NMa deze lijn. Zelfs indien er geen sprake is van een afdwingbare plicht tot het volgen van een adviestarief, dan nog zijn bedoelde besluiten in strijd met artikel 6 Mw. In het geval van adviestarieven kunnen de leden van de ondernemersvereniging immers met een redelijke mate van zekerheid voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen en aldus hun marktgedrag daarop afstemmen. Als gevolg daarvan vermindert de prijsconcurrentie.¹²⁶
90. Zoals in randnummer 25 van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven¹²⁷ uiteen is gezet vallen alle besluiten (inclusief aanbevelingen) van een ondernemersvereniging die betrekking hebben op prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen en toeslagen, onder het verbod van artikel 6 Mw en komen niet in aanmerking voor ontheffing op grond van artikel 17 Mw¹²⁸. Ook de onderhavige

¹²⁵ Zie onder andere het arrest Hv. EG van 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren, zaak 8/72, Jur. 1972, p. 977, ro. 19-21; Van Landewyck, reeds aangehaald; Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald; beschikking EC van 20 juli 1978, Fedetab, Pb 1978, L224/29; beschikking EC van 23 april 1986, Polypropyleen, Pb 1986, L 230/1; beschikking EC van 29 november 1995, FNK, Pb 1995, L 312/79; FENEX, reeds aangehaald, ov. 46; beschikking EC van 30 oktober 1996, Veerdienstmaatschappijen, Pb 1996, L 26/23; en Rechtbank Rotterdam (hierna: RF) van 23 oktober 2001, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa, MEDED 00/910-SIMO.

¹²⁶ Zie onder andere XXV-ste Mededingingsverslag 1995 van de EC, p. 128.

¹²⁷ NMa Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties, 29 mei 2001, Staatscourant. 8 juni 2001, nr. 108, (hierna: Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven); ook gepubliceerd op de website van de NMa (www.nmanet.nl).

¹²⁸ Zie Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, randnummer 25. Dit was ook vóór de vaststelling van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven vastgelegd in Europese Jurisprudentie. Zie o.m. het arrest van het Hv. EG van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer, Jur., r.o. 28-32, 38-43

besluiten strekken ertoe de concurrentie op het gebied van prijzen te beperken en zijn derhalve in strijd met artikel 6 Mw.

91. De onderhavige besluiten in de praktijk van het NTG strekken ertoe de concurrentie op het gebied van prijzen te beperken en zijn aan te merken als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 6 Mw, zonder dat onderzoek naar de concrete gevolgen, waaronder de mate van opvolging, beslissend is.¹²⁹ Voor de beoordeling hoeft niet te worden ingegaan op de concrete situatie waarin bedoelde adviezen mogelijk effecten sorteren. Dit houdt in dat een gedetailleerd onderzoek naar de (structuur van de) relevante markt en de aard van de diensten waarop de besluiten betrekking hebben achterwege kan blijven.¹³⁰
92. Bij het bepalen van de strekking van een mededingingsbeperking is het subjectieve oogmerk of de bedoeling van partijen niet beslissend¹³¹.
93. Opgemerkt dient te worden dat TTL's op de markt voor tandtechnische werkstukken met elkaar concurreren om de gunst van de tandarts. Het feit dat het NTG er voorstander van is dat zijn leden niet concurreren op prijs maar op kwaliteit,¹³² neemt niet weg dat deze concurrentie op prijs wel degelijk mogelijk is en gezien de nagestreefde marktwerking in de zorg ook gewenst is.
94. Het enkele vaststellen en propageren van advies- of referentieprijzen beïnvloedt de mededinging ongunstig. Leden kunnen met een redelijke mate van zekerheid voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen althans als ijkpunt zullen hanteren bij de vaststelling van hun tarieven¹³³. Het bestaan van een overzicht met prijzen voor tandtechnische handelingen en werkstukken (de NTG-referentielijst) neemt de onzekerheid weg bij NTG-leden, en mogelijk ook bij niet-leden,¹³⁴ over het niveau van de verkoopprijzen die hun concurrenten hanteren. Het mededingingsbeperkend effect is sterker naarmate de prijzen actueler zijn. De referentielijst van het NTG bevat zeer actuele prijzen, aangezien de referentielijst twee maal per jaar wordt bijgewerkt. De wetenschap over het te verwachten prijsbeleid van de concurrenten heeft een

¹²⁹ Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, ro.39. Zie ook FENEX, reeds aangehaald, ov. 71, FEG en TU, reeds aangehaald, ov. 120. Vergelijk Hv.EG van 11 juli 1989, zaak 246/80, Belasco e.a. vs Commissie, ro.15; en ook Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa, reeds aangehaald.

¹³⁰ Zie het arrest van het Gerecht van Eerste aanleg (hierna: GvEA) van 15 september 1998, Gevoegde Zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services e.a. vs Commissie, Jnr. 1998, II-3141, r.o. 136.

¹³¹ Zie besluit d-g NMa van 16 december 1998, zaak 450, Van Ditmar Boekenimport, randnummer 23.

¹³² Zie bijvoorbeeld het Genootschapsbulletin, nr 105 van 31 mei 2000 (3310/20) waarin staat "*Het Genootschap is vooral voorstander van het concurreren op Kwaliteit en niet zozeer op de prijs*".

¹³³ Vergelijk wederom onder andere Vereniging van Cementhandelaren, reeds aangehaald.

¹³⁴ Via verschillende kanalen is het voor TTL's die geen lid zijn van het NTG mogelijk om in bezit te komen van de Referentielijst. Ook deze TTL's kunnen hun tarieven vervolgens aanpassen aan de prijzen op de Referentielijst.

uniformerend en prijsopdrijvend effect.

95. Ook een minimumprijs strekt ertoe de mededinging te beperken, omdat concurrentie met lagere prijzen uitgesloten wordt.
96. Een ondernemersvereniging mag zijn leden weliswaar bijstaan, maar dit mag de mededinging niet direct of indirect beïnvloeden, vooral niet als dit in de vorm aanneemt van adviezen over (onderdelen van) prijzen die op alle ondernemingen, ongeacht hun eigen kostprijsstructuur, van toepassing zijn. In casu heeft het NTG zich niet beperkt tot het verspreiden van informatie om op basis van eigen kosten de tarieven te berekenen maar heeft het adviezen gegeven over te hanteren tarieven¹³⁵. Dergelijke besluiten vormen naar hun aard een beperking van de mededinging.
97. Het hier bedoelde mededingingsbeperkende karakter van de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven geldt des te meer nu in het onderhavige geval het NTG door zijn uitlatingen en activiteiten het belang van naleving van de referentielijst benadrukt en erop aanstuurt dat zijn leden de tarieven (als minimum) hanteren.
98. Ten overvloede wordt nog het volgende opgemerkt. De d-g NMa acht het aannemelijk dat de gevolgen van dit type concurrentiebeperkingen hogere prijzen zijn en een verminderde prikkel tot kostenbesparing en tot klantgerichtheid. Dit gaat direct ten koste van de afnemers. Ook indien sprake is van heterogene diensten van zelfstandige aanbieders is het van belang dat iedere aanbieder zijn prijs onafhankelijk van andere aanbieders bepaalt, zodat het tarief de specifieke omstandigheden en de specifieke dienst van deze aanbieder reflecteert. Hiermee kunnen individuele aanbieders juist het kwaliteitsniveau van hun dienstverlening waarborgen en tegelijkertijd dingen om de gunst van de klant.

4.3.3 *Merkbaarheid*

99. Zoals aangegeven strekken de referentielijsten en de daarin opgenomen tarieven ertoe de concurrentie op het gebied van prijzen te beperken en moeten zij derhalve in beginsel als merkbaar mededingingsbeperkend worden aangemerkt. Slechts indien, wegens de zwakke positie van het NTG op de betrokken markt, de vastgestelde mededingingsbeperking de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden, is er van een merkbare mededingingsbeperking geen sprake¹³⁶. Als aan dit criterium niet is voldaan, dan is een onderzoek naar de daadwerkelijke

¹³⁵ FENEX, reeds aangehaald, ov. 59-63.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 18 maart 2002 in zaak 2333, *Modint*, randnummers 107-112 en het besluit van de d-g NMa van 26 april 2002 in zaak 2374, *NTC*, randnummers 109-114.

effecten niet noodzakelijk voor de vaststelling dat sprake is van overtreding van de mededingingsregels¹³⁷.

100. In de tandtechnische branche in Nederland zijn ongeveer 800 TTL's actief, waarvan circa 400 lid zijn van het NTG (randnummer 18). Gekeken naar omzetgegevens vertegenwoordigen de leden van het NTG plus minus 70% à 80% van de totale jaaromzet in de branche (randnummer 19). Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat de betrokken gedragingen van het NTG hoe dan ook merkbaar de mededinging beperken.

101. Bovendien is aannemelijk dat de onderzochte gedragingen ook feitelijk een coördinerend effect hebben op de door de leden van het NTG gehanteerde tarieven. De d-g NMa heeft aanwijzingen dat de leden van het NTG de adviestarieven daadwerkelijk hanteren. Dit blijkt onder meer uit de rekenvoorbeelden in de Genootschapsrubriek Correct Calculeren in het TTM. De rekenvoorbeelden in de rubriek zijn gebaseerd op voorbeelden uit de praktijk die door leden worden aangedragen. Nu is gebleken dat de prijzen in de rekenvoorbeelden in grote mate overeenkomen met de prijzen uit de referentielijst¹³⁸, is het aannemelijk dat de NTG-leden de referentielijst in de praktijk daadwerkelijk gebruiken om hun declaraties te maken.

102. Een andere belangrijke aanwijzing hiervoor, zijn de machtigingsaanvragen die zorgverzekeraars ontvangen. Een zorgverzekeraar heeft aangegeven dat zij bij de begroting voor machtigingsaanvragen voor bepaalde tandheeskundige behandelingen, regelmatig de NTG-referentielijst krijgen opgestuurd. De prijzen in de begroting, die ook techniekkosten van TTL's betreffen, komen vrijwel altijd overeen met de prijzen uit de NTG-referentielijst.¹³⁹ Dit wijst er derhalve op dat deze referentielijst in de praktijk wel degelijk wordt gebruikt.

103. Voorts zijn aanwijzingen voor het gebruik van de referentielijst mede te vinden in het feit dat de referentielijsten één van de belangrijkste redenen zijn om lid te worden van het NTG en in het feit dat leden het secretariaat benaderen met vragen over de referentielijst.

104. Dankzij de NTG-referentielijst en deze prijsindicaties kunnen ook ondernemingen die geen lid zijn van het NTG met een redelijke mate van zekerheid voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen. Op basis van dit gegeven is het aannemelijk dat de betrokken gedragingen van het

¹³⁷ Hv. EG van 9 juli 1969, Völk vs Vervaecke, r.o. 7, RR 18 juni 2003, MEDED 01/621- RIP, X.c.s. vs d-g NMa (Bredase Notarissen).

¹³⁸ Zie voetnoot 58. Dit geldt ook voor de voorbeelden uit TTM 39 en 40 die het NTG als bijlage 3 bij de schriftelijke zienswijze d.d. 13 februari 2004 heeft gevoegd (3310/81).

¹³⁹ Verslag van het telefoongesprek van de NMa met een zorgverzekeraar op 22 september 2003 (3310/46). En verslag van het telefoongesprek van de NMa met een zorgverzekeraar op 1 oktober 2003 (3310/48).

NTG ook buiten de kring van de eigen leden de mededinging hebben beïnvloed, hetgeen de merkbaarheid van de gedraging van het NTG vergroot.

105. Uit bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de Referentielijst van het NTG de mededinging merkbaar beperkt in de zin van artikel 6 Mw.

4.3.4 *Artikel 81, lid 1, EG*

106. Ingevolge artikel 81, lid 1, EG zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van markten of van de voorzieningsbronnen.

107. Artikel 88 Mw kent de d-g NMa de bevoegdheid toe om artikel 81, lid 1, EG toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van artikel 83 EG en artikel 84 EG¹⁴⁰.

108. Met betrekking tot de kwalificatie als ondernemingen en ondernemersverenigingen, overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedraging en met betrekking tot de (merkbare) mededingingsbeperking wordt verwezen naar al hetgeen hiervoor is opgemerkt aangezien de toetsing aan artikel 81, lid 1, EG in dit opzicht op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, lid 1, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve dezelfde zijn.

109. Artikel 81, lid 1, EG kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten, dat hieronder aan de orde komt¹⁴¹.

110. Het verbod van artikel 81, lid 1, EG is van toepassing, indien de mededingingsbeperkende afspraak de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging “al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op

¹⁴⁰ Op 1 mei 2004 treedt Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag in werking. Artikel 3, lid 1, van deze Verordening bepaalt onder meer dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij het toepassen van nationaal mededingingsrecht tevens artikel 81 EG toepassen.

¹⁴¹ Zie de richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, n.n.g.

het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten wordt geschaad".¹⁴²

111. Voor de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG is het niet nodig aan te tonen dat het individuele gedrag van iedere deelnemer het handelsverkeer tussen de Lid-Staten kan beïnvloeden. Op grond van artikel 81, lid 1, EG is slechts vereist, dat de concurrentiebeperkende overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen Lid-Staten kunnen beïnvloeden.¹⁴³

112. Het onderwerp van dit rapport is de NTG-referentielijst, welke coderingen en tarieven bevat voor (onderdelen van) tandtechnische handelingen en werkstukken vervaardigd en afgeleverd door TTL's. In beginsel heeft de referentielijst betrekking op leveringen in heel Nederland. Een tandtechnisch werkstuk is zodanig van aard dat grensoverschrijdende levering mogelijk is. Het NTG heeft aangegeven dat tandtechnische werkstukken in toenemende mate worden geïmporteerd uit Oost-Europa en Azië.¹⁴⁴ Hoewel deze landen buiten de Europese Unie (hierna: EU) zijn gelegen, blijkt hieruit dat grensoverschrijdende levering van tandtechnische werkstukken en hele protheses feitelijk kan plaatsvinden. Tevens heeft het NTG aangegeven dat grensoverschrijdende levering, zowel import als export, binnen de EU ook daadwerkelijk voorkomt.¹⁴⁵ Ten aanzien van de Nederlandse situatie betreft dit met name import van TTL's uit België en Duitsland.¹⁴⁶ Ten slotte moet worden opgemerkt dat ook onderdelen voor tandtechnische werkstukken worden geïmporteerd uit verschillende landen binnen de EU.

113. Vanwege de landelijke dekking van de NTG-referentielijst en vanwege de aard van het product moet worden geconcludeerd dat als gevolg van de onderzochte gedragingen, de tussenstaatse handel merkbaar kan worden beïnvloed in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

4.4 Conclusie

114. Betrokken gedragingen van het NTG, in het bijzonder het opstellen en uitbrengen van de referentielijsten, strekken ertoe en hebben tot gevolg dat de mededinging merkbaar wordt beperkt en zijn derhalve in strijd met van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG.

¹⁴² HvJEG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Femia e.a. vs Commissie*, Jur. 1985, p. 2545, ov. 22.

¹⁴³ GvEAE 10 maart 1992, zaak T-13/89, *Imperial Chemical Industries vs. Commissie*, Jur. 1992, II-1021, ov. 304 en 305.

¹⁴⁴ Verslag van het telefoongesprek van de NMa met het NTG op 29 september 2003 (3310/51): de bureausecretaris geeft aan dat de import uit Azië groeit en in de richting gaat van 25% van de totale afzet in Nederland.

¹⁴⁵ Een aantal TTL's zet volgens het NTG tandtechnische producten in het buitenland af (grensstreken, een TTL met vestigingen in NL en bijvoorbeeld Duitsland). (Verslag van telefoongesprek NMa met het NTG op 29 september 2003 (3310/51). Deze afzet kan de handel tussen lidstaten beïnvloeden.

¹⁴⁶ Verslag van het telefoongesprek van de NMa met het NTG op 29 september 2003 (3310/51).

115. Het NTG heeft artikel 6 Mw en artikel 81 EG overtreden door vanaf 1 januari 1998 tot en met 11 december 2003 zijn leden te adviseren over de door hen te hanteren tarieven voor tandtechnische werkstukken en handelingen.

5 Sanctie en last

5.1 Toerekening

116. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw juncto artikel 89 Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81 EG aan de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete en een last onder dwangsom opleggen.

117. De overtreding genoemd in randnummer 115 moet aan het NTG worden toegerekend.

5.2 Boete

5.2.1 *Beoordelingskader*

118. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw juncto artikel 89 Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw alsmede van overtreding van artikel 81 EG een boete opleggen. Krachtens artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de in artikel 56, eerste lid, onder a, Mw bedoelde boete ten hoogste EUR 450.000, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming, dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

119. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de d-g NMa overeenkomstig het bepaalde in artikel 57, tweede lid, Mw, in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mw kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt daarentegen volgens de parlementaire geschiedenis in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete, met dien verstande dat het opleggen van een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88.

120. De hoogte van de boete dient te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval en dient bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Mededingingswet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie)¹⁴⁸. In alle gevallen acht de d-g NMa zich gebonden aan de – ook in na te noemen Richtsnoeren boetetoemeting opgenomen – beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de beginselen van gelijkheid en evenredigheid¹⁴⁹.

121. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa op 19 december 2001 Richtsnoeren boetetoemeting¹⁵⁰ vastgesteld en bekendgemaakt. In voorkomend geval stelt de d-g NMa conform de Richtsnoeren boetetoemeting voor iedere betrokken onderneming een (basis-) boete vast die is gebaseerd op een bedrag gelijk aan 10% van de betrokken omzet, zoals gedefinieerd in randnummer 15 van de Richtsnoeren boetetoemeting, vermenigvuldigd met een rekenfactor, die wordt bepaald door de ernst van de overtreding in het concrete geval¹⁵¹. Bij ondernemersverenigingen dient de betrokken omzet van de daarvan deeluitmakende in aanmerking te worden genomen. De d-g NMa past de Richtsnoeren boetetoemeting echter in dit geval niet toe aangezien, zoals hierna zal worden toegelicht, in dit geval onverkorte toepassing tot evidente onbillijkheid zou leiden¹⁵².

5.2.2 *Duur en ernst van de overtreding*

122. Voor de duur van de overtredingen wordt verwezen naar randnummer 115.

123. De besluiten van het NTG zien op prijzen en dienen om deze reden ten minste als zware overtredingen te worden aangemerkt¹⁵³. Onder omstandigheden kunnen er redenen zijn om dergelijke besluiten aan te merken als zeer zware overtredingen. Dergelijke omstandigheden doen zich in het onderhavige geval niet voor. In dit verband hecht de d-g NMa onder meer waarde aan de omstandigheid dat de betrokken besluiten, welke een niet-bindend karakter hebben, plaatsvinden binnen het raamwerk van vele andere activiteiten ten behoeve van de leden, die het NTG als branchevereniging gerechtigd (was en) is uit te voeren. Voorts geldt wat betreft de individuele leden dat zij lid zijn van en daarmee betrokken zijn bij het NTG als ondernemersvereniging die zich schuldig heeft gemaakt aan mededingingsrechtelijke

¹⁴⁸ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, zaak 00/ 1002 MEDED (SEP), par. 2.3.4.

¹⁴⁹ Zie ook de in de volgende voetnoot te noemen Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 7.

¹⁵⁰ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet van de d-g NMa van 19 december 2001, Staatscourant 2001, nr. 248, p. 90.

¹⁵¹ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummers 20-22.

¹⁵² Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 29.

¹⁵³ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummers 10-13.

overtredingen, doch ten aanzien van de totstandkoming van de betrokken besluiten van het NTG geldt dat hun geen individuele rol van betekenis kan worden toegeschreven. Evenmin is uit de feiten naar voren gekomen dat het NTG een forum zou zijn voor een met het kartelverbod strijdige onderlinge afstemming tussen bepaalde leden.

124. Voor de vaststelling van de hoogte van de boete is in dit geval voorts het volgende van belang. Het NTG is een branchevereniging met vele leden. De gedragingen waarmee het NTG de Mededingingswet heeft overtreden, betreffen besluiten in de vorm van niet-bindende beslissingen, “aanbevelingen” aan hun leden, waarvan het de bedoeling c.q. de wil van de betrokken ondernemersvereniging was dat ze door de leden worden opgevolgd. Niet is gebleken dat het NTG dwang heeft uitgeoefend. Wel is komen vast te staan dat het NTG er bij de leden op heeft aangedrongen de adviestarieven te hanteren. Verder acht de d-g NMa van belang dat het NTG heeft getracht zijn gedragingen en werkelijke bedoelingen, zoals omschreven in randnummers 66 t/m 70, te verhullen.

125. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden¹⁵⁴.

126. Ten aanzien van de effecten van de gedragingen van het NTG kan worden verwezen naar hetgeen is overwogen in randnummers 93 t/m 104. De d-g NMa is, onder meer vanwege het feit dat de referentie-tarieven actueel zijn gehouden door het NTG, en niet alleen twee maal per jaar aan de leden zijn toegezonden maar ook op intensieve wijze door middel van Genootschapspractica en Genootschapsrubrieken met de leden zijn gecommuniceerd, alsmede aan andere organisaties zoals het NMT en de VLHT zijn toegezonden en ook voor onder meer tandartsen en zorgverzekeraars als richtinggevend gelden, van mening dat de onderzochte gedragingen van het NTG zeker weerslag op het prijsbeleid van zijn leden en van niet-leden en op de prijzen van tandtechnische handelingen en werkstukken moeten hebben (gehad). Het argument van het NTG dat van aantoonbare negatieve effecten van de gedragingen van het NTG niet zou zijn gebleken, kan daarom niet worden gevolgd.

127. Een en ander in aanmerking nemend zou de d-g NMa bij toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting een rekenfactor 0,5 aangewezen achten.

5.2.3 *Vaststelling van de hoogte van de boete*

128. De d-g NMa zou bij onverkorte toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting van de betrokken omzet een schatting kunnen maken indien deze niet op basis van de verstrekte informatie kan

¹⁵⁴ Zie ook Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 9.

worden bepaald¹⁵⁵. Zoals gesteld in randnummer 19 wordt in dit besluit uitgegaan van een omzet in de tandtechnische branche in Nederland van ten minste EUR 160 miljoen. In ieder geval 70% hiervan komt voor rekening van de leden van het NTG. Derhalve wordt de omzet (voor het jaar 2001) op EUR 112 miljoen geschat. De overtreding heeft 5 jaar en 11 maanden geduurd (randnummer 115). Aldus kan de betrokken omzet worden geschat op EUR 660 miljoen. Gelet op het navolgende kan in het onderhavige geval met deze schatting van de betrokken omzet worden volstaan.

129. Hoewel een van de bovenstaande omzet afgeleide boete recht zou doen aan de omvang van de economische activiteiten die door de mededingingsrechtelijke overtredingen zijn geraakt en langs welke weg de potentiële schade aan de mededinging is toegebracht, zou onverkorte toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting in het onderhavige geval naar de mening van de d-g NMa leiden tot een evident onbillijke uitkomst. Hierbij wordt mede gelet op het type overtreding, die als zwaar wordt gekwalificeerd en niet als zeer zwaar, en op het feit dat het hier een ondernemersvereniging betreft waarbij de door de leden gegenereerde totale omzet hoog is, doch welke leden, zoals hierboven is aangegeven, geen individuele rol van betekenis kan worden toegeschreven. De d-g NMa meent daarom dat ten aanzien van het NTG oplegging van een in omvang aanzienlijk beperktere boete is aangewezen, waarbij acht wordt geslagen op het uitgangspunt van preventieve werking en het vereiste van proportionaliteit.

130. Het NTG heeft gesteld dat het reeds vrijwillig tegemoet is gekomen aan de door de d-g NMa geuite bezwaren en dat het zulks aan zijn leden heeft gecommuniceerd, dat het NTG reeds door schade als gevolg van de door NMa geïnitieerde publiciteit is bestraft en dat de onderhavige zaak vergelijkbaar is met ANKO¹⁵⁶. Wat het eerstgenoemde punt betreft, stelt de d-g NMa vast dat dit grotendeels juist is. Zie in dit verband de randnummers 139 en 140. Het tweede punt kan niet van invloed zijn op het vaststellen van de hoogte van de boete aangezien het NTG op geen enkele wijze aannemelijk en concreet heeft gemaakt dat en hoeveel schade als gevolg van publiciteit het heeft geleden. Bovendien zij verwezen naar hetgeen is overwogen in randnummer 49. Ten slotte heeft ook het laatstgenoemde punt geen consequenties voor de vaststelling van de hoogte van de boete. Immers, in de zaak ANKO zijn naast de onderzochte gedragingen ook nog mededingingsbeperkende gedragingen gestaakt die geen onderdeel uitmaakten van het rapport, hetgeen in de onderhavige kwestie niet aan de orde is. Bovendien hebben de onderzochte gedragingen in de onderhavige kwestie voortgeduurd na het besluit in de zaak ANKO, terwijl in dat besluit is bevestigd¹⁵⁷ dat prijsaanbevelingen strijdig zijn met de Mededingingswet.

¹⁵⁵ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 15.

¹⁵⁶ Besluit van de d-g NMa van 21 december 2001, zaak 2234/ ANKO.

¹⁵⁷ In ANKO zijn de overtredingen mede geconstateerd op basis van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven die op dezelfde dag als het ANKO-rapport zijn uitgebracht. Zie randnummer 43 in ANKO.

131. Een en ander in aanmerking nemende wordt de boete voor het NTG vastgesteld op EUR 400.000.
132. Naar het oordeel van de d-g NMa leidt oplegging van bedoelde boete niet tot onbillijkheid. Daarbij wordt niet alleen de huidige financiële middelen van het NTG, geïndiceerd door de omvang van de jaarcontributie van de NTG-leden welke EUR 400.000 bedraagt, in aanmerking genomen, doch tevens het feit dat de branchevereniging rechtstreeks invloed heeft op de eigen financiële positie door het vaststellen van de hoogte van de jaarcontributie van de leden.
133. Ten slotte kan ten aanzien van de eerdere contacten van het NTG met de NMa en de eventuele “goedkeuring” die het NTG voor de referentielijst meent te hebben kunnen afleiden uit (het uitblijven van) reacties van de NMa, wordt het volgende opgemerkt.
134. Wat betreft de stelling van het NTG dat ambtenaren van de NMa tijdens een eerder bezoek aan het NTG in juni 2000¹⁵⁸ mondeling hun goedkeuring zouden hebben gegeven aan het beleid, de handelwijze of de referentielijst van het NTG, hebben de twee medewerkers van de NMa aangegeven dat er geen uitspraken of toezeggingen over de referentielijst zijn gedaan¹⁵⁹. Hierover is door de betrokken ambtenaren van de NMa ook geen melding gemaakt in het Verslag van Ambtshandelingen¹⁶⁰. Bovendien heeft het NTG voor zijn stelling geen enkel bewijs aangedragen.
135. Ten tweede blijkt dat de bureausecretaris van het NTG vervolgens alleen telefonisch contact heeft gehad met (de publiekslijn van) de NMa en de situatie slechts mondeling heeft voorgelegd. Aangezien de NMa zonder inzage in stukken zich geen goed oordeel kan vormen, geeft de NMa nooit een schriftelijke, formele beoordeling van een zaak op basis van telefonische informatie. Dit is ook medegedeeld tijdens het telefonisch contact¹⁶¹. Naar aanleiding van een brief d.d. 1 maart 2001 waarin het NTG door de VLHT op de hoogte wordt gesteld van het feit dat de VLHT in verband met strijdigheid van de referentielijst met de Mededingingswet, haar leden geen concrete prijswijzigingen meer doorgeeft, verzoekt overigens het NTG-bestuur aan de bureausecretaris om *“... opnieuw voor te leggen aan de NMa en ditmaal schriftelijk uitsluit te vragen”*¹⁶².
136. Bovendien dien(t)/en (het uitblijven van) reacties van de NMa gezien te worden in het licht van de destijds door het NTG geschetste functie van de referentielijst. Het NTG heeft, zowel ten tijde van

¹⁵⁸ Het betreft hier een bezoek van de NMa afgelegd bij het NTG in het kader van een onderzoek waarvan het NTG zelf geen direct onderwerp was.

¹⁵⁹ Zie de antwoorden die de twee NMa-medewerkers hebben gegeven op de navraag die in het kader van de onderhavige zaak is gedaan met betrekking tot het bezoek van medio 2000 in 3310/58.

¹⁶⁰ Zie 3310/59.

¹⁶¹ Zie ook de bureausecretaris tijdens de hoorzitting d.d. 19 februari 2004, reeds aangehaald in voetnoot 71.

¹⁶² Zie de Notulen van de bestuursvergadering d.d. 15 maart 2001 en de brief d.d. 1 maart 2001 van de VLHT aan het NTG in 3310/16 (stuknummers 03310163430266 respectievelijk 03310163430265.)

het bezoek medio 2000 als tijdens het telefonisch contact, de NMa voorgehouden dat op de NTG-lijst maximum tarieven voor tandartsen vermeld staan, de referentielijst in opdracht van het CTG is opgesteld, de tarieven niet golden voor tandtechnici en de coderingen op de referentielijst in verband gebracht met het naspeurbaarheids-vereiste en de Europese Richtlijn¹⁶³. De vermeende goedkeuring en de mededeling “geen bericht, goed bericht”, als die al gedaan is, vrijwaart het NTG niet het onderworpen zijn aan de toepassing van de Mededingingswet en de daarin opgenomen sanctie-instrumenten¹⁶⁴. Verder moet het NTG zich bewust zijn geweest van de strijdigheid van zijn gedragingen met betrekking tot het opstellen, aanpassen en uitbrengen van de referentie-tarieven. Dat volgt uit hetgeen hierboven in paragraaf 4.2.3 “Eigen tarieven tandtechnici”, in het bijzonder de citaten opgenomen onder randnummer 68, is weergegeven¹⁶⁵.

137. Geconcludeerd moet dan ook worden dat er van de zijde van de NMa geen “goedkeuring” is gegeven aan de referentielijst en het NTG ook niet heeft kunnen en mogen verwachten dat de referentietarieven en zijn daarop betrekking hebbende gedragingen in overeenstemming waren met de Mededingingswet. Voor zover dit door het NTG aangevoerde punt is bedoeld als een pleidooi voor het ontbreken van verwijtbaarheid en daarmee voor het niet opleggen van een boete, wijst de d-g NMa dit daarom af.

5.3 Last onder dwangsom

138. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw juncto artikel 89 Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw alsmede van overtreding van artikel 81 EG een last onder dwangsom opleggen.

139. Het NTG heeft bij brief van d.d. 3 februari 2004¹⁶⁶, derhalve twee maanden na het verschijnen van het rapport, de NMa laten weten; i) de referentielijst met daarin opgenomen de tarieven niet meer uit te brengen, ii) de Genootschapsrubriek “Correct Calculeren” in het TTM te hebben stopgezet¹⁶⁷, iii) de Genootschapspractica “Correct Calculeren” te staken en iv) zich te onthouden

¹⁶³ Zie de bureausecretaris tijdens de hoorzitting d.d. 19 februari 2004 (blz. 2 en 6) in 3310/89, de telefoonnotie die als bijlage is gehecht aan het Verslag van Ambtshandelingen d.d. 8 mei 2003 in 3310/16 en de verslagen van het overleg tussen het NTG, de VLHT en de NMT d.d. 10 december 2001 en 4 december 2000 (stuknummers 03310163430225 en 03310163430263).

¹⁶⁴ Zie beschikking EC van 6 augustus 1984, Zinc Producer Group, Pb. 1984, L 220/27, ov. 74.

¹⁶⁵ In het concept-verslag van het overleg NTG-VLHT-NMT d.d. 4 december 2000, dus een overleg dat plaatsvond na het bezoek medio 2000, is opgenomen: “*Coderings/referentielijst – status in het kader van de Mededingingswet; hoe om te gaan met publicatie (...) Wat de prijzen betreft, kan er slechts sprake zijn van rekenvoorbeelden en niet van adviesprijzen o.i.d.*” (stuknummers 03310163430262 en ..263 in 3310/16). Zie ook de in voetnoot 162 genoemde brief d.d. 1 maart 2001 van de VLHT aan het NTG.

¹⁶⁶ 3310/79.

¹⁶⁷ Vanaf oktober/november 2003 komt deze Genootschapsrubriek niet meer in het TTM voor. Zie de verklaring van de bureausecretaris tijdens de hoorzitting d.d. 19 februari 2004 (3310/89) en de TTM's 55,56 en 57 in 3310/85.

van (andere) uitlatingen of activiteiten aangaande de referentie-tarieven. Het NTG heeft de leden hiervan op de hoogte gesteld middels het 'Genootschapsbulletin' nr. 176 van februari 2004 en tijdens een vijftal regiobijeenkomsten in januari 2004¹⁶⁸.

140. Geconstateerd is echter op 17 maart 2004 en 8 april 2004, dat op het voor leden bestemde deel van de website van het NTG lijsten met referentietarieven per 1 april 2001¹⁶⁹ en per 1 april 2002¹⁷⁰ staan. In verband hiermee acht de d-g NMa het passend het NTG een last onder dwangsom op te leggen op grond van artikel 56, eerste lid, jo. 58, eerste lid, Mw.

141. Ingevolge deze last dient het NTG uiterlijk met ingang van vier weken na bekendmaking van dit besluit aan hem definitief al de lijsten met referentietarieven althans de referentietarieven van zijn website te verwijderen en verwijderd te houden. Voor publicatie van referentie- of tariefadviezen op het internet na deze vier weken zal het NTG een dwangsom verbeuren van EUR 500,- per dag dat het advies tarieven op het internet vermeldt. Het bedrag waarboven het NTG geen dwangsom meer verbeurt, bedraagt EUR 75.000,--.

142. Bovengenoemde last geldt gedurende twee jaar.

143. Bij de vaststelling van de dwangsom is rekening gehouden met een redelijke verhouding tussen de dwangsom enerzijds en het geschonden belang en de beoogde werking van de oplegging daarvan anderzijds. Met de last wordt beoogd een situatie te bereiken, waarin de jarenlange praktijk van het vaststellen van adviesprijzen door het NTG wordt doorbroken en de leden van het NTG zich niet meer richten naar reeds uitgevaardigde adviesprijzen; dit alles in overeenstemming met hetgeen door de Mededingingswet wordt voorgeschreven.

144. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom is in aanmerking genomen dat de dwangsom een daadwerkelijke prikkel dient te zijn tot naleving van de last. De dwangsom is gerelateerd aan toekomstige gedragingen, niet aan gedragingen in het verleden. De hoogte van de dwangsom wordt niet bepaald door een verwijt dat de geadresseerde al dan niet wordt gemaakt, maar door de beoogde werking als prikkel tot naleving.

145. Het belang van de mededinging bij het opheffen, ex artikel 63, lid 1, Mw, van de opschortende werking van bezwaar en beroep ten aanzien van de opgelegde last onder dwangsom weegt zwaarder dan de daar tegenover staande belangen van het NTG. Deze opschortende werking

¹⁶⁸ Zie het (gecombineerde) verslag van de vijf regio bijeenkomsten in 3310/90.

¹⁶⁹ Zie voor de – van de website www.tandtechnieknet.nl uitgedraaide – NTG-referentielijst met tarieven per 1 april 2001 in 3310/86.

¹⁷⁰ Zie voor de – van de website www.tandtechnieknet.nl uitgedraaide – NTG-referentielijst met tarieven per 1 april 2002 in 3310/94.

Openbaar

wordt derhalve op basis van artikel 63, lid 2, Mw opgeheven

6 Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- a) legt de ondernemingsvereniging het Nederlands Tandtechnisch Genootschap, statutair gevestigd te Zeist, een boete op van EUR 400.000,--.
- b) legt het Nederlands Tandtechnisch Genootschap de volgende last op: het Nederlands Tandtechnisch Genootschap dient uiterlijk met ingang van vier weken na bekendmaking van dit besluit aan hem definitief al de lijsten met referentietarieven van zijn website te verwijderen en verwijderd te houden althans de referentietarieven uit die lijsten te verwijderen en verwijderd te houden. Voor publicatie van tariefadviezen op internet na deze vier weken zal het Nederlands Tandtechnisch Genootschap een dwangsom verbeuren van EUR 500,- per dag dat het adviestarieven op internet vermeldt. Het bedrag waarboven het Nederlands Tandtechnisch Genootschap geen dwangsom meer verbeurt, bedraagt EUR 75.000,--.
- c) Bepaalt dat artikel 63, lid 1, Mw niet geldt met betrekking tot onder b) bedoelde de last onder dwangsom.

Datum: 26 april 2004

W.g.

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH DEN HAAG

Bijlage bij besluit 3310/ Nederlands Tandtechnisch Genootschap

Vier bladzijden uit de NTG-referentielijst per 1 april 2002 (randnummer 21).

Groep 1.0		
Vervaardigen van modellen voor prothese werkzaamheden		EUR
1001	Gipsmodel	4,90*
1002	Stonemodel	5,80*
1003	Superhard gipsmodel	8,70
1004	Meegeleverd model trimmen	4,90
1005	Meegeleverd model van voet voorzien	4,90
1022	Duplicaat model (uit alginaat of gel)	17,40
1023	Precisie duplicaat model (uit siliconen)	29,00
Toelichting:		
1001	Gipsmodel, zijnde geen werkmodel (behalve voor ind. Lepel). Zoals tegenbeet, voorlopig model, voorbeeld model etc. Gipssoort: klasse 1 of 2	
1002	Stonemodel, werkmodel geschikt om werkstuk op te persen. Gipssoort: klasse 2 of 3	
1003	Superhard gipsmodel. Model waarvan tenminste de tandboog is uitgegoten in stompemateriaal. Gipssoort: klasse 4	
In articulator plaatsen		
1052	Mod.mont. in eenvoudige articulator	8,70
1053	Mod.mont. in middelwaarde articulator	11,50*
1054	Mod.mont. in meerv. instelb. Artic.	17,40*
1061	Mod.mont. volgens intra orale registratie	23,00
1062	Mod.mont. m.b.v. face-bow (meerwerk)	11,50
Toelichting		
1053	Middelwaarde articulator, bijv. Balance, Rational, Dentatus, Condylator of vergelijkbaar type	
1054	Meervoudig instelbare articulator, bijv. Denar, Panadent, Stuart of vergelijkbaar type	

Groep 1.8		
Reparaties kunststof		EUR
1810	Basistarief reparatie	17,40*
1811	Herstellen kleine scheur	2,60
1812	Herstellen grote scheur	7,00
1813	Vastzetten element/ anker	2,60
1814	Vernieuwen element/ anker	2,60
1815	Uitbreiden element/ anker	2,60
1816	Immediaat per element	4,30
1817	Uitbreiding groot palatum	7,00
1818	Herstellen zadel per sectie	5,40
1834	Prothese reinigen	7,90
1840	A-lijn aanpersen	8,20
1841	Rand aan prothese persen	8,20
Overzetting en rebasing		
1850	Overzetting 1-4 element(en)	50,75
1855	Overzetting 5-13 elementen	73,00
1860	Overzetting vol	82,00
1870	Rebasing	48,00
1871	Rebasing met randcorrectie	63,00*
Toelichting:		
1810	Basistarief is minimum starttarief ter dekking van basishandelingen per prothese zoals: voorbereiding, kunststof aanmaken, polymeriseren, afwerken en polijsten.	
1850 t/m 1871	Bij deze verrichtingen geen reparatie basistarief in rekening brengen	
1871	Rebasing met rand: rebasen van prothese welke voorheen opgeslepen front had; tevens van labiale rand voorzien.	

Groep 4.3		EUR
Kroon, dummy (exclusief materiaal)		
4301	Kroon	91,00
4304	Stiftkroon	98,00
4305	Telescoopkroon/ conuskroon	95,50
4309	Kroon aan opgebakken brugdeel (incl. solderen)	100,50
4322	Pinledge kroon	96,00
4324	Toeslag kroon onder bestaand frameanker	14,60
4351	Dummy massief	66,50
4360	Oocl. Steun/ extensie	7,20*
4363	Gemodelleerd slot (incl. nafrezen)	27,75
Toelichting:		
4360	Oocl. Steun/ extensie alleen t.b.v. nieuwe kroon	
Groep 4.4		
Kroon/ Brugdeel voor opbakporselein (excl. Materiaal)		
4401	Kroon voor opbakporselein/ kunststof	64,50*
4402	Stiftkroon voor opbakporselein/ kunststof	73,50*
4403	Brugdeel voor opbakporselein/ kunststof	73,50*
4420	Deckgold extra per deel	12,10
Toelichting:		
4401/4402	Samen met code 5211 of 5401	
4403	Samen met code 5213 of 5403	

Groep 6.4		EUR
Opbouwen, Suprastructuren, Kronen/ Bruggen voor implantaten		
6420	Confectie opbouw bewerken	31,75
6421	Implantaatopbouw (gegoten)	113,00
6431	Implantaatkroon verschroefbaar (vol metaal)	123,00
6432	Dummy (massief)	46,50
6442	Brugdeel voor opbakken	104,00
6443	Impl.kroon verschroefbaar voor opbakken	123,00
6444	Impl.brugdl. verschroefbaar voor opbakken	129,00
6451	Porselein aanbrengen op kroon	64,50
6452	Porselein aanbrengen op brugdeel	73,50
6490	Implantaat toeslag	58,50*
Toelichting:		
6442	Brugdeel voor opbakporselein, vergelijkbaar met code 4403, echter nu in combinatie met verschroefbare brugdelen op implantaat.	
6443	Solitaire verschroefbare kroon op implantaat	
6490	Eenmalige toeslag per werkstuk per implantaat	
Groep 6.9		
Solderen en montage		
6901	Soldeerplaats (eerste) excl soldeer	18,70
6902	Soldeerplaats (volgende) excl. Soldeer	11,50
6903	Lasersoldering	23,90
6951	Stellen slot m.b.v. parallelometer	21,40
6952	Monteren slot/ steg aan impl.post	21,40
6999	[